

076628

E.S.

# UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES

343.09  
45175  
1975

## SERVICIOS PUBLICOS

TESIS DOCTORAL

Presentada por

---

ROMEO MELARA GRANILLO

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1975



---

San Salvador,

El Salvador,

Centro América.

# UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES

## SERVICIOS PUBLICOS

TESIS DOCTORAL

Presentada por

ROMEO GRANILLO MELARA

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1975

BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10109764

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

Dr. CARLOS ALFARO CASTILLO

SECRETARIO GENERAL

Dr. MANUEL ATELIO NASBUI

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. LUIS DOMINGUEZ PARADA

SECRETARIO

Dr. PEDRO FRANCISCO VAHEGAS CABAÑAS

TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Dr. ROMOLDY VALENCIA URIBE  
1er. Vocal: Dr. LUIS NELSON JEGOVIA  
2o. Vocal : Dr. CARLOS FERRUFFINO

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente: Dr. LUIS DOMINGUEZ PARADA  
1er. Vocal: Dr. ROBERTO ALVERGUE VANDAS  
2o. Vocal : Dr. ROBERTO ROMERO CARRILLO

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. ROBERTO RODRIGUEZ  
1er. Vocal: Dr. ARTURO ARGUEDO  
2o. Vocal : Dr. JUAN HERNADEZ SEGURA

ASESOR DE TESIS

Dr. RODOLFO MEYER GARCIA

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

Presidente: Dr. JORGE GOMEZ ARIAS  
1er. Vocal: Dr. JORGE EDUARDO TENORIO  
2o. Vocal : Dr. JOSE FELIPE LOPEZ CUELLAR

DEDICATORIA

A LA MEMORIA DE MI PADRE: FIDEL A. MELARA

A MI MADRE : MARIA ERNESTINA GRANILLO v. DE MELARA

A MI ESPOSA : MIRIAM MORAN DE MELARA

A MIS HIJOS : ARTURO ROMEO y RAUL ERNESTO

A MIS HERMANOS : FIDEL ANGEL, SOLEDAD y REGINA

A TODOS MIS DEMAS FAMILIARES Y AMIGOS SINCEROS, quienes en las más  
diversas formas me animaron a concluir mis estudios.

LOS SERVICIOS PUBLICOS

CAPITULO I

- I - Consideraciones Generales
- II - La noción del Servicio Público
- III- El concepto amplio del Servicio Público
- IV - El concepto estricto del Servicio Público
- V - Crisis de la noción tradicional del Servicio Público

I.- Consideraciones Generales.-

Se puede decir que la actividad del Estado que ahora vamos a examinar, entra comodamente bajo la denominación de " Actividad de Servicio Público." Cuando se habla de noción de Servicio Público se refiere a la organización de diversos elementos y actividades para un fin, nota esta común a toda clase de servicios, pero supera el ámbito de significación de las prestaciones administrativas en conjunto.

En esta clase de servicios, la Administración utiliza diversas formas para desempeñar esta actividad que unas veces son jurídico-administrativas y otras jurídico-privadas; por otra parte, la realización de la actividad misma resulta en algunos casos justificada por razones específicas de interés público, y mientras que en otros casos la razón es meramente fiscal. Entonces ocurre, que en la exposición de la Teoría tradicional del servicio público la doctrina ha dudado entre un concepto amplio y un concepto estricto, planteandose una polemica que es conveniente conocer, y que posteriormente se expondrá.

### IV.- La noción del Servicio Público.

Esta noción que es fundamental en el derecho administrativo, es una de las más discutidas. Posiblemente no exista una noción o idea más imprecisa que la relativa al servicio público. Se trata de una noción fugaz, bastante difícil de concretar en una noción. Por eso se sostiene que las nociones son tantas como autores se han ocupado de él.

Se pueden señalar tres direcciones en cuanto a la noción de servicio público:

- a) La que considera como servicio público toda actividad del Estado cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes.
- b) La que considera como servicio público toda la actividad de la administración pública.
- c) La que considera como servicio público una parte de la actividad de la administración pública.

Es León Duguit el artífice de esta primera teoría, ya que para éste, el Estado no es, como se ha pretendido, una potencia que manda, una soberanía: es una cooperación de servicios públicos, organizada y controlada por los gobernantes. Esta noción es capital y alrededor de ella gira el derecho moderno. El servicio público es toda actividad del Estado, 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 realizado completamente sino por intervención de la fuerza gobernante. El deber de los gobernantes consiste en emplear su poder con el

objeto de garantizar y asegurar el cumplimiento del servicio público de una manera continua, ya que esta continuidad es uno de los caracteres esenciales del servicio público.

Se puede criticar esta teoría, ya que no toda la actividad estatal debe ser considerada como un servicio público. Ya que dentro del Estado existen las funciones legislativas y la judicial que no son servicios públicos y que no pueden englobarse dentro de esta noción.

b) Para esta doctrina, decir que hay un servicio público significa que para dar satisfacción regular y continua a necesidades de interés general, pueden aplicar los agentes públicos los procedimientos de Derecho Público de un régimen jurídico especial, y la organización del servicio puede ser modificada en todo instante por leyes o reglamentos, sin que ningún obstáculo insuperable de orden jurídico pueda oponerse. Jeze reserva la expresión "servicios públicos" para los casos en que la satisfacción de una determinación necesidad de interés general se realice por medio de procedimientos de derecho público y la expresión "gestión administrativa" cuando para la satisfacción de una necesidad de interés general se usan los procedimientos de derecho privado. Jeze, Duguit y Bonnard, constituyeron la llamada escuela del servicio público y consideraban esta noción fundamental en el derecho administrativo, a tal punto que este derecho se definía como el referente a la organización y funcionamiento de los servi

---

León Duguit, Gaston Jeze y Bonnard, citados por Manuel María Díez. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen III .



cios públicos. De acuerdo, entonces, con esta teoría, toda la actividad de la Administración debe ser considerada como servicio público, pero como - existen necesidades colectivas que no se satisfacen por el procedimiento de servicio público, no puede aceptarse esa noción conceptual porque no - toda actividad de la administración es servicio público. Por eso, es evidente, que el sistema de recursos y procedimientos administrativos no constituya un servicio público, y sin embargo, el procedimiento administrativo es una actividad de la administración. Es necesario, pues, ceñirse a la idea de que el servicio público representa una parte de la actividad administrativa pero no toda.

c) Entre los que consideran que el servicio público es una parte de la actividad de la administración pública se puede citar a Hauriou<sup>1)</sup>, quien lo define como "un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública".

### III.- El concepto amplio del Servicio Público.

Es la doctrina francesa y especialmente la llamada escuela realista cuyo fundador fué León Duguit<sup>1)</sup>, la que propone un concepto amplio del Servicio Público.

En sus "Transformaciones del Derecho Público" pretende Duguit sustituir las bases tradicionales de esta rama del Derecho que ha venido girando en torno al concepto de soberanía, para colocar en su lugar el de servicio pú

---

León Duguit, Gaston Jeze y Bonnard, citados por Manuel María Díez. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen III.

blico.

2)

Jeze, continuador de esta escuela, contempló tal visión unilateral poniendo el acento sobre el procedimiento jurídico especial por el que se rige la gestión de los Servicios Públicos: procedimiento de servicio público y régimen jurídico-administrativo venían así a identificarse.

Esta fué, por lo demás, la postura de la jurisprudencia francesa a partir del Arret Blanco dictado por el Tribunal de conflictos a partir de 1873, - que viene a regir la existencia del servicio público en criterio determinante de la atribución de una determinada cuestión litigiosa a la competencia de la jurisprudencia contencioso administrativa.

3)

Hauriou mantuvo polémica durante bastante tiempo contra los que representaban a la escuela realista, y ocasionalmente también acepta el concepto amplio de servicio público: esta es la obra a realizar por la Administración, si bien el poder es el medio para su realización. Es así como surge el servicio público como la justificación teológica del poder, lo que desde el ángulo de su legitimación, no deja de tener una importancia fundamental.

#### IV.- Concepto estricto del Servicio Público.

Generalizar el concepto del servicio público hasta llegar a identificarlo con la totalidad de la acción administrativa o con el régimen jurídico especial que postula, significa indudablemente renunciar a la idea de ver en este concepto una categoría jurídica especial dentro del ordenamiento general del Derecho Administrativo. De donde encontramos que parte de la doctrina se ha propuesto el problema de dar una definición estricta del término.

4)

Por ejemplo A. de Vallés, señala que en la expresión "servicio público", el término "público" no se refiere en el lenguaje vulgar a la calidad del ente que realiza la actividad, sino al destinatario del servicio; es decir, a la colectividad en su conjunto, considerada en su aspecto fluctuante e indeterminado de individuos.

Entonces De Vallés se pregunta ¿corresponde este concepto vulgar con el concepto científico de servicio público?. Contesta en forma afirmativa, aún cuando tiene la limitación de que sólo son servicios públicos en sentido propio y jurídico aquellos que son públicos también del lado subjetivo, es decir, que están en manos de entes públicos.

5)

Zanobini refiere la noción a sólo algunos aspectos de la actividad administrativa contraponiéndola a la de "función pública" como una forma superior de manifestación de dicha actividad. Sostiene que, la función representa siempre el ejercicio de una potestad pública, entendida esta como una esfera de la capacidad jurídica del Estado, o sea de su soberanía; luego los servicios públicos representa actividades técnicas, materiales y hasta producción de tipo industrial a disposición de los particulares para ayudarles a conseguir sus fines.

6)

Para Giannini, la titularidad de las funciones públicas corresponde indistintamente al Estado, mientras que la competencia sobre los servicios se asume por razones de índole económicas, técnicas o sociales, pero sin que se rechace la idea de su gestión por particulares.

7)

Alessi, descubre, después de un análisis minucioso de la actividad esta

tal, como hay un tipo de ella que se endereza precisamente a proporcionar utilidad a los particulares, ya sea de orden social, económico o jurídico, y esto relacionadas con las necesidades económicas, intelectuales, físicas, etc., como por ejemplo mediante los servicios de alumbrado, transporte, telecomunicaciones, etc.

Es en este tipo de actividad el que en un sentido técnico y restringido merece el calificativo de servicio público, es decir, aquella actividad encaminada a procurar utilidad a los particulares.

3)

Jordana de Pozas, ha sostenido que frente a la actividad administrativa por vía de coacción o mediante medidas de fomento, existe una actividad de prestación encaminada a proporcionar utilidad a los particulares y que se impone por razones de interés público.

Lo discutible es lo relativo a cuando se dan estas razones de interés público; pero esta cuestión es mas política que jurídica, por lo que su apreciación esta condicionada a las ideas vigentes en un período determinado y, si se quiere a decir de Jeze a la voluntad de los gobernantes." Como lo ha dicho Jordana De Pozas, muchas actividades que en otras épocas consideráronse como de índole privadas, hoy son servicios públicos y no será de extrañar que en el futuro cambie aún mas radicalmente la situación actual. Baste decir que la doctrina, intentando objetivar la solución del problema, examina la continuidad en la satisfacción de un interés social, la uniformidad en su prestación, es decir, igualdad en los tratamientos de los administrados, garantizar ciertos actos entre la confianza pública y hacer posible su continuidad.

Luego, el concepto de servicios públicos que hemos admitido tiene ciertas características propias que se pueden resumir en las siguientes conclusiones:

- 1.- Sistematiza aquella parte de la actuación administrativa que se concreta en prestaciones ofrecidas al público por la Administración a través de una organización montada por razones de interés público.
- 2.- No comprende las explotaciones que el Estado conserva en su poder exclusiva y únicamente por razones fiscales.
- 3.- No prejuzga el carácter público o privado del régimen jurídico al que está sometida esta actuación administrativa.

De otra parte creemos conveniente referirnos a la polémica que se ha suscrito con motivo de la llamada " crisis de la noción tradicional del servicio público", y que lo expondremos en el siguiente numeral.

#### V.- Crisis de la noción tradicional del Servicio Público.

La noción amplia de servicio público que antes ha sido examinada ofrecía un riesgo para la propia suerte del concepto: cualquier cambio en la estructura del Derecho Administrativo, con el que genericamente se hacía coincidir el régimen de servicio público, podría determinar un desajuste entre ambos términos; tiende esto lo que exactamente ha ocurrido por consecuencia de una Administración que se convierte en gestora de empresas y actividades de carácter industrial y mercantil.

En el Derecho Administrativo francés se señala que la noción de servicio público ha venido en los últimos tiempos a constituir el criterio delimitador entra la competencia de la jurisdicción administrativa y de los Tri

bunales ordinarios, y en este sentido se llegó a respaldar por el propio Consejo de Estado la tesis de que el servicio público no era una institución, sino un verdadero régimen: " de la aplicación del derecho público a ciertos actos".

De ahí que resulte comprensible, el impacto que en esta concepción había de producir en cuanto al hecho de que el Estado realizase ciertas actividades para satisfacer necesidades públicas y se sometiese, sin embargo, al régimen jurídico privado. Es a partir de este momento que el instrumento técnico tan trabajosamente elaborado para determinar la competencia contencioso-administrativa e incluso los límites mismos del régimen administrativo, quedaba inservible.

9)

Es por eso que J. Rivero, ha puesto de relieve hasta que punto el fenómeno de las nacionalizaciones ha deshecho un Derecho Administrativo montado sobre la clásica noción de servicio público. Hoy, resultaría inútil intentar descubrir, a partir de tal concepto, dos campos distintos de aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado, ya que en la práctica se interpretan en forma constante.

Por eso, parece que la investigación científica de nuestro Derecho debe optar por el análisis. Y el objeto de tal análisis, debe ser por tomar las situaciones jurídicas nacidas de la acción de las personas públicas. Por todo esto, el tema de la crisis de la noción del servicio público ocupa un lugar preferente en la más reciente literatura. Se trata de saber, cual es el verdadero alcance de tal crisis y hasta donde proyecta sus consecuencias sobre el Derecho Administrativo, y más concretamente sobre la

noción estricta que aquí manejamos.

Se observa que el servicio público cumplía en el Derecho Administrativo - francés una función específica, cual es la delimitación de competencias - jurisdiccionales.

10)

De ahí que Forthoff entendiera que el Derecho Administrativo francés se encuentra en una situación mas favorable que el alemán, en cuanto se refiere a la estructuración de las prestaciones administrativas a los particulares al disponer con los servicios públicos de un sólido concepto unitario de Derecho Público, en el que se entrelazan sin dificultad, todas estas prestaciones de la Administración que, en principio, pertenecen al Derecho Público.

11)

Villar Palasí, afirma, que con la aparición de la actividad administrativa en el campo económico toda la clásica estructura categorial, queda insuficiente. Junto a la policía, fomento y servicio público, es preciso introducir y añadir un nuevo concepto: la noción de gestión económica. Y, añade, en un sentido originario, el concepto de servicio público solo puede comprender la prestación de necesidades materiales de bienes. No puede, por ello, comprender aquellas actividades nuevas de la Administración dirigidas a la producción de bienes económicos materiales.

Frente a la prestación de servicios esta última tiene su justificación en la aparición de una actividad administrativa de "dación de bienes al mercado".

12)

García de Enterría, dice que, lo característico de esta actividad, esta -

en la circunstancia de que se presta en concurrencia con la de los particulares, sin suplentarla ni restringirla.

Frente a ésta situación de concurrencia, afirma, el monopolio es un índice inequívoco del servicio público o dicho en otra forma, todo servicio público es un monopolio, en cuanto que la nota esencial de su idea es que solo puede organizarlo la Administración titular del mismo, en cuanto que es una competencia exclusiva.

Supuesto que la distinción propuesta por estos autores entre servicio público y gestión económica no tiene no tiene la trascendencia jurídica de delimitar la aplicación del régimen jurídico público del privado, pues hay servicios públicos que se gestionan con sujeción a las reglas del derecho privado y viceversa, en el momento de establecer algunas de sus explotaciones económicas, la Administración recurre a medios exorbitantes del Derecho común; resulta inútil acudir a ella como criterio técnico-jurídico. Es mas importante subrayar el valor substancia e informador del concepto de servicio público, de otra parte, recordar que la totalidad de la actividad prestadora del Estado, con independencia de que tenga o no la consideración material de servicio público, puede desarrollarse bien sometida a un régimen de Derecho Público o uno privado.

Resumiendo lo anterior, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

- 1.- De la total actividad prestadora realizada por el Estado hay una parte de ella, que se considera la mas importante, que ha sido asumida como competencia propia por razones inmediatamente derivadas del interés público, es decir, porque con tal actividad se satisface en -



forma directa una necesidad de carácter público. Es en esta hipótesis cuando encontramos la actividad del servicio público, siendo indiferente que dicha actividad consista en " proporcionar un servicio " o en una " dación de bienes al mercado " a través de las llamadas empresas públicas.

2.- Otra parte se desarrolla en el sector industrial y mercantil y no es asumida por el Estado por razón de servicio público, sino que de tipo fiscal o financiero; ya que se considera que en esta forma se dota al Estado de una fuente de ingresos importantes y segura. Es el caso de los llamados monopolios fiscales, ej. tabaco, petróleo, cerillos, etc. Considerando la pertenencia a la Administración de este tipo de explotación, se comprenderá que aquella no es actividad del servicio público, sino que de explotación del propio patrimonio.

Considerando esta posible distinción entre una actividad inmediatamente encaminada a satisfacer necesidades públicas y otra destinada a la gestión del propio patrimonio privado, y de otra parte, la clasificación entre actividad administrativa sometida a régimen público y actividad sometida a régimen privado, que no coincide entre sí,

13)

Amorth establece una división tripartita de la actividad administrativa que se enuncia así:

- a) Actividad sustancialmente administrativa y sometida al régimen jurídico público;
- b) Actividad sustancialmente administrativa, pero sometida al derecho privado;
- c) Actividad privada de las administraciones públicas.

3.- La idea de propiedad sirve para distinguir la actividad de tipo financiero o fiscal de la actividad de servicio público, ya que en la gestión patrimonial su régimen es jurídico privado no existiendo razón de interés público. En la gestión del servicio el fin es público y por consiguiente el régimen jurídico, especial. La crisis actual se caracteriza porque el fin público se logra también " creando propiedad estatal y explotándola "

Al momento de terminar el régimen jurídico ¿ ha prevalecido el criterio de la propiedad o el de la finalidad ?. El primero, pero por la razón de que se puede utilizar el fin público basándose en medios jurídicos privados.

4.- No coincidiendo el ámbito de aplicación del concepto material de servicio público con la diferencia de los regímenes jurídicos de gestión se encuentra una actividad del servicio público sometida al derecho público, sometida a régimen privado. La doctrina clásica había advertido esta posibilidad pero ha sido recientemente cuando el fenómeno ha dado lugar a meditaciones específicas sobre el tema.

5.- Referido al conjunto de la actividad estatal, el servicio público se caracteriza entonces: a) Frente a la " función pública " porque el servicio consiste sustancialmente en una actividad prestadora, asistencial y técnica y fué Hauriou<sup>14)</sup> el que subrayó especialmente el carácter técnico del servicio público ya que el servicio es el desarrollo de una actividad respecto de la que una administración pública asume una competencia específica.

b) Frente a la actividad administrativa patrimonial, que deriva del

simple hecho de la inclusión en el patrimonio del estado de unos bienes, industriales o no, el servicio público resulta ser una competencia asumida por la Administración con carácter necesario, por exigencia del interés público.

CAPITULO II

- 1.- El régimen jurídico del servicio público.
- 2.- Notas generales de caracterización.
- 3.- Notas específicas de tipicidad en la acción constitutiva del servicio.
- 4.- Notas específicas de tipicidad en la acción de funcionamiento del servicio.
- \*5.- El precio de los servicios públicos
  - a) Los servicios públicos gratuitos
  - b) Los servicios públicos cuyo precio no cubre los gastos de explotación.
  - c) Los servicios públicos lucrativos.
- \*6.- Finalidad de los servicios públicos:
  - a) La continuidad
  - b) La uniformidad
  - c) La confianza pública
  - d) Razones económicas
  - e) Igualdad
  - f) Comodidad del público.

1.- El régimen jurídico del servicio público

El servicio público en su estimación clásica, supone una actividad realizada al amparo de una regulación especial de derecho, en la que, para ser posible la total satisfacción de un interés público, la Administración goza de determinadas prerrogativas.

Existe un régimen jurídico especial de derecho público, que difiere del derecho común y que se presenta por la mayor parte de las Instituciones propias del tema objeto de estas notas; por esto se dice, que para dar satisfacción regular y continua a una categoría de necesidades de interés general, existe un régimen jurídico especial.

## 2.- Notas generales de caracterización.

Figuran las siguientes:

a) La utilización por el Estado de la potestad imperativa que corresponde a su soberanía, o bien la facultad de renunciar a aquella.

El Estado, en la mayoría de sus negocios administrativos de carácter público, disfruta de la potestad imperativa o de imperium, que no esta al alcance de los particulares. La potestad imperativa tiene como facultad la de dictar órdenes a los hombres libres y de obligarlos a cumplirlas; solo el Estado es capaz de imperio.

La doctrina de la soberanía, dijo Jellinek 1) en sus orígenes parece no ser sino una teoría negativa cuyo fin consisten en que el Estado se afirmase así mismo. En la concepción de Bodino, 2) soberanía quiere decir independencia de todo otro poder, lo que implica la misma idea del Poder como capacidad de imposición.

Posteriormente se transforman los conceptos del derecho público, y se llega a precisar que lo que en verdad caracteriza a la soberanía es la capacidad de suprema decisión, implicando la actitud de dominación y la facultad de renunciar a ella. De allí que el derecho público admita la noción del servicio con criterio flexible, que tanto admite la tesis de empresa de autoridad, como la de formas de organización jurídico privada con la presencia de la garantía administrativa.

Entonces se pregunta cual es la razón de esta competencia especial y el jurisconsulto español, Gallostra,<sup>3)</sup> exponía que: para la resolución de estas cuestiones debe siempre tenerse muy presente el interés público; y ni los Tribunales ordinarios debe resolver cuestiones entre el interés social y el particular, ni su organización les hace a propósito para hallar los medios de conciliar aquellos intereses.

Pero en rigor de verdad tales consideraciones de índole subjetiva u orgánica han sido superadas. Mas subsiste la importancia de la estimación objetiva o funcional, de que la materia de que se trata requiere una jurisdicción especial.

### 3.- Notas específicas de tipicidad en la acción constitutiva del servicio.

Una vez que se decide la creación de un servicio público, subsigue su momento de organización o constitutivo. Organización que, de otra parte, no queda remitida tan sólo a su período inicial o de establecimiento, puesto que, dada la finalidad de interés público que el servicio cumple, en cada momento la inestructuración del mismo ha de hallarse atemperada al susodicho interés público, y, por ello, el proceso organizativo es, en realidad, un proceso continuado y sucesivo.

En tal proceso, operan importantes notas típicas del régimen jurídico del

---

1 a 3.- Carlos García "Derecho Administrativo;" Tomo II

servicio público que son las siguientes:

a) Es propio del servicio público, el carácter público de sus recursos o, al menos, la más importante parte de ellos. Y es natural que así sea. El Estado, para las atenciones del servicio, establece y ordena la serie de sus recursos, particularmente el impuesto, fundamental en los tiempos actuales. Por los demás, tal cosa indefectiblemente surge de las circunstancias de que la mayoría de estos servicios son atendidos directamente por el Estado. Aún en los casos de servicios concedidos, en que es privado el capital de establecimiento, siempre existen subvenciones, anticipos, primas, que dan un carácter público acentuado a los recursos de estas empresas.

b) La institución de la expropiación forzosa, constituye otro de los medios jurídicos especiales puestos al alcance de la Administración para la realización de sus funciones. El carácter imperioso de la necesidad que el servicio público satisface, autoriza al Estado a que se prevea a la realización de las obras conducentes a su satisfacción. La construcción de una carretera, o de un ferrocarril, etc., exige ciertos terrenos que son de propiedad particular.

Por dos procedimientos puede adquirirlos la Administración: por el contrato, procedimiento de derecho privado; o por el procedimiento unilateral y privilegiado, de la expropiación. Y a la Administración se le reconoce el derecho de utilizar este último procedimiento, porque la existencia de un servicio público no puede depender de un concurso de voluntades que puede faltar; de aquí que la expropiación forzosa es un acto de autoridad puesto al servicio de la causa pública.

Con la expropiación forzosa se relacionan las limitaciones del derecho de propiedad privada, que se inspiran en el interés público que la acción administrativa ~~entraña~~, como las llamadas servidumbres públicas y la ocupación temporal de terrenos de propiedad de particulares, cuando son necesarias al objeto de hacer estudios, facilitar o llevar a efecto las obras públicas proyectadas.

La expropiación forzosa contempla el supuesto en que **decidida** la colisión entre el interés público y el privado, en consideración a la lógica prevalencia del primero, resulta obligado el procedimiento legal adecuado para promover jurídicamente la transmisión imperativa del derecho expropiado, el cual debe estar técnicamente estructurado de modo que sirva a la acción del servicio administrativo.

c) Otra nota del **servicio** es el carácter de ésta índole que tiene la propiedad de los bienes constitutivos del mismo. No puede haber dependencia del dominio público sino cuando aquellos tienen dicha afectación y el dominio público es una creación del derecho que tiene por objeto **facilitar** el funcionamiento regular, adecuado y normal del servicio público.

En efecto, de someterse a las reglas generales del derecho la propiedad de las cosas constitutivas de estas empresas, podrían ser estas de imposible realización. Para evitar este riesgo ha ideado el Derecho el régimen del dominio público. Y es por éste régimen que aquellas cosas **constituyen** verdaderas propiedades administrativas, con especiales privilegios. Son inalienables, **imprescriptibles**, inembargables, no sujetas a acciones posesorias y no están sujetas a las cargas de imposiciones de las demás propiedades.



d) Otra institución puesta al alcance de la Administración, es la de las obras pública, con su régimen privilegiado.

La realización de estas obras entraña un régimen especial; requiere un plan general, para que se lleven a cabo según un criterio de buena ordenación general. Se requiere la formación y aprobación del proyecto, la consignación oportuna en el presupuesto, con normas especiales en ambos casos.

Para su realización, generalmente están ligadas a la organización de un servicio público, y es la que ha dado lugar a esa especial categoría de contratos de la Administración, en los que esta pacta con los contratistas una situación privilegiada de la misma en dichos contratos, que es actividad administrativa de derecho privado.

También pueden ejecutarse estas obras por concesión, acto esencialmente de soberanía, por el cual, para facilitar la realización de ciertas obras, y para hacer posible la explotación de un determinado servicio, la Administración autoriza a un particular para llevarlas a efecto en ciertos casos.

#### 4.- Notas específicas de tipicidad en la acción del funcionamiento del servicio.

El funcionamiento del servicio público, y la exigencia de que en el se cum-

plan los fines de aquel, determinan también la existencia de notas especiales del régimen jurídico. Tales notas son las siguientes:

a) Es característico del servicio público la obligatoriedad de su prestación cuando se solicita en regla, con igualdad de trato para todos los ciudadanos, todos según las normas que los rigen y salvo la existencia de categorías especiales. Por eso todos tienen derecho de pretender que el Correo lleve su correspondencia a su destino, que las compañías de ferrocarriles transporten su persona o su mercaderías, que los órganos investidos de funciones judiciales les administren justicia, etc.

La norma jurídica concede un derecho, precisamente el derecho de utilizar el servicio, a todos los que se encuentran en las condiciones requeridas.

Uno de los problemas importantes del Derecho público moderno, es determinar las garantías de los particulares para obtener la prestación del servicio. Encontrándose estas esencialmente en las leyes o reglamentos que fijan la manera de prestarse aquellos. Y esta importancia deriva de que tal regulación del uso de los servicios públicos envuelve la materia compresiva de las llamadas libertades positivas de los individuos, en la que el Estado moderno se ha de predeterminar por el principio de igualdad, que no quiere decir equiparación material, sino valorativa.

La obligatoriedad de la prestación, tiene su origen en la misma razón de ser de aquel, que es asegurar a los administrados las prestaciones que les son precisas, en la medida de sus necesidades y sin discriminación basada en consideraciones personales. Su causa remota es el principio universal de igualdad del hombre y del ciudadano.

No hay el mismo derecho de todos los particulares a la utilización del servicio, sino de todos aquellos que se hallen en las mismas - circunstancias, y cumplan los mismos requisitos preestablecidos, serán usuarios legítimos y, como tales usuarios, tienen derecho a ser tratados en plan de igualdad.

Como excepción de esta obligatoriedad es el servicio de beneficencia. El indigente posee capacidad para ser admitido en un establecimiento de beneficencia, pero carece de derecho para lograrlo. Mas, observe-se que se señala al indigente no al impedido, ya que la indigencia voluntaria no puede constituir causa legítima de derecho.

Sin embargo, para que la Administración se reserve el derecho de conceder ciertas utilidades del servicio a quien mejor le parezca; ya que los servicios públicos, son los que persiguen la satisfacción de una necesidad pública en una relación continua con los individuos y el interés público consiste esencialmente en estos servicios, en las utilidades que proporcionan a la masa de individuos llamados a aprovecharse de ellos. Pero hay servicios públicos que pueden rendir utilidades que no están en su misión esencial. Se pueden distinguir estas dos clases de utilidades, llamando a las primeras constitucionales, y a las segundas, accidentales. Existiendo entre ambas una diferencia importante, y es la que sólo las primeras son reguladas de una manera general y permanente con el objeto de asegurarlas a los individuos; las otras quedan abandonadas a la libre apreciación de las autoridades adscritas a los distintos servicios.

b) Acompaña, a las personas administrativas para asegurar los servicios públicos, el poder de policía, o sea, el de coacción para defender el buen orden del servicio contra manifestaciones de la libre actividad humana,

Fundamentalmente la idea que alienta en el término policía, coincide con la existencia de un poder de coacción pública, susceptible de emplearse para producir un resultado concreto. De aquí que fuera antaño, en la forma de Estado que precede al de Derecho, y especialmente para la doctrina sinónimo de acción pública, de promoción de prosperidad y bienestar comunes, y de las normas regulares de aquella.

Un concepto mas restringido limita la policía a una acción de seguridad social y, una tercera noción, la estima tanto en el último de los citados sentidos, como el del empleo de la coacción para defender la acción del Estado que fomenta y sirve la prosperidad social.

No es la policía, un resultado, como orden público, paz pública, tranquilidad social, sino que es también acción, procedimiento. Así entendida, no es la función de policía algo que viva fuera del servicio, sino que es uno de sus instrumentos. Como ejemplos podemos poner: que por el funcionamiento regular de los ferrocarriles se logra la paz social, uno de cuyos pilares es la normalidad de las comunicaciones, base de la moderna vida nacional, más para que el servicio de ferrocarriles funcione normalmente, los órganos administrativos que asumen su dirección piden al poder coercitivo, que limite la actividad de los agentes, obreros y usuarios de la empresa. Y esto se efectúa por el poder de policía.

c) Otra nota del servicio público, es la de poder el Estado, en su calidad de supremo gestor de los intereses colectivos, introducir modificaciones en él cuando lo estimo útil a dichos intereses, facultad de relieve singular cuando se trata de servicios concedidos.

Basado en motivos de justicia, y de Derecho común es, que la validez y cumplimiento de las obligaciones no puede quedar al arbitrio de una de las partes; cuando se trata de la realización de un servicio público, se reconoce, en la doctrina a la Administración de derecho alterar las condiciones expresadas, por conveniencia del mismo servicio, es decir, por conveniencia pública. Porque la mejora del servicio público no puede quedar detenida por el respeto a lo pactado, que coloca en un mismo plano los intereses generales y los particulares. Semejante derecho de la Administración debe llevar emparejado algún otro derecho del concesionario, que deje a salvo sus intereses. Pero esta circunstancia no quiebra el principio fundamental, que reconoce a la Administración pública, en orden a sus servicios, la facultad de alterar su régimen para mejorarlo.

Se sostiene, entonces, que el concesionario es un colaborador de la Administración en la gestión de un servicio público. Prevalciendo el interés general sobre el particular del contratista. Siendo lícito, por esta circunstancia, a la Administración imponer modificaciones en el contrato o en el curso de su ejecución. Y no sólo puede aumentar o disminuir las prestaciones, sino incluso ponerles fin. Sería absurdo pensar que se puede imponer a la Administración una obra o servicio que juzga

Ya innecesario. La razón del respeto al interés privado del contratista no es convincente. Como es natural, sólo podrá alterarse el contrato a condición de que este interés no sea sacrificado. De aquí el derecho del contratista a ser indemnizado, incluso de llegar a la rescisión del contrato, en el caso en que la modificación requiera conocimientos técnicos o capacidad económica que ~~aquel~~ careciese.

Reconócese también el servicio público, por las amplias facultades fiscalizadoras e interventoras que en él se reserva y ejerce el Estado, con el objeto de asegurar a los administrados su exacto funcionamiento. Sin duda que la función jurídica del Estado le impone su intervención en toda clase de servicios, y que esta intervención se manifiesta de un modo especial en los establecimientos de utilidad pública, muchos de los cuales, por sobrevivir a sus fundadores y constituir sus beneficiarios una masa indeterminada de individuos, exigen una actuación protectora especial del Poder Público. Pero como se sabe, la intervención del Estado en ellos es mucho menor que la que realiza en los servicios públicos y, por consiguiente, mucho menos amplias habrán de ser también sus funciones fiscalizadoras. En caso de concesión es mas facil apreciar la extensión de estas funciones, que en los servicios centralizados se suelen confundir con la dirección. Entre estas fiscalizaciones e intervenciones destacan las que ejerce la Administración en el régimen de tarifas de utilización de los servicios.

d) Otra nota jurídica del servicio público, es el régimen de obligacio-

nes especiales que a los agentes de aquel que imponen las leyes, al efecto de evitar la cesación del trabajo, ya por vía colectiva, ya por vía individual; así como el carácter, cada día mas fuertemente reglamentario que va dando el Derecho administrativo a la relación jurídica que liga al empleado con el Estado.

Los servicios no deben sufrir interrupción, y de esto se desprende para los funcionarios la obligación de prestarlos constantemente, no abandonando temporalmente su servicio sin la oportuna licencia, ni cesando definitivamente en él antes de haber sido admitida su renuncia.

La sanción de este deber suele establecerse en las leyes reguladoras de las carreras administrativas e incluso del Código Penal.

Si tal como ocurre en el orden de las cesaciones individuales del servicio, con mayor motivo acontece en los casos de cesaciones colectivas. De que no deben interrumpirse, despréndese la necesidad de prohibir la huelga de los empleados públicos; esto implica la anarquía, porque hace efectiva la paralización de la vida del Estado en su actividad para la satisfacción de necesidades generales. Por esto se dice que la huelga y servicio público son dos nociones incompatibles, ya que por la aceptación de un empleo que se le ha conferido, se somete a todas las obligaciones que derivan de las necesidades del servicio público y ha renunciado a toda facultad incompatible con la continuidad esencial de la vida nacional.

Por otra parte, las necesidades del servicio público han determinado también una acentuación muy calificada en el carácter unilateral, de la

relación jurídica entre el empleado y el Estado. Por eso es lícito a la administración modificar, en mayor o menor grado, los deberes de los funcionarios, o llegar, por conveniencia pública, a la supresión de empleos; todo sin perjuicio de ciertas compensaciones a quienes fueren perjudicados por tales medidas.

La naturaleza de los servicios, impone el reconocimiento a la administración de una situación privilegiada en el orden de los derechos judiciales.

En el Derecho privado existe una acción judicial, que tiende a ampararnos en la posesión de nuestras cosas mientras no seamos vencidos en el juicio de propiedad correspondiente, o sea, mientras no somos expropiados y con los requisitos legales. En el Derecho público, reconocer ese derecho al particular frente a la Administración sería peligrosísimo, pues por él podría llegarse a la paralización de los servicios públicos, con el consiguiente daño social.

También forma parte de las notas características del servicio público, las facultades que la Administración se reserva para evitar su interrupción en caso de concesión.

#### 5.- El precio de los servicios públicos

- a) Los servicios públicos gratuitos.
- b) Los servicios públicos cuyo precio cubre los gastos de explotación.
- c) Los servicios públicos lucrativos.



No siempre el servicio público ha de ser retribuido económicamente, los hay en que el servicio es prestado por la Administración pública sin que los usuarios paguen suma alguna por la prestación.

Es lo que ocurre, por ejemplo, con el servicio de enseñanza, cuya esencia es la obligatoriedad y la gratuidad. Es decir, la enseñanza debe ser im-  
partida por el Estado gratuitamente y para el educando y para sus padres es obligatoria.

El servicio es onerado cuando el usuario debe pagar una suma por la prestación que le es suministrada. Puede haber onerosidad sin lucro, muchas veces existe por el solo hecho de que el servicio no es gratuito, por cuanto el pago que realiza el usuario sólo contribuye a cubrir el costo de la prestación, así ocurre con el servicio de Correos.

Y es lucrativo cuando el porcentaje en concepto de beneficios en favor de quien realiza la prestación; así, el servicio de energía eléctrica. No obstante, el servicio público nunca es gratuito, pues aún entonces el servicio es costado por la comunidad por medio del impuesto, cuyo monto no guarda proporción con el servicio recibido, dado que cada individuo en particular siempre paga un impuesto menor al monto del importe del servicio en cuestión.

Lo económico tiene singular importancia en la noción del servicio público y en la determinación del precio del servicio, por cuanto no existe unanimidad respecto al carácter lucrativo o gratuito del servicio público. Realmente ningún servicio público es absolutamente gratuito para la colectividad, aún cuando puede serlo para el usuario o el consumidor, por cuanto en

Los denominados *uti universi*, como los de defensa nacional, policía asistencia pública, etc., los gastos son cubiertos por los "impuestos" o "contribuciones". En esta clase de servicio no hay precios.

El problema del lucro debe considerarse en relación con los sistemas de prestación. No es lo mismo desde el punto de vista de los precios, el servicio público administrado por el Estado que por el administrado por un concesionario o por una sociedad de economía mixta o librado a la iniciativa privada. Cuando ~~es~~ administrado directamente por el Estado, la cuestión es de política económica; en los demás casos el capital invertido en la empresa exige beneficios pecuniarios, y el espíritu de lucro no puede ser extraño a su organización y funcionamiento; de donde la gratuidad depende del modo o sistema como los servicios son satisfechos. No todos los servicios públicos son prestados gratuitamente, no todos son lucrativos, por lo que se pueden formular distinciones:

a) Los servicios públicos gratuitos son prestados *uti universi*, y esa forma de prestación no admite determinación de precios pues tiene un carácter político o social, tal como ocurre con los servicios públicos de defensa nacional, policía, etc., en que los gastos que ocasionan esos servicios son cubiertos mediante el impuesto.

b) los servicios públicos cuyo precio no cubren los gastos de explotación son aquellos que benefician únicamente a quienes los utilizan, y por tanto su costo no gravita sobre la colectividad, sino sobre los usuarios; así pasa con los servicios telegráficos, postales, tele-

fónicos, etc., en que los usuarios son siempre uti-singuli y los gastos son cubiertos con las tasas. La tasa, generalmente, no alcanza a cubrir el costo total del servicio, y ese faltante es satisfecho con el "impuesto", ya que indirectamente existe un beneficio para la colectividad.

c) Los servicios públicos lucrativos, los cuales entrañan un riesgo para la explotación, por lo cual la tasa debe comprender no sólo el gasto de explotación sino también los de renovación de material y los de intereses de los empréstitos contraídos para su construcción.

Precio o tasa es lo que, concretamente, se abona o paga por la utilización de un servicio público, y ambos términos especiales del género 'retribución' de un servicio público, difieren cuando se trata de establecer en que casos hay 'tasa' y cual es el 'precio'. "Tasa" es lo que se paga por los servicios públicos prestados por el Estado en forma de monopolio de iure, en tanto que "precio" es el que se paga por los servicios públicos prestados por las empresas públicas en concurrencia con las privadas o con monopolio de facto, o también llamados "precios públicos" para diferenciarlos de los que se pagan a las empresas privadas, a las que solo se les llama precio.

Hay quienes distinguen entre tasa y precio, y sostienen que la primera es sólo la retribución del servicio, en cambio el precio deja además un beneficio o lucro.

La tasa se diferencia del impuesto en que aquella se paga con referencia

a un servicio público, es decir, en retribución de un beneficio concreto, mientras que "impuesto" se satisface sin relación a servicio alguno, pues el que lo paga no recibe beneficio concreto inmediato y directo, dado que con el impuesto el Estado satisface gastos generales requeridos por un funcionamiento.

La "tasa" es un ingreso derivado de un derecho público que tiene sus caracteres específicos propios que lo distinguen del impuesto y de la "contribución de mejoras", así, el impuesto es una exacción que sin prestación recíproca determinada se efectúa de un modo coercitivo en los haberes de los particulares o en entidades destinadas a la realización de finalidades colectivas. Tiene por objeto la compensación de servicios indivisibles e indeterminados; el hecho imponible es la riqueza poseída por el particular; son tributos generales, no especiales, la diferencia entre tasa e impuesto se debe a la doctrina alemana. El Tributo es el genus de la tasa y de la contribución de mejoras. Como tributo consiste en una prestación económica coactiva. En principio, no deriva de una manifestación de voluntad de la Administración Pública, sino de la Ley.

La diferencia entre la tasa y la contribución de mejoras radica en que esta última es el tributo que se le paga al Estado en retribución del mayor valor que a raíz de la construcción de una obra pública, experimentan las propiedades privadas aledañas a dicha obra. Positivamente "La contribución de mejoras" tiene la misma fuente que el impuesto en general y se justifica por razón del beneficio especial que los contribuyentes obtienen de la obra que se constituye total o parcialmente a

su costa.

Para su existencia se requiere la concurrencia de dos requisitos esenciales: a) que la obra pública sea de beneficio local; b) que su beneficio no sea sustancialmente excedido por la contribución. Faltando esos requisitos, dicho tributo no puede sostenerse ni como contribución de mejora, ni como impuesto, ya que éste supone condiciones de equidad y de uniformidad que no se dan en la contribución de mejoras.

De donde la diferencia entre "contribución de mejoras" y la "tasa" consiste en que la primera beneficia particular y senciblemente a los propietarios limítrofes inmediatos, aumentando su comodidad, su valor y su renta; en tanto que la tasa es la retribución a un servicio prestado por el Estado; Así, la contribución de una obra pública puede dar lugar a la "contribución de mejoras"; los trabajos de mantenimiento o de conservación de esa obra da lugar al pago de una tasa.

La tasa se vincula: a) a un servicio público determinado; b) tiene en vista cubrir el gasto del servicio; c) debe ser proporcional al costo del servicio; d) por su naturaleza no es fuente de recursos para el arario; e) es la retribución a la prestación de un servicio; f) su creación puede ser delegada por Ley en el Ejecutivo, autorizado a prestar el servicio público los concesionarios no pueden imponer tasas, sólo pueden proyectarlas y su validez está sujeta a la homologación por parte de la Administración pública.

La nota específica de los servicios públicos es la "igualdad" y "uniformidad" de las tasas, fundamentalmente en los servicios uti singuli. El

precio del servicio debe ser igual para todos los usuarios, y legalmente autorizado y publicado, lo que supone que es fijado por el Estado cuando se refiere a las tasas, o bien homologada cuando el servicio es prestado por concesionario o con monopolio de facto, es decir, cuando se relaciona con los precios, de donde la igualdad y la certeza son elementos esenciales de las tasas y de los precios. Su costo está en relación con el quantum, es decir, en proporción directa con los gastos del servicio que por su naturaleza no es fuente de recursos para el erario. El elemento "proporcionalidad" es de la naturaleza de la tasa, puesto que es un tributo para el usuario a título de remuneración por un servicio público *uti singuli*. El monto de la tasa no debe exceder los gastos del servicio. es el principio que regula el quantum.

La proporcionalidad entre la prestación de un servicio público y su costo es un elemento propio para la determinación del precio en los servicios a cargo del Estado con monopolio de *Iure*; en cambio, la "Justicia y razonabilidad" son los elementos propios del precio en los servicios públicos del Estado en concurrencia o monopolizados de facto o prestado por concecionario. Para determinarlo se ha de buscar una relación entre dos factores: el costo de la producción del servicio, y el interés del capital invertido en la explotación, factores que determinan la razonabilidad del precio.

Para la procedencia del cobro por la prestación de un servicio público se requiere:

- a) Prestación efectiva de éste.
- b) Que el servicio sea puesto a disposición del usuario. En los dos su-

puestos lesionados el cobro se ajusta a derecho.

6.- Finalidad de los servicios públicos.

a) La continuidad.- Se organizan ciertos servicios públicos, y el motivo que mas corrientemente se invoca es el de la necesidad de garantizar la continuidad en la satisfacción del interés social a que provee la empresa. El fundamento racional de este principio se halla en que la idea de necesidad deduce la de periodicidad. Las necesidades individuales se prestan periodicamente; pero lo que en lo individual es periódico, en lo colectivo se convierte en continuo y permanente, pues consideradas en conjunto esas necesidades periódicas del individuo, es decir, referidas a la colectividad, pierden su intermitencia y se muestran como un continuo fluir.

Y es que existen necesidades públicas que deben ser ininterrumpidas, pues de no ser así producirían grandes problemas en la vida de la colectividad; la libre concurrencia garantiza esta satisfacción regular como medicinas, farmacia, etc., pero hay necesidades públicas que por diversas causas están en peligro de ver paralizados los servicios que ha ellas se refieren. Si necesitase un criterio para cometer las actividades que deben servir de soporte a la organización de un servicio público, diríamos que se encuentra en el desorden social que se produciría por la suspensión aún muy breve, de la actividad correspondiente; por lo que el poder público debe cerrar el paso a este peligro y organizar los servicios públicos.

La idea de la continuidad ha sido tan aceptada por los escritores y en el derecho positivo de los modernos pueblos, que inspira casi por entero -

el sistema jurídico especial que rige los servicios públicos, y ha sido la inspiradora de ciertas disposiciones, tales como las que organizan las suplencias de los agentes dimisionarios, el deber de permanecer en sus puestos mientras no sean designados sus sucesores, las que establecen de que la dimisión de los agentes públicos no surta efecto hasta que sea aceptada, y las que prohíben las huelgas de los funcionarios públicos.

Es la continuidad la esencia de los servicios públicos, pues cuando se constituye es fundamentalmente con el fin de asegurar la satisfacción de necesidades generales, que la iniciativa privada no podría cubrir sino de un modo incompleto. Además es corolario de su propia razón de ser y de la decisión de los gobernantes de instituirlo, para satisfacción de una necesidad colectiva. El propósito de los gobernantes no es plenamente cumplida con la institución dispuesta en marcha del servicio, pues aquel requiere que la necesidad sea siempre y continuamente satisfecha. Servicio público quiere decir necesariamente actividad continuada, pero entendido que esta cualidad debe serlo en forma razonable, según la naturaleza del servicio y las prescripciones del régimen que lo regula. Ya en el funcionamiento del servicio, ordinariamente el criterio de continuidad parece confundirse con el de regularidad, pues los autores suelen emplear indistintamente ambos vocablos. Pero lo continuo es lo que funciona sin interrupción, y lo regular hace mas bien referencia a lo acompasado, es decir, a lo que conserva el ritmo inicial y funciona sin intermitencia.

b) La uniformidad. Una segunda causa que justifica la creación de un



servicio público, es la conveniencia de que en su organización presida un criterio de uniformidad. Las necesidades que interesan a la colectividad deben ser satisfechas con un criterio armónico, procurándose que, en la debida proporción, participen de sus ventajas la mayoría de un país.

Se impone la necesidad de un plan de conjunto. El servicio de ferrocarriles, de carreteras, interesa a todas las comarcas de la nación; otro tanto ocurre con el correo y el telégrafo, ya que es justo que todos gocen en adecuada proporción de estos beneficios.

Si la satisfacción de ciertas necesidades públicas quedase abandonada a la libre concurrencia, la realidad nos ofrecería el contraste de una congestión de servicios en ciertas regiones y falta en otras, dependería del interés y del cálculo financiero de las empresas, las comarcas ricas y densas, gozarían de abundancia, carecerían, en cambio, las regiones pobres y poco habitadas. Y este contraste originaría una perturbación, por desequilibrio en la economía nacional.

El servicio público remedia en lo posible este mal. Personificado en el Estado el supremo interés colectivo, su actuación se manifiesta desinteresada como su fin. Sin duda que las empresas del Estado no deben ser ruinosas, ni puede reconocerse a los ciudadanos títulos para reclamar para todas las regiones del país iguales ventajas sociales. Ya que todos los países ofrecen variedad y contraste entre sus diversas regiones, y esto debe repercutir en el orden de las prestaciones debidas por el Estado.

Pero, sólo por el procedimiento del servicio público se puede llegar a lograr la debida ponderación entre las aspiraciones de los ciudadanos

de las distintas zonas.

c) La confianza pública.- Es esta otra razón que puede promover la constitución de un servicio público; o sea, la de dar garantía a los ciudadanos de que el servicio funcionará de acuerdo con su propia naturaleza y rindiendo su natural utilidad. Esto acontece con los servicios de Correos y Telégrafos y con el acuñamiento de la moneda. En los primeros demanda el público la seguridad de la comunicación y el necesario secreto de ella. Y en el tercero la seguridad de que no será víctima del fraude y que la moneda, tendrá el peso y la aleación prescritos. La libre concurrencia no da esta garantía. Nada mas natural que la otorgue el Estado.

d) Razones económicas.- El servicio público, no es otra cosa que la expresión práctica del cumplimiento por el Estado de sus fines. Estos servicios son necesarios o voluntarios; los primeros suelen ser gratuitos, porque son los que justifican la propia existencia del Estado.

Los servicios de segunda categoría imponen, por lo general, alguna carga a los usuarios, porque asumiéndolas el Estado de un modo puramente voluntario, y respondiendo a las funciones que pudieran ser realizadas por el esfuerzo en particular, justo es que los beneficiarios paguen la utilidad concretamente recibida.

La gratuidad u onerosidad de los servicios públicos, plantea en esencia el problema de si los gastos de funcionamiento de aquellos deben ser sufragados totalmente por los usuarios o beneficiarios directos de sus prestaciones, por la masa de contribuyentes o aún todavía si se ha de repartir entre unos y otros exigiendo de los usuarios sólo una cantidad inferior al costo del servicio.

El concepto mismo de tasa, o pago a realizar por la utilización del ser-

vicio, se fija por los teóricos del siglo XIX como un fenómeno de cambio, esto es, la satisfacción de la cantidad suficiente a enjugar el gasto producido por la prestación individualmente recibida. Se concibe la tasa como un precio de Derecho privado, olvidando el carácter público del servicio, deriva de la naturaleza del interés colectivo que cumple; lo que, en definitiva, implica que beneficia a toda la colectividad. La tesis clásica impone la tercera de las soluciones apuntadas, es decir, el pago de una cantidad inferior al costo. El usuario debe pagar el gasto de utilización, mientras que en el costo de establecimiento del servicio y por tanto, normalmente, el de su amortización, deberán ser financiados a través del impuesto.

La distinción entre servicio gratuito y público remunerado constituye para el Estado un hábil instrumento de justicia distributiva, operando sobre la base de la congruencia del precio del servicio público con la capacidad económica de cada grupo de consumidores. Si olvidar que el servicio público es administración y no política de socialización, aún cuando sirva a las orientaciones de aquella.

Resumiendo, el servicio público tiende a evitar la explotación por los particulares, ya que las necesidades públicas a cuya satisfacción provee, si fuesen atendidas por aquellos, y las empresas animadas por el ánimo de lucro abusaran de la ventajosa posición en que las coloca el monopolio de hecho a que conducen de ordinario estos servicios.

Por eso en la organización económica de los servicios públicos, el Estado se reserva el derecho de fijar el máximo de tarifas y a no tolerar la alteración de las mismas, pasando el límite señalado, sin su previa autorización.

c) La igualdad.- Es esta otra razón en la necesidad de garantizar su uso en condiciones de igualdad a todos los individuos, salvo, como es natural, la existencia de categorías naturalmente favorecidas.

Esta razón deriva del carácter del interés general de estas empresas, y como en el régimen de servicio privado no es posible obligar al empresario a prestarlo en condiciones de igualdad, semejante inconveniente ha dado margen a la aplicación del procedimiento ya considerado.

f) La comodidad del público.- La satisfacción de ciertas necesidades colectivas es, las mas de las veces, resultado de grandes empresas que, por lo general, no toleran competencia, como los ferrocarriles, agua, etc., Estas empresas constituyen, verdaderos monopolios de hecho con todos los peligros que estos engendran para los usuarios. Uno de ellos es el que las empresas privadas, por el espíritu de especulación, desatiendan las exigencias de la comodidad del público, ofreciéndole un servicio pobre, viejo o molesto. Esto trata de evitar el servicio público, que, atento a las conveniencias sociales, implica un régimen de intervención del Poder Público enderezado a proporcionar a los administrados ventajas y comodidades, aunque merman en una cierta proporción los rendimientos económicos de la explotación.

Entonces las causas que motivan la creación de los servicios públicos y que constituyen otras tantas facilidades suelen ser varias, mas todas ellas tienen por objeto proporcionar al público mejores ventajas con los menores sacrificios económicos.

### CAPITULO III

#### I.- Creación, Organización, Modificación y Supresión de los Servicios Públicos.-

##### Consideraciones Generales.

Tienen objeto distinto pero están íntimamente vinculados, lo que es evidente porque la organización, la modificación y la supresión son consecuencia de la creación. La creación del servicio es una declaración de voluntad del Estado, que establece que una necesidad de interés general debe ser satisfecha por medio del servicio público.

La organización de un servicio público comprende las reglas generales según las cuales deberá ser regida la actividad de ciertas personas o deberán ser administrados ciertos bienes. Como en el servicio público debe satisfacer una necesidad de interés general, es lógico que la organización pueda modificarse en cualquier momento, con el objeto de llegar a una mejor realización del interés que se contempla.

La supresión de un servicio público es también una manifestación de voluntad del Estado que declara que en lo sucesivo una necesidad de interés general no se verá satisfecha por medio de un servicio público.

Los actos por los cuales se crea, organiza, modifica o suprime un servicio público, son disposiciones de carácter general y obligatorio y, en consecuencia, son leyes en sentido material. Entonces, las únicas autoridades competentes son aquellas que tienen poder de formular normas de derecho, es decir, poder, normativo.

##### Creación de los Servicios Públicos.-

Significa que el Estado resuelve que determinada necesidad de interés general será satisfecha por el sistema jurídico del servicio público.

En general podemos decir que el legislador es el órgano competente para crear un servicio público. Porque en algunas oportunidades el servicio público se realiza bajo la forma de monopolio de hecho y la realización de un servicio público trae aparejada, para el que no presta, la posibilidad de gozar de ciertas prerrogativas propias del Estado que le permiten aplicar limitaciones al dominio particular, como expropiar, imponer servidumbres, etc., la limitación a las libertades individuales, a la propiedad privada, a la de comercio e industria que lleva consigo la creación de un servicio público, hace necesario que el acto de decidir que esa necesidad de interés general deba ser satisfecha por medio de un servicio público sea de competencia del Poder Legislativo y no del Poder Ejecutivo.

Puede ocurrir que la ley no diga expresamente que una cierta actividad constituye servicio público, pero basta que consagre soluciones, que implícitamente supongan que esa actividad es un servicio público. Así por ejemplo las leyes que facultan a la Administración para otorgar concesiones de tal o cual servicio.

Es comprensible que los particulares no intervengan en la creación de los servicios públicos, ya que tratándose de una facultad de carácter discrecional y, en consecuencia, de libre apreciación del órgano competente, Por lo demás, es el legislador quien deberá otorgar las disposiciones necesarias para que el servicio funcione adecuadamente.

En ciertos casos que la ley que crea el servicio público tenga carácter po

testativo y deje, en consecuencia, a la administración la determinación de la oportunidad y conveniencia de su funcionamiento. Puede ocurrir también que la ley creadora está concebida en términos generales como comprensiva de varios servicios públicos, en cuyo supuesto el poder administrativo puede, de acuerdo con su criterio, organizar y hacer funcionar uno o algunos o todos los servicios a que se refiere la ley.

Al crearse el servicio, la ley puede seguir dos procedimientos:

a) permitir que subsista la iniciativa privada, por ejemplo los servicios de beneficencia pública y educacional; b) reservar para el Estado la satisfacción de una determinada necesidad de interés general en forma exclusiva y por medio del procedimiento del servicio público.

Surgen en esta segunda forma de servicios públicos que se explotan como monopolios de derecho, ya que es sólo el Estado quien puede prestarlos.

En lo referente a la jurisdicción competente para la creación de un servicio público será, generalmente, la local, correspondiéndole a la Nación en los supuestos que en la Constitución así lo establezca.

En otras oportunidades, ciertos servicios públicos de carácter internacional surgen como consecuencia de convenios de la misma índole. Por ejemplo el servicio de correos internacional, cuya organización dio origen a la creación de la Unión Postal Universal, que se rige por las convenciones internacionales efectuadas por los Estados.

#### Organización de los servicios públicos.-

Consiste en la determinación de las reglas generales y particulares a que habrá de ceñirse. Se referirán, entre otras cosas, a la determinación de

los recursos de que dispondrá, a la naturaleza, atribución y deberes de su personal, a la determinación del régimen a que deben sujetarse, etc. - Logicamente, toda norma de organización de un servicio público que implica un gasto, deberá emanar de la autoridad que tiene poder presupuestario, de lo contrario, obtener su aprobación expresa o bajo la forma de otorgamiento de los créditos necesarios para la aplicación de la norma. Por lo demás, toda disposición que signifique, en la organización de servicios una limitación a la libertad individual, a la propiedad privada o a la libertad de comercio o industria, debe ser establecida por la ley.

#### Modificación del Servicio Público.-

Es alterar las normas de organización del servicio público cuando el interés general así lo impone. La idea de modificación trae aparejada la de organización, es decir, una variación de las normas sobre cuya base el servicio fue estructurado. Si la organización del servicio resulta de una ley parecería lógico que la modificación del mismo resulte también de una ley, ya que ésta afecta no solamente a su aspecto reglamentario sino también a su estructura orgánica, régimen de bienes y personal. Si la organización del servicio fue hecha por la administración, a ésta le corresponderá, en general su modificación.

#### Supresión de los Servicios Públicos.-

Para suprimir un servicio público es necesario un acto de la misma naturaleza de aquel que la ha creado, La supresión del servicio supone una manifestación de voluntad del Estado que declara que sea necesidad de inte-



rés general no necesita ser satisfecha por el procedimiento del servicio público, pudiendo entregarse a la iniciativa privada o no hacer lugar a esa necesidad por considerarse innecesaria. Como la supresión de un servicio público conduce a la abrogación de un acto emanado del Poder Legislativo, es evidente que sólo este tiene competencia para ello. Es de advertir que los servicios públicos establecidos en la Constitución no pueden ser suprimidos por el legislador ordinario.

Los servicios no creados por la Constitución, pueden ser suprimidos por la ley secundaria.

Si la ley creadora de un servicio público dispone que el órgano administrativo puede decidir sobre el funcionamiento del mismo, queda al arbitrio de éste sobre su organización y funcionamiento, lo que lo faculta implícitamente para su supresión.

## 2.- Clasificación de los Servicios Públicos.-

- a) Por su importancia.
  - b) Por el carácter de la prestación.
  - c) Por razón de su utilización.
  - d) Por su competencia económica.
  - e) Por la persona que lo presta.
  - f) Por razón de su jurisdicción.
  - g) Por la naturaleza del servicio.
  - h) Por los usuarios.
  - i) Por el carácter de la necesidad.
- a) Por su importancia.- Obedece esta clasificación a la trascendencia que

tiene la actividad respectiva en la subsistencia del individuo o del Estado. Luego en ese orden de ideas los servicios públicos se dividen en "esenciales y secundarios". Esenciales son, ante todo, los que se vinculan a la subsistencia física del individuo, ejemplo, la asistencia médica y artículos de primera necesidad. También son esenciales los servicios públicos de gran influencia fundamental para la vida de la comunidad, al extremo de que sin tales servicios no se concibe el correcto funcionamiento del Estado moderno, ejemplo: defensa nacional, instrucción primaria, transportes, etc. De donde, serían servicios públicos esenciales aquellos que el Estado realiza en su cumplimiento de fines atinentes a su propia existencia y la de sus administrados, es decir, los imprescindibles.

Secundarios o facultativos serían aquellos que responden a fines accesorios y en los que no está en juego la existencia del Estado ni la de sus administrados, es decir, los que no reúnen las condiciones enumeradas anteriormente tanto respecto al Estado como al individuo, ejemplos: actividad cultural, como teatros, bibliotecas. Es conveniente contar con esos servicios pero imprescindible, como sucede con los esenciales. El carácter de imprescindible que asume los servicios esenciales no es ajeno a los servicios "secundarios o facultativos" desde el momento en que estos funcionen regularmente, pues luego de un tiempo se incorporan de tal modo a los hábitos de la colectividad, que se transformen en un elemento de la vida civil y llegan a adquirir el carácter de imprescindibles, ejemplos: la luz eléctrica, que en sus comienzos fue secundario y actualmente es esencial.

b) Por el carácter de la prestación.- Debe entenderse esto en dos sentidos:

1) obligación del Estado de prestar el respectivo servicio o simple facultad

tad de éste para hacerlo; 2) obligación del administrado de utilizar el servicio o simple facultad para efectuar tal utilización.

Hay servicio público en que el Estado se halle obligado a prestarlo a - auspiciar su prestación; obligación que puede tener distinto origen: a) racional; b) positivo. La obligación racional de prestar el servicio resulta de su carácter esencial. La obligación positiva debe surgir de un texto constitucional, como el servicio de la defensa nacional, enseñanza, etc.

La característica fundamental es que la simple obligación de crear el servicio resultante de una ley formal no basta, por cuanto estas leyes pueden derogarse por otra anterior; lo que no ocurre cuando quien dispone la creación de los servicios públicos es la Constitución Política. Resumiendo podemos decir, que son obligatorios los servicios públicos que el Estado debe necesariamente satisfacer, ya por imperativo constitucional o legal; son voluntarios aquellos cuya realización depende de la voluntad estatal, ya que se puede crear por el Poder correspondiente de un servicio público determinado diciéndo que él será obligatoriamente satisfecho por el procedimiento de derecho público, o bien, que podrá ser satisfecho por dicho procedimiento. Esta alternativa es la que da origen a los servicios públicos voluntarios, en cuanto al empleo del procedimiento del servicio público no es obligatorio sino discrecional para el Estado.

c) Por utilización.- " Necesaria " y " facultativa ". Esta clasificación se relaciona en forma directa con los usuarios. Los " necesarios " adquieren esa condición jurídica en virtud de la ley por motivos de interés polí

tico-social, como es el caso de los servicios de previsión social, etc.

Los " facultativos " pueden o ser utilizados por el público, como es el de transportes, telecomunicaciones, etc. Un servicio público puede ser obligatorio para el Estado y de uso facultativo para el usuario, como la enseñanza secundaria y la universitaria.

d) Por su competencia económica. " Exclusivos " y " concurrentes ". Existen servicios públicos que deben ser satisfechos con exclusión de los particulares, como es el caso de los servicios de policía, defensa, etc. En estos casos el servicio está monopolizado; en cambio hay necesidades colectivas satisfechas concurrentemente por el Estado y los particulares, como alumbrado público, enseñanza, asistencia médica, etc.

e) Por la persona: 1) por el Estado; 2) por persona jurídica de derecho público; 3) por concesión.

1) Por el Estado: a los servicios públicos administrados directamente por el Estado se corresponde con la denominada centralización administrativa.

2) A los servicios públicos administrados por persona jurídica de derecho público se corresponde con la denominada descentralización administrativa: autárquica en su forma institucional, o establecimientos públicos, según la denominación francesa. Son servicios públicos desintegrados del poder central.

3) Servicio público a cargo de concesionarios: el sujeto en estos servicios es una persona de derecho privado. La concesión es un modo de gestión indirecta cuyo signo es la delegación por parte del Estado de una atribución jurídica sobre una manifestación de la actividad administrativa, con el fin de que el concesionario gestione, en su nombre y por su cuenta, su servicio

público. El servicio público concedido continúa como tal, ya que su naturaleza jurídica permanece inmutable por delegación del concedente.

f) Por razón de su jurisdicción.-Esta clasificación se relaciona directamente con el ordenamiento jurídico constitucional y es de sustancia política. Las Constituciones determinan cuáles servicios públicos son de incumbencia exclusiva del legislador nacional, es decir, del central y de los poderes locales. Dando origen a dos categorías de servicios públicos: los generales y los locales.

Los generales satisfacen necesidades colectivas de tal importancia institucional que deben ser confiados al poder central, si se quiere mantener la unidad política. Tales como los de defensa nacional o de relaciones exteriores, interesan a toda la colectividad considerada uti universi.

Los servicios públicos locales interesan especialmente a la colectividad de una determinada circunscripción, ej. departamento.

g) Por la naturaleza del servicio.- La naturaleza de la actividad ha dado origen al llamado servicio público industrial, siendo su finalidad la explotación de una determinada actividad industrial o comercial. Siendo su característica fundamental en que su creación obedece fundamentalmente el propósito de obtener posibles utilidades económicas, y el fin de lucro constituye, si se quiere, su finalidad esencial para invertirlo en beneficio de la colectividad.

h) Por los usuarios.- Uti singuli y uti universi. El destinatario del servi

cio puede ser la colectividad considerada en sí mismo bien dirigida a los individuos que la forman; el servicio puede tener usuarios "indeterminados," según que la utilidad que reporte sea genérica para la población en general, o puede tener usuarios "determinados", que reciben una utilidad concreta o particular, porque se benefician individualmente con la prestación.

En el primer caso comprende los servicios públicos *uti universi*, en que el beneficiario es la sociedad y no el individuo. El segundo caso comprende los servicios públicos *uti singuli*.

El aprovechamiento de los servicios *uti universi* y, en principio los gastos de su organización y funcionamiento son cubiertos por el impuesto.

Los *uti singuli* tiene como destinatario al público, considerado singularmente, usuarios y consumidores, y los gastos de su organización y funcionamiento son cubiertos, parcial o totalmente, con las tasas o los precios llamados por esto "precio público", ya que se destina a pagar servicios de beneficio común y de utilización individual.

i) Por el carácter de la necesidad.- Permanentes, accidentales e intermitentes. El servicio público permanente es aquel que debe funcionar sin interrupción, ejemplo: policía, defensa nacional, electricidad, etc.; servicio público accidental, llamado también contingente, por cuanto en ellos no funciona el elemento "continuidad"; se organizan en casos determinados, como en el de las epidemias, terremotos, siniestros que afectan gravemente el orden social y, consecuentemente, el orden público.

Suelen también organizarse en casos de graves crisis económicas o de huelgas revolucionarias o de guerras, para asegurar el orden público y evitar la pa-

realización o tan siquiera la disminución de la producción; servicios públicos intermitentes será aquellos en que, si bien su organización es previa a su función, su ejercicio está en potencia, puesto que no funcionan permanentemente. Produciendo el evento para el cual han sido creados y organizados, es decir, aparecida la necesidad, el servicio funciona, ejemplo: el servicio público del cuerpo de bomberos.

CAPITULO IV

- 1) Modos de gestión de los Servicios Públicos:
  - a) Por razón de la dependencia o autonomía del organismo rector
  - b) Por la naturaleza del servicio
  - c) Por la naturaleza del organismo regente
- 2) La gestión directa:
  - a) Centralizada
  - b) Autónoma
- 3) La gestión interesada.
- 4) La concesión de los servicios públicos.
- 5) Causas de la concesión.
- 6) Naturaleza jurídica de la concesión:
  - a) Como contrato
  - b) Como acto unilateral
  - c) Como acto mixto
  - d) Como acto administrativo bilateral
- 7) Requisitos de la concesión.
- 8) Relaciones jurídicas que se derivan de la concesión:
  - a) Entre la Administración y el concesionario
  - b) Entre el concesionario y el público
  - c) Entre el concedente y el público.
- 9) Extinción de la concesión:
  - a) Conducidad.



- b) Rescate.
- c) Revocación
- d) Rescisión
- e) Otras causales.

10) Las sociedades de Economía Mixta.

### 1.- Modos de gestión de los Servicios Públicos.-

La gestión de los servicios públicos puede ser objeto de diversos procedimientos, siendo su principal característica el progresivo aumento numérico y diversificación de aquellos.

Tradicionalmente ofrece una gran sumariidad clasificada. Debido al constante aumento y variabilidad de las incumbencias públicas han aparecido nuevas formas de prestación transformándose las antiguas, pudiéndose establecer un triple criterio:

- a) Por razón de la dependencia o autonomía del organismo rector, los modos de gestión del servicio podrán ser centralizados o descentralizados.
- b) Por la naturaleza del servicio: de acuerdo con este criterio, no se puede decir que haya modos privativos de funcionamiento de los servicios públicos, pero que sí que determinados modos de gestión suelen ser sólo aplicables a determinadas especies de aquellos, ejemplo la sociedad de economía mixta.
- c) Por la naturaleza del organismo regente: según el cual el servicio puede estar regido por un organismo público, por un organismo privado siendo la concesión el más caracterizado, o por un organismo mitad público mitad privado.

## 2.- La Gestión Directa.-

La Administración en este sistema, asume total y privativamente la gestión del servicio, sin intervención ni participación del particular en ella. Designa operarios, autoridades, funcionarios, aporte al capital, percibe los rendimientos, se beneficia de las utilidades o soporta las pérdidas, fija las tarifas, ejerce la dirección y contrae por entero las responsabilidades que de la gestión pudieran derivarse.

Si, además, el servicio se presta por el Estado en régimen de monopolio, que excluya en todo caso la competencia, nos hallaremos ante el servicio estatizado.

La Administración directa tiene dos modalidades:

a) Centralizada: en la que, el servicio es una dependencia normal de la Administración pública, que concreta y se reserva todo poder de dirección y de gestión, así como la competencia para designar el personal y autoridades de aquel.

b) Autónoma: en la cual, el Poder Público descentraliza reconociéndole la personalidad jurídica, con poder de dirigir y administrar la empresa, adquirir y disponer de bienes y celebrar actos, contratos.

Se extiende considerablemente este procedimiento, que descongestiona y despreocupa a la Administración de muchas empresas y obliga a los particulares y funcionarios de los servicios a participar activamente en ellas, bajo la acción fiscalizadora de la Administración.

Estas formas, centralizada y autónoma, de la gestión directa de los servicios públicos, con la precisión diferenciadora, en la que se distingue entre:

- 1) Servicios Públicos centralizados típicos, que son los que tienen consignaciones económicas para su funcionamiento que figuran especificadas en los Presupuestos generales del Estado.
- 2) Servicios Públicos centralizados y por consiguiente sin personalidad jurídica distinta a la del Estado, que en atención a sus circunstancias, - tienen consignada a totalidad o la mayor parte de sus detonaciones económicas mediante la fórmula de subvenciones figuradas en los Presupuestos Generales del Estado.
- 3) Los organismos autónomos o entidades de Derecho Público creados por la Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado, que tienen expresamente encomendada en régimen de descentralización la organización y administración de algún servicio público.

Propiamente, solamente el último caso implica descentralización; mientras que los servicios públicos centralizados típicos, se rigen por las normas administrativas de común aplicación.

La Administración puede prestar por gestión directa centralizada toda clase de servicios, pero esta forma no suele ser empleada, generalmente, para servicios de carácter económica, porque la organización administrativa general no es adecuada para ello.

Las empresas de la Administración, ofrecen hoy una de las cuestiones más interesantes y difusas del moderno Derecho Administrativo.

Su carácter común quizá sea únicamente el de que realizan prestaciones de índole económica, pero en cuanto a sus modalidades de acción ofrecen las mas diversas especies.

Son, unas veces, típicos organizaciones de servicios públicos descentralizados,

que funcionan plenamente bajo un régimen de Derecho Público; otras empresas de interés público, creadas por la misma Administración, pero funcionando -- bajo un ordenación jurídica de naturaleza privada o incluso mixta. En otras ocasiones, su origen se ofrece como fruto del proceso de las nacionalizaciones.

La empresa pública, según Delión, es un patrimonio público personalizado y afecto a una tarea económica; al que puede estar o no encomendada la gestión de un servicio público.

La Administración directa centralizada, constituye, pues la gestión enteramente pública, la forma clásica del servicio estatal, provincial o municipial, ya que las entidades territoriales aseguran directamente e indirectamente su funcionamiento.

Es de donde, que, el estudio de esta forma de gestión se comprende sobre todo en los temas generales de la doctrina jurídico administrativa y, particularmente, la administración directa autónoma suscrita, por contraste, una especial cuestión de organización: la descentralización funcional o por servicios, llamada administración indirecta.

### 3.- La Gestión Interesada.

La empresa es tomada a cargo de la entidad pública y establece las tarifas y ésta a las pérdidas y ganancias; pero confía la explotación a un particular o entidad privada, que recibe por eso una participación en los beneficios.

Aquí existe ya la figura del particular, que colabora y se interesa con la Administración en la empresa.

La Administración interesada tiene como característica ser: " un procedimiento intermedio entre la administración directa y la concesión ".

En ella la gestión es repartida entre el poder público y un gestor, que es el que se encarga de la explotación. Y recibe una remuneración fija o una participación en los beneficios, o se le retribuye su trabajo con combinaciones de ambos sistemas.

El gestor se reserva con frecuencia el derecho de designar su personal, ya que es un mandatario interesado en que la empresa funcione bien'

La Administración interesada no da lugar a un establecimiento público o personalidad independiente de la entidad a que pertenece el servicio, sino a la temporal participación del gestor en el ejercicio de una función administrativa.

El problema en esta gestión, aparece cuando se trata de considerar la naturaleza jurídica de la relación que liga a la Administración y gestor.

Para algunos autores lo que existe es un mandatario interesado; para otros, 1) entre ellos Albi, considera el gestor como funcionario de la Administración Municipal.

Así, admitida ésta hipótesis, lo que ya no resulta tan claro es que la Administración interesada constituye punto intermedio, entre la administración directa y la concesión.

Luego, si se acepta esa calificación intermedio de la gestión interesada, por reconocer la individualizada posición que el gestor ocupa, habrá que pensar que es sólo por el modo de la remuneración como se distingue la concesión de la administración interesada, ya que el gestor no corre riesgos de pérdidas, sino que simplemente interesado en los beneficios.

El régimen de funcionamiento de los servicios prestados mediante el sistema de gestión interesada, así como de los contratos convenidos para ello, está sujeto a las previsiones específicas que se señalan de modo general para todos los contratos de gestión de servicios públicos.

- a) Será aplicable este modo de gestión a los servicios de competencia estatal que tengan contenido económico, y que no impliquen el ejercicio de poderes soberanos.
- b) El contrato expresará el ámbito funcional y territorial de la gestión del servicio, pues antes de proceder a la contratación del mismo deberá haberse promulgado el régimen jurídico básico de aquel, que atribuya las competencias administrativas; determina el alcance de las prestaciones en favor de los administrados; y que declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida por el Estado como propia del mismo.
- c) No podrán ser prestados en régimen de monopolio, salvo expresa autorización de una ley.
- d) No podrá tener carácter perpétuo, sino por tiempo previsto.
- e) Siempre la Administración conservará los poderes de policía para asegurar la buena marcha del servicio.

Es evidente la diversificación de los modos de gestión de los servicios públicos, ya que la interferencia de los distintos elementos de la clasificación formulada, genera una variada gama de procedimientos, en la que la atipicidad de la forma de garantía pública que se tiende a establecer podrá - quizá llegar a ser el único denominador común.

#### 4.- La concesión de los Servicios Públicos.-

La concesión es otro de los procedimientos que puede emplear la Administración para la gestión de sus servicios y, en razón de su importancia y variedad de problemas que suscita, merece especial mención.

Es una forma importante de gestión indirecta de los servicios públicos y requiere la consideración genérica del problema de la naturaleza jurídica del acto a través del cual se constituye. Y puede decirse que la doctrina, mientras tratando en concreto de las concesiones en especie de servicio, de obra, de dominio, etc., llega a admitir, para algunas de ellas las cualidad del negocio jurídico contractual, para otras repudia tal catalogación; y también que, cuando se plantea el tema de los actos de concesión administrativa, predomina la teoría del criterio como un acto administrativo unilateral.

Entonces, los derechos del concesionario emanan en todo caso de un acto administrativo; pero que, a veces, el descuido en la estimación de la naturaleza jurídica de esta categoría de actos de concesión, determina el olvido de que su esencia es común en las diversas aplicaciones, pues la finalidad de la concesión no es obra que faculta el ejercicio de una cierta actividad que se ejercerá como goce especial sobre cosas públicas.

Confiere un poder de obra derivado del Estado, ya que el concesionario adquiere un derecho. La concesión consiste, en la atribución de poder que la Administración confiere a un particular para que rija durante cierto tiempo - la gestión de un servicio, atribución que puede ir precedida de la ejecución por parte de aquel de una obra pública.

Salta a la vista la diferencia entre el contrato y la concesión. En el contrato, el contratista limita su trabajo a la realización de la obra.

Efectuada ésta y recibido el precio estipulado pasa la obra a la Administración, la que explota el servicio directamente o lo arrienda.

El concesionario va mas lejos, terminada la obra y establecido el consiguiente servicio, lo hace objeto de explotación.

Fundamentalmente se encierran dos ideas en esta noción. Es una la de que la concesión puede entrañar la realización de una obra pública.

Es otra la de que estriba en la realización de un servicio público, como un modo especial de su gestión.

Durante la mayor parte del siglo XIX, no se concebía la concesión sino bajo la forma de concesión de obra pública; mas, al fin del mismo y a virtud del desarrollo de los servicios de ferrocarriles, gas, electricidad, etc., aquella ya aparece pudiendo implicar a la vez a la construcción de la obra y la explotación del servicio; y al principio del siglo XX, se ha comprendido que puede haber concesión de servicio público sin la previa realización de una obra pública.

El liberalismo económica aceptó la fórmula de la concesión, como instrumento paliador de la concentración de poder que la extensión de esos grandes servicios habría que implicar, en actitud coincidente a la que postula que la actividad industrial no sea desgajada del servicio público.

De tal suerte, no puede estimarse la concesión cual una mera empresa, aunque el espíritu de lucro anime la acción del concesionario, y sea la perspectiva de una ganancia el incentivo que la Administración pública ponga en ella. Por eso se sostiene por algunos autores, que no es la concesión, una empresa privada que, en razón a su importancia, esta sometida al control de la Admi-



nistración. Lo fundamental en ella es que se trata de un servicio público - propiamente dicho, y no de una importante empresa privada controlada por - la Administración.

La anterior idea se concreta en esta fórmula: el interés es lo decisivo; ya que este interés prevalece sobre los intereses privados.

Lo que sucede es que, siendo la ganancia el móvil que determina al particular a hacerse cargo del servicio, éste es también para él una empresa industrial, y así la concesión reviste este doble carácter: un servicio público cuya gestión, como la de todos los servicios de esta naturaleza, ha de hacerse buscando el predominio del interés general; y una empresa industrial que entraña la compensación económica al concesionario de las cargas que - la gestión le impone.

##### 5.- Causas de la Concesión.-

Se puede decir que las causas no son otras que un interés público con predominio de carácter económico. La creación de ciertos servicios públicos suele originar gastos cuantiosos y exige una administración especial y difícil; muchos de ellos aparecen dominados por la nota aleatoria, propia de toda empresa nueva y que por su naturaleza esta llamada a alcanzar grandes proporciones.

La creación de estos servicios impone al Estado un intenso esfuerzo administrativo y amenaza a la Hacienda con una grave carga. Por otro lado, la lentitud con que suele conducir sus obras la Administración, constituye una rá mora de difícil vencimiento. A remediar estos males tendió la concesión.

También la concesión no deja de ofrecer sus inconvenientes. Por ella pasa a

los particulares competencias públicas, con traspaso anexo de poder, que puede engendrar serios peligros para la libertad civil. Además, la facultad que adquiere el concesionario de obtener una remuneración por los gastos de la obra, en forma de tarifas pagaderas por los usuarios, puede hacer a estos víctimas de la codicia de la empresa, si la Administración no hace uso cuidadoso de sus derechos de intervenciones a favor de aquellos.

Se señalan como inconvenientes del sistema de concesiones, que la Administración instituye el servicio en favor de los intereses generales de la colectividad, en cambio el concesionario va a aquellos con un evidente ánimo de lucro. De tal suerte, que el fin del concesionario rija el servicio de modo conforme al interés público y que obtenga un beneficio determinado.

Si la concesión es para el concesionario una simple empresa de negocios, ya que colabora con la Administración por ánimo de lucro, es natural que se preocupe de eliminar las causas que pueden ejercer influencia perturbadora. Una de las más graves a dicho efecto es la competencia, por ello la concesión porta en sí misma una naturaleza tendencia a la exclusividad.

Como los monopolios ofrecen graves dificultades teóricas y prácticas, por ejemplo atentar contra el principio natural de la libertad de trabajo, alteran la ley natural del valor y de los precios, etc., por lo que no deben ser establecidos con interferencias de intereses de lucro de tipo privado, sino sólo cuando la superioridad que entrañan beneficie a la comunidad sin privilegio especial para ninguno de sus miembros.

Se dice, que la consecuencia de una concesión de servicio público a título

exclusivo no es crear un monopolio de derecho, sino simplemente de hecho; -  
pues aquel sería prohibición impuesta a los no concesionarios de realizar -  
determinada categoría y, como tal prohibición no existe, sólo resulta que -  
la competencia se hace mas difícil, pero sigue siendo posible. Pero, como im-  
plican un monopolio de hecho, por el compromiso contraído por la Administra-  
ción, de resultados del cual se obtendrá de toda medida que pueda favorecer  
la competencia al concesionario, dicho compromiso sólo será lícito si está  
autorizado por una Ley y deberá constar expresamente .

El concesionario adquiere un derecho subjetivo, si no a la gestión del ser-  
vicio, ahí a la posibilidad de la ganancia derivada de aquella gestión. Que  
no hay derecho subjetivo a la gestión, porque la Administración no posee a  
este respecto sino competencia o facultad de cuya transmisión deriva la ad-  
quisición de un derecho de otra índole para el concesionario.

Cuando las concesiones se extinguen antes del plazo por voluntad unilateral  
de la Administración, produciéndose el hecho del rescate, se debe indemnizar  
al concesionario por la cantidad que se fije como posible lucro cesante, y  
por el valor no amortizado de las instalaciones construidas por el concesio-  
nario en el servicio: pero no deberá proceder en ninguna medida el llamado  
valor de afección porque, como la cosa no es suya, el único concepto indem-  
nizable es el de la pérdida del goce que sobre aquella se le otorgó.

De la concesión de ese disfrute si hay que indemnizarlo, de donde resulta -  
que la comunidad pagará a un particular por una prestación que aquel no lle-  
gará a realizar, con lo que se demuestra inconveniente en constituir dere--

chos individuales en relación de causalidad con la gestión de los servicios públicos.

De estas consideraciones se desprende cuales pueden ser los servicios públicos explotados por concesión. En primer término, una serie de servicios que afectan a la seguridad pública y privada y a la realización de la justicia y que, determinan y justifican la propia existencia del Estado. Como los de defensa nacional, policía y justicia que por su propia naturaleza excluyen el sistema de concesión.

Actualmente en el Derecho público no se conciben concesiones de este tipo, sin plena claudicación de las facultades esenciales del Poder. Pero de los restantes servicios, que satisfacen intereses sociales, procede hacer una distinción entre los que tiene y los que carecen de carácter económico. Estos no deben ser objeto de concesión, porque implicaría para el Poder la renuncia sin causa justificada de competencias que entran en el círculo de sus negocios ordinarios.

Hay otro grupo, los que satisfacen necesidades sociales, pero cuya organización entrañan un grave esfuerzo y en donde entra mucho la aleatoriedad. Solo en estos, que son los servicios públicos industriales, es concebible el sistema de concesión, porque en ellos se dan las circunstancias que abonan el sistema.

#### 6.- Naturaleza Jurídica de la Concesión.-

Se proponen varias soluciones. Para unos, la concesión es un contrato.

Para otros, un acto unilateral y para otros, un acto mixto.

a) La Concesión como Contrato.-

Los clásicos del Derecho Administrativo sostienen esta posición, para quienes la concesión es un contrato que se celebra entre la Administración y un particular, por el cual éste se encarga de la realización de una obra y de la gestión de un servicio mediante ventajas, predominantemente de índole económica. Podría estimársele como un contrato de arrendamiento de obra, con la particularidad de que el precio se abona con los rendimientos que el contratista obtiene con la explotación del servicio de la obra realizada.

Las características que se señalan son:

- 1) Tener por objeto la explotación o funcionamiento de un servicio público;
- 2) realizarse con gastos y riesgos a cargo del concesionario; 3) consistir la remuneración de éste en el derecho que se confiere a percibir de los usuarios una tasa por el servicio; 4) ser un contrato de larga duración y 5) ser un contrato administrativo propiamente dicho, porque el funcionamiento del servicio exige la aplicación de reglas que están fuera de la órbita del Derecho Civil.

Las circunstancias que concurren en este acto aparentan su naturaleza contractual. Hay, capacidad de las partes, sin la cual este acto es nulo. Hay reciprocidad de consentimiento, libremente expresado, pues, ni se impone como prestación personal o carga obligatoria la de ser concesionario, ni se puede exigir como un derecho, frente al Estado, el otorgamiento, siempre en él libre de concesiones. Hay también objeto: la construcción de la obra y -

la gestión del servicio, y finalmente hay formalidades contractuales: el -- pliego de condiciones, el otorgamiento de la escritura, etc.

Pero no es formalmente como debe analizarse el acto de concesión sino que - por su objeto o contenido, y se descubre en la concesión mucho que trasciende de lo contractual. No en vano es la concesión un modo de explotación de los servicios públicos, a que acompañan facultades que no se utilizan corrientemente en las actividades de la vida privada.

Primero, y sin salirse del campo en que se desarrollan los negocios de la vida jurídica ordinaria, no todo acuerdo que crea una obligación es un contrato. Hay actos de la vida civil celebrados con reciprocidad de consentimiento que un análisis jurídico separa de la esfera del contrato, por ejemplo: la adopción, la aceptación de herencia, que no son contratos.

En el Derecho Público no ocurre cosa distinta. En el, la doctrina afirma - más la tendencia que sustrae al contrato actos importantes resultantes de - un concurso de voluntades. Como acontece con el acto de la designación de - un funcionario. Tal sucede con la concesión.

La reciprocidad jurídica que se manifiesta en la vida de estos actos, ha inducido a algunos autores a calificarlos de contratos, pero esto no es correcto. Pues para calificar aquellos se precisa la atención de su fin, y entonces se ve que éste es el servicio público; siendo el servicio anterior y superior a la concesión y ésta un acto integrado por dos elementos subjetivos, Administración y concesionario, es claro que ambos quedarán sometidos a la idea del servicio.

Por la concesión, la Administración confiere a un particular una esfera de actuación en cualquiera de éstos órdenes; y lo característico y común es - que, en todo caso y por hipótesis, esta transferencia es parcial.

Comprende una tasa limitada de facultades, y una propiedad plena pues el - servicio público sigue siendo tal con la concesión y por consecuencia, re- ferible a la Administración que, en algún sentido por el hecho de esta ti- tularidad constante e inderogable, mantiene facultades de imperio. Situa- ción que, al tratar de la materia del acto administrativo, excluye la posi- ble aplicación del concepto contrato, por cuando éste implica no sólo reci- procidad, sino también libertad.

b) La concesión como acto unilateral.-

Se contrapone esta teoría con la anterior, Para ésta la concesión es un ac- to de Derecho Público, un acto de superioridad. Se dice, que la concesión es un acto administrativo, sobre la base de la sumisión del interesado, como - ocurre con el nombramiento para el servicio del Estado.

No es un contrato como no lo es la designación de un funcionario. La conce- sión, se dice, es un acto administrativo, por el cual se da poder a un indi- viduo sobre una parte de la administración pública y se trata de ejercer - cierta actividad sobre una cosa corporal, pero no debe ejercerse como en la función pública, en nombre y representación del Estado, sino en nombre y por propia cuenta del concesionario.

La concesión confiere al concesionario un poder de actuar derivado del Esta- do, por eso su esfera de aplicación sólo abarca las actividades que, de he- cho o de derecho, implican la existencia de una esfera de acción reservada al poder.

c) LA CONCESION COMO ACTO MIXTO.

Es una teoría de origen francés, que ve en la concesión un acto complejo - con resultados mixtos; acto unilateral y acto contractual, cada uno de ellos con sus particulares efectos.

1)

Hauriou, dice que los elementos son: 1) un pacto entre Administración y - concesionario; 2) un acto de institución de la situación del servicio concedido. El Acto institucional es el último, después de las estipulaciones convencionales y se le pueden referir, aparte de la creación reglamentaria del servicio, el derecho de percibir las tasas y el de ocupar el dominio público. A su juicio la concesión se descompone en dos elementos: la situación reglamentaria y el contrato administrativo. La primera resulta de la organización del servicio público concedido, que es la mas importante. La situación contractual le está subordinada; es esencialmente de naturaleza financiera y está destinada a asegurar la remuneración al concesionario por la gestión que asume.

2)

Para Duguit, el acto de la concesión comprende dos series muy distintas de cláusulas: las contractuales y las reglamentarias.

Las cláusulas contractuales, establecen obligaciones determinadas por las - partes y la realización de ciertas prestaciones recíprocas. Al contrario, - algunas cláusulas en que se determina el modo y las condiciones de la explotación del servicio concedido, constituyen verdaderamente la ley de este - servicio. Esta parte de la convención no tiene nada contractual; en ella hay unión, perfectamente caracterizada y ahí queda descartado todo derecho contractual en orden a éste género de relaciones, a los que hay que aplicar -



principios distintos, que se unen con la idea primordial del servicio público, cual ha de quedar asegurado de una manera permanente y lo más favorable a los intereses del público que usa de él.

Con facilidad se pueden distinguir las cláusulas contractuales de las reglamentarias. En las primeras se encuentran aquellas que serán incompatibles con un servicio explotado en administración; y al contrario, merecerán el nombre de reglamentarias aquellas en que se contengan disposiciones que pudieran reiterarse en todo servicio directamente regido por la Administración misma. Estas últimas constituyen la ley del servicio y no solamente afectan a las partes de la relación sino también a los usuarios del servicio. Como consecuencia de esta concepción, se deduce la posibilidad de que el Estado puede modificar las condiciones del servicio en que éste fue concedido, bien que mediante el pago de la indemnización correspondiente.

3)

Bonnard, estima que el carácter complejo del acto de concesión resulta de que el concesionario se encuentra en una situación jurídica compleja, en el sentido de que es en parte reglamentaria y en parte contractual: reglamentaria en todos los poderes y deberes relativos a la organización y funcionamiento del servicio; contractual en todos los poderes deberes resultantes de las ventajas personales, pecuniarias y de otra índole que le son otorgadas por vía de contrato. Así, no está en situación puramente contractual, como el contratista de obra pública, puesto que asegura el funcionamiento del servicio, ni estrictamente legal o reglamentaria, como el funcionario público, porque no deja de ser un simple particular.

d) LA CONCESION COMO ACTO ADMINISTRATIVO BILATERAL.-

El régimen estipulado en lo que se considera parte contractual de la concesión, ofrece las mismas inconvenientes para su consideración, como las que se señalan para la estimación de toda concesión como contrato: es decir recaer directamente sobre el servicio público, consistiendo el objeto en la transmisión de la competencia pública que la Administración posee en razón al mismo.

Luego, no puede constituir un objeto comerciable contractual, sobre el que las partes convengan libremente, pues la misma Administración carece de tal libertad estipuladora y ha de ejercer sus competencias con función predeterminada que le impone el interés público.

Si se piensa que el objeto de dichas estipulaciones no es la referida transferencia, sino la realización de la actividad que incumbe al concesionario, de ello se derivará una duplicidad del objeto: en la parte reglamentaria, - la entrega de los poderes correspondientes al servicio y, en la contractual, el cumplimiento de la preindicada actuación por parte del concesionario. Duplicidad de objeto, que al final nos llevaría a la existencia de dos actos. Por ello parecerá más exacto ver en la concesión de servicio un acto bilateral cuyo objeto es la transferencia de un poder público de la Administración, para la gestión de un servicio público; y cuyos efectos son fijados por las partes con posible reciprocidad en las voluntades que los determinen.

La Administración fija por sí que el servicio sea regido por un particular, y a su vez éste decide si se halla o no dispuesto a realizar tal prestación y del modo establecido, en el que pueden incluirse la verificación de una obra, y discuten no ya sobre tal transferencia sino sobre las consecuencias

para los segundos de una y otro.

Lo resultante es la voluntad, bilateralidad, transmitir a una persona determinada el poder de gestionar el servicio y la trascendencia que tendrá para el beneficiario la susodicha transmisión en donde ha habido correspondencia de las voluntades productoras, reciprocidad.

Es decir, que la concesión de servicios públicos, además de ser un acto administrativo bilateral, lo es de naturaleza recíproca, porque la voluntad - requirente del concesionario no se limita a la creación abstracta de una - voluntad eficaz en Derecho, sino que se establece en la coincidencia de la voluntad que pide y la que otorga, y afecta el modo de ser o efectos de la misma.

#### 7.- REQUISITOS DE LA CONCESION.-

Se han de tener en cuenta:

- a) Sólo se podrán conceder los servicios que tengan contenido económico - que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares, expresándose el alcance de la concesión.
- b) No podrán otorgarse en régimen de monopolio, salvo que una ley lo autorice expresamente.
- c) No podrán tener carácter perpétuo o indefinido, fijándose su duración, sin que en ningún caso pueda exceder de un plazo determinado.

Para la concepción tradicional no pueden existir concesiones perpétuas, por los siguientes motivos:

- 1.- La inalienabilidad del poder estatal, ya que implicará enajenación del poder del Estado, renunciaría para siempre al servicio concedido, lo que es

contrario a los principios del Derecho Público moderno.

2.- El carácter excepcional de la concesión, ya que el normal es la gestión directa y el excepcional la colaboración de los particulares en esa gestión y si la necesidad lo impone, la Administración debe poder desprenderse de ese procedimiento excepcional para retornar al normal.

3.- La transformación del servicio, pues se producen transformaciones en las situaciones políticas sociales y económicas, por lo que la mayor parte de los servicios, al cabo de cierto tiempo tienen necesidad de ser transformados, y no basta la administración el poder de modificar las condiciones de funcionamiento del servicio concedido, sino que exigen la posibilidad de que aquella recupere el servicio para gestionarlo por si misma, o transferirlo a otro concesionario.

### 3.- RELACIONES JURIDICAS QUE SE DERIVAN DE LA CONCESION.-

a) Entre la Administración y el concesionario. Son de diversas trascendencia:

1) el estado goza en primer término del poder de policía sobre el servicio concedido, para que funcione según su naturaleza y finalidad. Siendo su fundamento el interés público. El concesionario está obligado a que el servicio funcione ininterrumpidamente y conforme al acto de concesión. Si en el contrato es ley la voluntad de las partes, y no pueden ser alterados in el mutuo consentimiento; en la concesión, no solo puede modificarse sino incluso pueda darse por terminada por la voluntad unilateral de la Administración.- Lo que queda al concesionario es la facultad de pedir la rescisión o una indemnización de daños y perjuicios; 2) La concesión origina, ya concedida, derechos y deberes recíprocos para ambas partes.

b) Relaciones entre el concesionario y el público.-

Si el uso de un servicio no nace de un contrato sino de una situación reglamentaria, no hay razón para que cambien la naturaleza de la relación cuando el servicio está concedido.

De esta situación surgen derechos y deberes entre el concesionario y el público. Derecho de los particulares es usar el servicio en la forma establecida; y son deberes que se imponen al usuario el de respetar las prescripciones de policía que rigen el servicio, como condición para su buen funcionamiento, y pagar las tarifas establecidas como retribución del servicio recibido.

c) Relaciones entre el concedente y el público.-

Se desarrolla entre ellos un sistema de recíprocas relaciones jurídicas.

El público debe respetar las normas de policía sancionadas para el buen funcionamiento de servicio; y en caso de violarlas sufrirán las sanciones reglamentarias correspondientes. A cambio la Administración le asegura al particular la realización eficiente del servicio, sea que lo preste por sí o por concesionario, disponiendo al efecto de los recursos Administrativos que hagan a su derecho. Aún más, pueden deducir acción judicial a sus efectos.

9.- EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN.-

Pueden finalizar de distintos modos, de acuerdo a la causa que motive su extinción. El modo normal es el vencimiento del término, también pueden hacer lo por causas diversas, como podría ser por el incumplimiento culpable de una de ellas, por razones de interés público y por otras causales de menor trascendencia. Suceda, entonces, que además de la extinción normal de la con

cesión por el vencimiento del plazo, se tienen extinción por las siguientes causales: a) caducidad; b) rescate; c) revocación; d) rescisión; e) otras causales, como quiebra o muerte del concesionario.

Al extinguirse la concesión uno de los efectos es la desafectación los elementos físicos que utilizaba el concesionario para la prestación del servicio y su disponibilidad por parte de éste. Es de señalar también que la administración puede hacerse cargo de esos medios físicos cuando los considere necesarios para asegurarse continuidad al servicio público y en la medida que lo exija el interés público.

Se dijo que la causa normal de extinción del servicio público era el vencimiento del término, ya que el vínculo contractual en esta forma finaliza su ciclo de vida. El concesionario finalizaría de tal modo la explotación del servicio y la administración reanuda su ejercicio por sí o por medio de cualquier otro de los procedimientos admitidos, por ejemplo: la prestación por una sociedad de economía mixta. Es posible que al término de la concesión, las partes-administración y concesionario- acuerden una prórroga de la misma, salvo que disposiciones legales lo impidan. También puede haberse establecido en el contrato que el concesionario tiene opción para la prórroga - en cuyo caso bastaría que éste así lo declarase para que aquella opere.

El vencimiento del término produce la extinción de los derechos y de las obligaciones del concesionario. Es posible que se haya establecido la cláusula de la reversión, en cuyo caso, al vencer el término de la concesión todos los bienes pasan a poder del concedente. Si así no se ha establecido, - vencido el término de la concesión de los bienes continúan siendo de exclu-

siva pertenencia del concesionario. Para que pueda funcionar en forma correcta la disposición sobre la reversión, el término debe ser fijado en forma tal que la tarifa cubra la amortización del capital empleado por el concesionario, los intereses y los gastos de explotación.

Las concesiones debe ser a término, ya que las concesiones de servicios públicos efectuadas a perpetuidad implicarían por parte del Estado una especie de licitación de su poder de organizar el servicio público.

Fijándose la cláusula de reversión, la administración debe tomar las precauciones necesarias a fin de impedir que el concesionario se desinterese de la conservación de los bienes que ha de entregar a la administración, una vez extinguido el contrato.

Las convenciones que se efectúan para prolongar la duración del contrato deben ser distinguidas de las llamadas cláusulas de preferencia que en algunas oportunidades figuran en la concesión. Estas cláusulas significan que después del vencimiento del contrato, si la administración concede nuevamente el servicio, el antiguo concesionario se beneficiará con un derecho de preferencia, es decir, que, a condiciones iguales, él deberá ser preferido a todo otro candidato.

#### a) CADUCIDAD

Si no cumple el concesionario debidamente sus obligaciones, puede llegarse a declarar la caducidad de la concesión. Esto implica una sanción que la administración aplica al concesionario por que éste no ha cumplido las obliga

ciones contraídas de hacer funcionar el servicio de una manera regular y -  
continua. Se sostiene, que la caducidad equivale a la condición resolutoria  
implícita del derecho civil pero con un régimen jurídico de derecho público  
adecuado a la naturaleza y peculiaridades de la concesión de servicios pú-  
blicos.

La caducidad de la concesión constituye la sanción mas grave que puede impo-  
nerse al concesionario. Generalmente está prevista en forma expresa o tácita,  
pero en el supuesto de que no lo estuviera, puede también declararse la  
caducidad de la concesión si ocurrieran las causales que la justifican. Es-  
ta deberá declararse en razón de faltas muy graves del concesionario o de un  
desconocimiento de sus obligaciones en la organización técnica y financiera  
del servicio concedido.

Una causal sería la circunstancia de que se hubiera cedido la concesión sin  
la aprobación del órgano concedente. Como la caducidad es una medida grave,  
y dada la trascendencia de la extinción anticipada de la concesión y las -  
perturbaciones que origina, es una medida que debe usarse con una gran pru-  
dencia.

Se estima por la doctrina que la caducidad debe estar precedida por una noti-  
ficación al concesionario para que en un plazo razonable cese en el incum-  
plimiento de sus obligaciones. Es decir, el concesionario, debe ser puesto  
en mora para que corresponda la caducidad. También considera la doctrina -  
que son nulas las cláusulas que excluyen la posibilidad de declarar la cadu-  
cidad de una concesión.



Cual es el fundamento racional de la puesta en mora del concesionario? Se dice que radica en la circunstancia de que en una concesión de servicios públicos, si bien ha de interesar y convenir al concesionario, se supone que el principalmente interesado es el Estado, a quien corresponde ocuparse de la adecuada satisfacción de las necesidades de interés colectivo, por lo que no puede permanecer indiferente ante la perturbación que podría sufrir el servicio por las gestiones o trámites relacionados con un cambio de concesionario, lo que en muchas ocasiones puede evitarse mediante una intimación al mismo. Por lo que se estima razonable dar al concesionario el derecho de ser oído previamente, antes de llegar a la caducidad.

Si no surgen expresamente de la concesión las causales de caducidad ni resultan implícitamente convenidas, también es posible llegar a declararla en los supuestos en que al concesionario le sea imputable el incumplimiento de sus obligaciones. Se presenta el problema de que cual es el órgano competente para declararla. Parte de la doctrina se pronuncia a favor de la caducidad declarada por la Administración. Otra entiende que dicha declaración debe ser efectuada por el órgano judicial. Lo mas aceptado, en estos casos, es la intervención del órgano judicial, ya que debe probarse el hecho que da origen a la caducidad y así conviene para la mejor defensa de los derechos del concesionario.

Declarada la caducidad de la concesión, naturalmente se extingue ésta pero el concesionario continúa siendo propietario de los bienes físicos afectados a la prestación del servicio, pues están protegidos por el precepto constitucional de la inviolabilidad de la propiedad, y sólo cede en principio ante

la expropiación formalmente declarada y previa indemnización. La caducidad ha de privar al concesionario de los medios delegados por el concedente pero de ello no se deduce que las obras realizadas por aquél hayan de quedar en beneficio de éste para que las aproveche, sin ninguna indemnización. De donde, si el concedente necesita los bienes físicos del concesionario, los puede adquirir conviniendo las partes el precio de los mismos.

b) RESCATE

Antes de terminar el plazo acordado, la concesión puede extinguirse por rescate. Puede la administración revocarse el acto de concesión, por razones de oportunidad y conveniencia, o por razones de legitimidad. Llámase rescate a la revocación de una concesión de servicios públicos, efectuada por la administración por razones de conveniencia u oportunidad, es decir, cuando el interés público así lo exija. En este supuesto, no hay evidentemente, incumplimiento imputable al concesionario de sus obligaciones, por lo que el rescate no es una sanción sino una medida que toma la administración por razones de interés público. De allí que también se puede definir el rescate diciendo que es una decisión unilateral por que el concedente pone fin a la concesión de servicios públicos, antes de la fecha fijada para su expiración, sin que el concesionario haya incurrido en una falta que diera motivo para declarar la caducidad.

Puede estar previsto el rescate, en el contrato o ser autorizado por una ley. Se suele requerir para su realización, las siguientes condiciones:

1) Que haya transcurrido un razonable período de tiempo desde el otorgamiento de la concesión.

- 2) Que se le haya dado al concesionario el correspondiente preaviso.
- 3) Que como el concedente ha de quedarse con los bienes físicos del concesionario, para prestar el servicio por su cuenta, debe pagarle a éste una indemnización que cubra el daño emergente y el lucro cesante.

Cuando en la concesión ni en ninguna ley se establece disposición alguna sobre el rescate, se admite, que la administración puede decidirlo unilateralmente, teniendo como finalidad mejorar el servicio mediante su explotación directa, o de suprimirlo cuando fuera inadecuado ante circunstancias nuevas que hubieran sobrevenido. En el caso del rescate contractual, la administración puede operar solamente en el momento y en la forma prevista en el contrato o puede operar después, mientras que en el supuesto rescate extracontractual, la administración debe esperar que transcurra un razonable período de tiempo desde el instante del otorgamiento de la concesión. Si esta fijado contractualmente, la indemnización se liquida de acuerdo con las normas del contrato, correspondiendo al concesionario los recursos y las acciones que fueren pertinentes. Si no se han previsto en el contrato las bases para efectuar el rescate, será el juez quien deberá fijar la indemnización. El rescate trae aparejada una indemnización a favor del concesionario, ya que el interés general que autoriza a la administración para que realice dicho rescate no puede autorizar a los poderes públicos a disponer de la propiedad de los particulares sino en los casos y con los requisitos establecidos legalmente.

El fundamento a ser indemnizado deriva de que el derecho emergente de una concesión de servicios públicos constituye, una propiedad para el concesionario

rio en el sentido constitucional del término. La indemnización se impone, como una garantía de la inviolabilidad de la propiedad.

En cuanto a la extensión que debe fijarse a la indemnización que corresponde al concesionario, hay que establecer que debe ser integral y comprender tanto el lucro cesante como el daño emergente.

Si la administración procede al rescate de la concesión, no corresponde que el concesionario indemnice al Estado, ya que en este supuesto la extinción del acto excluye totalmente la idea de responsabilidad, de culpa, por parte del concesionario. No habrá, base jurídica en que fundar el derecho de resarcimiento del concedente. En cuanto al fundamento de la prestación del servicio. Tales bienes seguirán perteneciendo al concesionario. En este caso, la extinción del acto no trae aparejado derecho a indemnización para el concesionario, desde el vicio de ilegitimidad presupone violación de una norma legal por alguna de las partes. Además, el concesionario no estaría exento de culpa, ya que no podría alegar la ignorancia de las leyes.

En el caso de revocación por razones de ilegitimidad, el Estado no tiene derecho a obtener indemnización del concesionario porque no podría invocar en su apoyo el desconocimiento de la ley que en el caso se habría producido. Por tal motivo carecería de título para exigir indemnización alguna.

#### d) RESCISION.-

En algunos casos, la administración pública y el concesionario pueden ponerse de acuerdo para rescindir la concesión. Para que haya esta rescisión por mutuo acuerdo, es necesario que intervengan los órganos administrativos concedentes o, en su caso, aquellos a quienes hubiera facultado para ello.

Por fuerza mayor el cumplimiento de la concesión puede verse obstaculizado, que hagan imposible su ejecución. Es en estos casos, cuando procede la rescisión, sin responsabilidad para ninguna de las partes. La doctrina estima que el régimen de fuerza mayor en las concesiones de servicios públicos tiene que adaptarse a las características de éstas, tomando en consideración - el largo plazo que se estipula generalmente y, además que su finalidad es - la de satisfacer una necesidad colectiva. Por eso podrá admitirse la rescisión cuando el ejercicio llega a la imposibilidad absoluta de financiarse - absolutamente, luego que las partes hayan procurado, en la mejor medida posible, reajustar la concesión para que el servicio pueda subsistir.

e) OTRAS CAUSALES.-

Serías: la quiebra o la muerte del concesionario. En cuanto a la quiebra se ha previsto cuál es el precedente que prevé la facultad revocatoria, es - indudablemente el interés público al que la administración debe atender. Se debe señalar que si en el rescate se realiza en virtud de un acto administrativo, tal es lo que ocurre tratándose de concesiones; pero si se trata de - concesiones otorgadas directamente por ley, la revocación debe efectuarse - mediante otra ley.

En realidad el rescate puede hacerlo la administración en cualquier momento, teniendo en cuenta que la administración pública es la que debe apreciar el interés público.

Respecto a la obligación de indemnizar que tiene el Estado en caso de rescate, no puede argumentarse que se trata de una responsabilidad por actos ilí

ritos, ya que no existe culpa del Estado. Tampoco puede invocarse la equidad como fundamento de la indemnización.

El único fundamento serio consiste en que el derecho emergente de una concesión de servicios públicos es una propiedad del concesionario en el sentido constitucional del término. Entiéndese que en un contrato de concesión de servicios públicos si el progreso técnico torna inútil la forma de prestación de los servicios, la administración debe rescatarlos, ya que resultan inadaptados a la necesidades generales. La supresión o transformación del servicio público y aún la modernización del mismo pueden dar lugar al rescate. Además, de la indemnización, como el concesionario no pierde la propiedad de los bienes, si el concedente, para prestar el servicio necesita adquirirlos, debe pagárselos al concesionario y, a nuestro juicio utilizando el sistema del costo de origen para determinar el importe correspondiente.

### c) REVOCACIÓN.

Anteriormente se señaló que la revocación de la concesión podía ocurrir por causa de oportunidad o de ilegitimidad. A la revocación por causa de oportunidad se le llama rescate. Ahora trataremos la revocación por razones de ilegitimidad. El acto de concesión puede estar viciado y en consecuencia corresponde eliminarlo del mundo jurídico. Problema que se presenta en esta materia es el de sentar cuál es la autoridad competente para decidir, en caso de ilegitimidad, y dicar la extinción del acto. Desde luego que si el acto está viciado, es acto irregular y si de él no ha nacido ningún derecho subjetivo a favor de los particulares, su eliminación de la vida jurídica corresponde sea realizada por la misma Administración, en cuyo caso se da el

supuesto de revocación por ilegitimidad. Pero puede ocurrir que del acto viciado hayan nacido derechos a favor de los administrados y, con el objeto de una mayor defensa de los mismos corresponde acudir a la vía judicial para eliminar ese acto irregular.

La Administración, no podría, entonces revocar una concesión de servicios públicos que tuviera vicios de legitimidad, ya que de allí, evidentemente, han nacido derechos a favor de los particulares del concesionario y, en consecuencia, debe ocurrir a la vía judicial para solicitar la invalidación de la concesión. Se entiende que en este caso la concesión viciada de ilegitimidad configuraría un acto irregular. Tendría, entonces, vicios legales referidos a los requisitos esenciales para la existencia válida del acto.

#### 10.- LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.-

Diversos han sido los conceptos que se han formulado para las Sociedades de Economía Mixta, y con el fin de tener una idea general sobre los mismos, se expondrán algunas:

El tratadista Antonio Brunetti, en su obra " Tratado del Derecho de las Sociedades " (1), define a las sociedades de economía mixta como aquellas empresas cuyo capital social está formado por la financiación de particulares y entidades públicas.

Carlos García Oviedo (2), las define como aquellas sociedades en que intervienen la administración aportando capital otorgando concesiones y figurando en los consejos de dirección o administración que se constituyen juntamente con los particulares, sin utilizar las prerrogativas y los poderes especiales propios de la misma; agregando que es una figura de derecho priva-

do en beneficio del servicio público y que se da más que nada en las actividades industriales.

Fernández de Velasco (3), la conceptúa como forma de colaboración de los particulares en la obra de la administración.

Jordana de Posas (4), expresa al referirse a la misma, que de la pugna entre la gestión directa y la privada o del deseo de compaginar las ventajas de ambas, ha surgido la forma de la empresa mixta, que se haya hoy en gran uso tanto en la Administración del Estado como en la local.

Brot (5), conceptúa estas empresas como instrumentos de guerra contra la industria privada.

La ley, nuestra, sobre la constitución de Sociedades de economía mixta, en su Art. 1 las define como las anónimas en que participan el Estado, el municipio, o las instituciones oficiales autónomas, en concurrencia con los particulares, cuyo objeto sea la explotación de un servicio público.

Nuestra Constitución Política, al hacer referencia a ellas en el Art. 145, las considera como las asociaciones de tipo económica, que tienen a incrementar la riqueza general mediante un mejor aprovechamiento de los recursos naturales y humanos y a promover una justa distribución de los beneficios provenientes de sus actividades, agregando que en esa clase de asociaciones, además de los particulares podrán participar el Estado, los Municipios y las entidades de utilidad pública.

---

Citas de José Guillermo Orellana.- " Sociedades de Economía Mixta".



En estas sociedades interviene la Administración aportando capital, otorgando concesiones y figurando en los Consejos de Dirección o de Administración sin utilizar las prerrogativas y los poderes especiales propios de la misma. La Administración, por lo general establece las clases de organización y fija el plan de los trabajos de la Empresa.

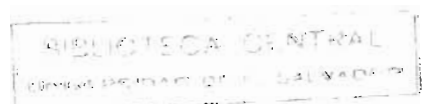
La constitución de una empresa mixta puede ser originaria o derivada, según que desde, el comienzo de su existencia se integre por capital público y - privado; o que una entidad inicialmente privada reciba capital público, o - una empresa pública reciba capital privado.

La empresa de economía mixta, es pues, una forma de colaboración particular y ha penetrado en el orden de la Administración, como figura de Derecho privado, en pro del servicio público y mas que nada en las actividades industriales.

Son estas empresas mixtas, entidades que se constituyen bajo forma de sociedades mercantiles, pero que, como en el punto que ahora nos ocupa, asume la gestión de servicios públicos, su tendencia hacia la publificación es evidente y contrasta con la naturaleza jurídica que adoptan.

El régimen de Empresa mixta tiende a generalizarse, sustituyendo al de concesion es, a los efectos de unir en la Administración el control externo - ejercido cerca de los concesionarios con uno interno desarrollado en el seno de la entidad.

Es corriente general el estimar que el sistema de la empresa mixta choca - con la resistencia, por desconfianza de los particulares, poco propicios a la aportación de capitales para empresas en las que la Administración figure.



Y es así como se ha considerado por algunos a estas empresas como instrumento de lucha contra la industria privada, y aún por otros como la fórmula de la etapa intermedia entre el sistema capitalista y el socialista; siendo opinión de otros autores que la Administración debe poseer una participación de capital oscilante entre el veinticinco y el cincuenta por ciento, con objeto de que pueda eficazmente oponerse a toda orientación inconveniente a los fines del servicio.

Se ha analizado las ventajas de estas empresas, partiendo de las deficiencias acusadas en los modos de administración directa y concesión de los servicios, así como también los inconvenientes de aquellas; con la conclusión de que la fórmula es útil en cuanto responde a necesidades de colaboración financiera, en empresas que la Administración no puede, ni abandonar por entero a la actividad privada ni monopolizar para sí. No obstante, se estima por estos mismos autores, que no deben estas empresas generalizarse de tal suerte que puedan tener aplicación en cualquier clase de acción pública, por no ser deseable que la actividad administrativa tienda a suplantar la iniciativa privada.

También se hace observar que la circunstancia de que la Administración sólo actúe como entidad privada, sin las prerrogativas y poderes propios de la misma, la coloca en una situación inferior, siempre con el temor de abusos por parte de los accionistas, mas propicios a satisfacer sentimientos de lucro que legítimas existencias del interés público.

Y para finalizar con el presente tema, queremos destacar algunas características de estas sociedades:

1.- La sociedad de Economía Mixta no es ni puede ser una sociedad de personas sino una sociedad de capitales, porque ésta es más idónea que aquella para este tipo de empresas, ya que absorbe realmente toda acepción de las personas asociadas y la diluye o debilita, por lo menos, através del capital aportado y de la empresa social, como ocurre especialmente en la sociedad anónima y como no ocurre en ninguna sociedad de personas, ya que en éstas la personificación de la sociedad no eclipsa la persona de los asociados. Absorvido así, todo intuitus personae por un simple intuitus pecuniae, es posible colocar jurídicamente en igualdad de condiciones a socios tan distintos, para que su ingerencia en la vida social sea apenas proporcionada a su capital vinculado a la empresa social. Por otra parte, la limitación de la responsabilidad de los aportes, modalidad sustancial de la verdadera sociedad de capitales, facilita la vinculación de las personas de derecho público, cuyas inversiones tienen que ser determinadas no solo en cuanto a su desti- nación sino en cuanto a su importe, por estar sujetas a autorizaciones y pro- supuestos ciertos.

2.- Los aportes de las entidades de derecho público asociadas no pueden ser sino de capital. El aporte de industria resulta incompatible con la única idea que justifica esta clase de sociedades, que es la de facilitar el apro- vechamiento de la agilidad y de la eficacia de las formas comerciales de asociación, mediante una especie de nivelación jurídica de los asociados, através de los aportes, a fin de que capital privado se sienta seguro y al margen de la desconfianza que siempre inspira la gestión oficial. Las venta- jas patrimoniales derivadas de hechos meramente negativos, como las exencio-

nes de impuestos, no justifican la vinculación de las entidades de derecho público como asociadas, pues que ellas pueden concederse por vía de simple estímulo o protección general o especial. Porque se trata, ante todo, o de utilizar el capital privado, en colaboración con el del Estado, o de vincular el capital oficial al capital de los particulares, para el desarrollo de empresas industriales de interés general.

El objeto de estas sociedades no puede constituirlo sino una empresa o actividad de interés general o común, puesto que solamente así se justifica la inversión de fondos públicos. Porque, como se ha dicho ya varias veces, el Estado al compartir en igualdad de condiciones con los particulares la gestión de ciertas empresas, no puede abandonar o descuidar sus propios fines para hacer inversiones en obras o actividades que no correspondan a los intereses generales o sociales colocados bajo su tutela y patrocinio. Lo cual no quiere decir desde luego, que haya de ser siempre un servicio público el objeto de estas sociedades, pues que con ellos no se conseguiría realmente sino la vinculación convencional o privada del capital privado a empresas de suyo oficiales, como una colaboración activa de dicho capital en la gestión estatal; su objeto puede consistir en una empresa industrial, desde que sea de interés general, esto es, desde que contribuya al desarrollo o al simple mejoramiento de la economía nacional, por encima de los intereses particulares comprometidos en ella, como colaboración del capital oficial en actividades dignas de ser fomentadas o ayudadas eficazmente, porque sus repercusiones son directas y benéficas en el orden público económico.

## CAPITULO V

### El Servicio Público dentro del Régimen del Derecho Positivo Nacional.

Hemos visto en los capítulos anteriores como es que las Instituciones del servicio Público, ha venido evolucionando desde la etapa de la - Noción material hasta en el presente en el que incluso se ha llegado a polemizar sobre la llamada "Crisis de la Noción del Servicio Público"; esta evolución a la cual nos referimos ha tenido su punto de partida dentro del ámbito de la cultura europea y con poca frecuencia en algunos países de América Latina, ej. Argentina, Uruguay; y ha plasmado en forma concreta en un orden jurídico especial que regula el concepto de la creación, organización, modificación, supresión, así como al personal y bienes afectos al Servicio Público.

Pues bien, refiriendo la cuestión a lo que aludimos al ámbito del Derecho Positivo nacional podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que en nuestro país no existe un régimen jurídico especial que regule los elementos integrantes del Servicio Público; causa de ello es que desafortunadamente en nuestro terruño no existe una cultura jurídica propia que permita llegar a majestuosas construcciones jurídicas especialmente en el campo del Derecho Público.

De otra parte la enseñanza del Derecho Administrativo en nuestro primer Centro de Estudios, no motiva al estudiante a la profundización y dominio de los conceptos fundamentales de la materia; ello, creemos se debe

a la consideración imperante de que el Derecho Administrativo a diferencia del Derecho Penal y del Laboral, no es motivo de contenido económico, es decir, que no habilita para litigar.

Creemos que ya es tiempo de que cambie esa orientación materialista por determinadas disciplinas y confiamos en que los Profesores que actualmente imparten el Derecho Administrativo en nuestra Facultad, lo hagan, ya que, personalmente conocemos sus capacidades.

Bien, concretando diremos que si bien no existe un régimen jurídico unitario aplicable al Servicio Público, si existen disposiciones aisladas, ya en el texto Constitucional o en leyes secundarias que se refieren al Servicio Público; así vemos en cuanto toca a la creación, organización, modificación y Supresión de los Servicios Públicos, afirmamos que ello es de competencia del Poder Legislativo, ya que precisamente todas estas cuestiones de creación, organización, modificación y supresión se tienen que verificarse por medio de una Ley en sentido material y formal y ello de conformidad con el Art. 47 No. 12. de la Constitución Política, que dice: Decretar, interpretar, reformar y derogar las leyes secundarias,<sup>42</sup> por lo que compete al Organo Legislativo.

De otra parte en cuanto a la Organización de un Servicio Público toca, creemos que el Poder Ejecutivo tiene competencia por Delegación que a tal efecto le haga el Poder Legislativo; siempre y cuando ello no implique afectación de recursos de carácter general, ni el servicio que se trate de organizar produzca restricciones específicas en la libertad de los ciudadanos.

Respecto a la Supresión de Servicio Públicos, es claro y lógico que la autoridad que tiene la facultad de crearlos tiene también el poder de suprimirlos. afirmamos pues, que no existen Derechos Subjetivos públicos para exigir la creación de un Servicio o para oponerse a su supresión. Ahora bien, fuera del aspecto meramente jurídico, cabe advertir que la creación o la supresión de un Servicio Público, pueda resultar impolítico, por no adecuarse a las necesidades y deseos ciudadanos o al buen orden de las relaciones con otros Estados.

En todo servicio público figuran esencialmente dos elementos: a) el Humano, constituido por todo el personal que presta el servicio público; b) el material, formado por el conjunto de bienes afectos a la prestación del Servicio Público, pues bien, en los capítulos anteriores hemos venido observando y sosteniendo que la "continuidad" es una de las características fundamentales del Servicio Público y por ello nos formulamos la siguiente interrogante: ¿ Cuáles son las disposiciones legales que en nuestro ordenamiento jurídico protegen la continuidad? vamos por partes, y

así veamos: que en cuanto toca al elemento humano la continuidad del Servicio Público se encuentra protegida por las siguientes disposiciones:

Art. 110 Constitución Política: "Se prohíbe la huelga de los funcionarios y empleados públicos, lo mismo que el abandono colectivo de sus cargos.

La militarización de los servicios públicos civiles procederá únicamente en casos de emergencia nacional".

Art. 291 del Código Penal: "Entorpecimiento o Abandono de Servicios Públicos". El que sin crear situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el funcionamiento normal de toda clase de transportes o de servicios de utilidad pública, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Los trabajadores de una empresa de servicio o de necesidad pública que interrumpieren o suspendieren el servicio sin causa justificada, de manera que perturbare la regularidad del mismo, serán sancionados con prisión de tres meses a un año.

Para los jefes, promotores u organizadores del entorpecimiento o suspensión del servicio, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte del máximo señalado, en su caso.

Art. 428 del Código Penal.- "Actos arbitrarios": El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que en el de-



sempañó de su función realizare o permitiere que un tercero lo hiciere, cualquier acto ilegal o arbitrario, vejación o atropello contra las personas o daño de los bienes, o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño de la función o servicio, será sancionado con prisión de seis meses a tres años.

Cuando durante la detención de una persona, en la investigación de un hecho, en la realización de un registro o búsqueda o en la formación de un procedimiento, se usare de violencia o vejaciones innecesarias, o se realizaren actos, pesquisas o indagaciones notoriamente ajenas a la finalidad que persiguere o no observare las formalidades legales, será sancionado con prisión de uno a cinco años.

Si el abuso consistiere en aplicación de tormentos o flagelación, la sanción será de dos a siete años de prisión y pérdida de los derechos de ciudadanía por un período que se extenderá no menor de cinco años después de extinguida la pena privativa de libertad.

Art. 429 del C. Penal.- "Incumplimiento de deberes" : El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que igualmente permitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función, será sancionado con diez o sesenta días-multa.

Art. 430 del C. Penal.- "Denegación de Auxilio" : El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que sin causa justificada omitiere, rehusare o retardare la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad competente, será sancionado con prisión de tres meses a dos años.

Art. 432 del C. Penal.- "Abandono Individual de Función, Servicio o Trabajo Público" : El funcionario o empleado público que sin habersele admitido la renuncia de su cargo o empleo, lo abandonare con grave daño al servicio público, será sancionado con treinta a cien días-multa.

Art. 438 del C. Penal.- "Peculado" : El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare, en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta esté encargada en virtud de su función o empleo, será sancionado con prisión de uno a diez años.

Art. 446 del C. Penal.- " Malversación " : El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare, una aplicación diferente de aquellos a que estuvieren legalmente destinados, será sancionado con veinte a cien días-multa.

Si del hecho resultare daño o entorpecimiento del servicio público que le estuviere encomendado, la sanción podrá aumentarse hasta doscientos días-multa.

De las disposiciones antes mencionadas llama poderosamente la atención la disposición constitucional que prohíbe la huelga de los funcionarios y empleados públicos, ya que en nuestro sentir tal prohibición tiene verdadera aplicación en aquellos servicios que por su propia naturaleza no requieren conocimientos técnicos especializados; así recordamos co-

mo se burló tal disposición en años recién **pasados** cuando se planteó la huelga de los médicos y que fue solucionada en evidente fraude de ley ya que lo que se hizo fue destituir a los huelguistas con lo cual desapareció la prohibición, se dialogó con los huelguistas como si fuesen particulares accediéndose a sus pretenciones y se les volvió a nombrar en sus antiguos cargos. Demás está decir que por su propia naturaleza no podían militarizarse dichos servicios.

En cuando toca a los bienes afectos a la prestación de Servicio Públicos, consideramos menester afirmar como regla única e inalterable que tales bienes estan fuera del comercio y como consecuencia son inajenables, inembargables e imprescriptibles. Ahora bien, ¿ Regula nuestro Derecho positivo tales características? Expresamente decimos que no, pero tenemos que entender que no otra solución mas que la inicialmente expuesta se impone ya **que**, a vía de ejemplo, sería un contrasentido jurídico admitir que los bienes con que se presta el servicio de Telecomunicaciones fuesen embargados a consecuencia de acciones judiciales.

Creemos que entretanto los bienes esten afectos al servicio público, necesariamente participan de las características del Derecho del Dominio del Estado, Dominio al que uniformemente la doctrina y la legislación de muchos países le asignan como nota típica que está fuera del comercio derivándose de ello las notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad; nuestra opinión también la fundamentamos en el Art. 1333 del Código Civil, que dice: "hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público salvadoreño.

Así la promesa de someterse en El Salvador a una jurisdicción no reconocida por las leyes salvadoreñas, es nula por el vicio del objeto". Ya que sin lugar a duda, toda la materia relativa los servicios públicos, cae dentro de la órbita del Derecho público nacional.

Podría objetárseme que hay casos en los cuales el servicio es prestado por un particular, poreje. Los transportes, quien aporta los bienes y como consecuencia no tendrían los bienes las características ya apuntadas; frente a tal objeción respondería: ciertamente que los bienes son de dominio privado pero entretanto estén afectados al servicio público participan de las características del Derecho de dominio del Estado, y no otra solución se impone aunque sea por vía jurisprudencial. La misma solución sostenemos en aquellos casos en los cuales el servicio público es prestado por el Estado en concurrencia con los particulares, es decir, en el caso de las sociedades de Economía Mixta.

Pensamos también, que se nos podría objetar, que en relación a la nota específica de la prescripción si cabe aplicar disposiciones precisas como la del Art. 2236 del Código Civil que dice: " Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor del Estado, de las iglesias, de las Municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos que tienen la libre administración de lo suyo". A ello respondemos que dicha norma tiene aplicación en cuanto el Estado se someta a las prescripciones del Derecho privado pero que no puede aplicarse a los servicios públicos por ser esta materia de Derecho público. Conste que no hablamos de que el Estado actúa con doble capacidad, es decir, como persona de Derecho privado y como persona de Derecho Público,

- ya que ello es erróneo, a) Porque la actuación del Estado moderno está en su casi totalidad sometida al Derecho Público, siendo muy raro encontrar una clara sumisión al derecho privado; b) porque incluso aunque existieren una aplicación alternativa de Derecho Público o privado a la actuación estatal, ello no sería suficiente para hablar de una doble personalidad del Estado. Es de advertir, pues que la aplicación de distintos ordenamientos jurídicos a un sujeto no significa que su personalidad se divida y multiplique; del mismo modo que un industrial estará sujeto al Derecho comercial en sus transacciones, al derecho del trabajo en sus relaciones con los obreros de las fábricas, al derecho civil en sus relaciones de familia, al derecho administrativo y fiscal en sus relaciones con el Estado y al Derecho penal en la medida en que cometa un delito, no por ello se podrá pretender que tiene una "quintuple personalidad" comercial, laboral, civil administrativa-fiscal y penal. Ello sería obviamente absurdo, e igualmente es pretender que porque el Estado se le apliquen igual que a cualquier sujeto las de un grupo de normas, tenga por ello más de una personalidad jurídica. La personalidad jurídica es necesariamente una sola en todos los casos y ello es también válido para el Estado.

De otra parte encontramos en el Código Penal disposiciones que protegen a los bienes con que se prestan servicios públicos, así los Arts.- 237.- "Atentado contra la Seguridad de los Transportes Terrestres": El que ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad

de cualquier vehículo terrestre de transporte colectivo, será sancionado con prisión de uno a cinco años.

Si el hecho produjere descarrilamiento, choque u otro accidente grave, la sanción será de cuatro a diez años de prisión.

Art. 236.- "Atentado contra la Seguridad de los Transportes Marítimos, Fluviales, Lacustres o Aéreos": El que pusiere en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o transporte aéreo propio o ajeno o practicare cualquier acto tendido a impedir o dificultar la navegación, será sancionado con prisión de uno a cinco años.

Si del hecho resultare naufragio o varadura de embarcación o la caída o destrucción de aeronave, la sanción será de dos a siete años de prisión.

Si los hechos a que se refieren los anteriores incisos se verificaren con el ánimo de obtener una utilidad económica que sí o para terceros, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte del máximo señalado en su caso.

Art. 233.- "Atentado contra la seguridad de Servicios de utilidad pública": El que creare un peligro para la seguridad común atentando contra plantas, obras o instalaciones destinadas a la producción o conducción de energía eléctrica, de sustancias energéticas, de servicio de agua o cualquier otro de utilidad pública o atentarse contra la seguridad de cualquier medio de telecomunicaciones, será sancionado con prisión de uno a cuatro años.

Si los atentados se ejecutaren para impedir o dificultar las obras o tareas de defensa, o de asistencia, salvamento o socorro en caso de de

sastre ocurrido, la sanción se podrá aumentar hasta en una tercera parte del máximo señalado.

Norma genérica protectora de la continuidad es el Art. 144 de la Constitución Política que dice: " El Estado podrá administrar las empresas que presten servicios esenciales a la comunidad, con el objeto de mantener la continuidad de los servicios, cuando los propietarios o empresarios se resistan a acatar las disposiciones legales sobre organización económica y social.

También podrá intervenir los bienes pertenecientes a nacionales de países con los cuales El Salvador se encuentre en guerra".

En cuanto a la forma de prestación de los servicios públicos, hay servicios que son prestados en forma privativa y monopolística por el Estado, y así dicen los Arts. 142 inc. 2 de la Constitución Política: " Corresponde al Estado prestar por sí o por medio de instituciones oficiales autónomas, los servicios de correos y de telecomunicaciones. Podrá tomar a su cargo otros servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan. También le corresponde la aprobación de las tarifas de servicios públicos prestados por empresas privadas y la vigilancia de dichos servicios".

Art. 143. inc. 1, de la Constitución que dice: " El poder de emisión de especies monetarias corresponde exclusivamente al Estado, el cual podrá ejercerlo directamente o por medio de un instituto emisor de carácter

público. El régimen monetario, bancario y crediticio será regulado - por la ley".

Hay otros servicios que son prestados por el Estado en concurrencia con los particulares, como lo es el servicio de Alumbrado eléctrico en San Salvador, Usulután, Sensuntepeque, servicios que se presten - por medio de Sociedades de Economía Mixta.

Hay otros servicios públicos como la Educación, Salud y Vivienda en donde la empresa privada participa con mayor intensidad debido evidentemente a que su colaboración es altamente remunerativa.

En relación a las tarifas que habrán de pagarse por la utilización de los servicios públicos no gratuitos, la aprobación y modificación de - las mismas es de competencia del poder legislativo tal y como se desprende del Art. 119 de la Constitución Política que dice: "No pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público.

Los templos y sus dependencias estarán exentos de impuestos sobre inmuebles".

Antes de concluir queremos referirnos a la figura doctrinaria conocida con el nombre de Reversión legal, figura que nuestra Constitución Política reconoce en su Art. 149, que dice: "En toda concesión que otorgue el Estado para establecimiento de muelles, ferrocarriles, canales u otra obras materiales de servicio público, deberá estipularse como condición esencial, que después de transcurrido cierto tiempo, no mayor de cincuenta años, tales obras pasarán por ministerio de ley, en per-



fectas condiciones de servicio, al dominio del Estado, sin indemnización alguna".

En nuestro sentir tal disposición tiene un fundamento de equidad y justicia en cuanto supone que en el período de tiempo al que se hace referencia, la empresa concesionaria normalmente ha recuperado el capital de inversión y ha obtenido las utilidades respectivas.

Para finalizar estas son nuestras recomendaciones en cuanto toca al régimen de los servicios públicos:

- a) Es necesario que a la mayor brevedad posible se dicte una Ley que venga a regular en forma armónica y unitaria todas las cuestiones relativas al personal y bienes afectos a la prestación de los servicios públicos.
- b) Debe establecerse en forma expresa, que aún en aquellos casos de prestación de servicios públicos por los particulares, los bienes con que se presta el servicio son inembargables en tanto estén afectados al mismo.