

RECURSOS NATURALES E INFRAESTRUCTURA

Gestión pública y servicios públicos

Notas sobre el concepto tradicional
de servicio público

Patricio Rozas Balbontín
Michael Hantke-Domas



NACIONES UNIDAS

CEPAL

RECURSOS NATURALES E INFRAESTRUCTURA

Gestión pública y servicios públicos

Notas sobre el concepto tradicional
de servicio público

Patricio Rozas Balbontín
Michael Hantke-Domas



NACIONES UNIDAS

CEPAL

Este documento fue preparado conjuntamente por Patricio Rozas Balbontín, funcionario de la Unidad de Servicios de Infraestructura de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), y Michael Hantke-Domas, consultor de la misma División.

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad de los autores y pueden no coincidir con las de la organización.

Publicación de las Naciones Unidas

ISSN 1680-9017

LC/L.3648

Copyright © Naciones Unidas, Junio de 2013. Todos los derechos reservados

Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Solo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Resumen	5
Summary	7
I. Introducción	9
II. La transformación de los servicios públicos y su impacto en la doctrina jurídica y económica	13
A. La transformación de los servicios públicos en la doctrina española.....	14
B. Servicios públicos y teoría de los bienes públicos	15
C. La transformación de los servicios públicos y la teoría de los mercados disputables.....	20
D. La transformación de los servicios públicos en el pensamiento de la CEPAL	22
III. Orígenes del servicio público	27
A. Los servicios públicos y la Revolución Francesa.....	29
B. La doctrina francesa del servicio público.....	31
C. La doctrina española de servicio público	33
D. La crisis de la doctrina del servicio público	34
IV. Definición de servicio público	35
A. El concepto de derecho público en el derecho anglosajón y en el sistema romano germánico	37
B. Servicios públicos y el interés general: el legado de la doctrina francesa.....	38
C. Servicios públicos y concentración de la oferta	39
D. La definición operacional de servicio público propuesta por Ariño Ortiz	40
V. Distinción entre función pública y servicio público	45
VI. Servicio público y gestión económica	49
A. Empresas públicas y nuevas formas de intervención administrativa	49
B. Los servicios públicos comerciales e industriales en la doctrina francesa.....	55
C. Los servicios prestados por las empresas públicas en la doctrina española	56

VII. Servicios públicos asistenciales y virtuales o impropios	59
VIII. Conclusiones	63
Bibliografía	67
Serie Recursos Naturales e Infraestructura: números publicados	71

Índice de Diagramas

DIAGRAMA 1 BIENES PÚBLICOS PUROS E IMPUROS SEGÚN FACILIDAD Y CONVENIENCIA DE EXCLUSIÓN	18
DIAGRAMA 2 LAS AUTOPISTAS: BIENES EN LOS QUE LA EXCLUSIÓN ES POSIBLE, PERO NO NECESARIAMENTE DESEABLE	19

Índice de Recuadros

RECUADRO 1 OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA TEORÍA DE LOS MERCADOS DISPUTABLES	21
--	----

Resumen

Este documento es el primer resultado de la puesta en marcha del programa de investigaciones sobre regulación de la provisión de infraestructura económica y de servicios públicos que la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL emprendió en 2011.

El objetivo principal del documento es analizar el concepto tradicional de servicio público, conforme fue formulado originalmente en la doctrina francesa del derecho público, y que ejerció una influencia decisiva en la construcción del derecho administrativo de los países de la península ibérica y, por lo tanto, en los países latinoamericanos que surgieron del proceso independentista del poder colonial a comienzos del siglo XIX.

A la luz de los principios básicos del derecho público económico, en el presente documento se analizan las principales características del concepto de servicio público; y los problemas que presenta su operacionalización en virtud de la incidencia de los elementos de contexto definidos en el tiempo y el espacio, y de la evolución de las doctrinas jurídicas.

En el marco del análisis propuesto, se exponen aquellas características que le son propias y que permiten establecer su diferenciación respecto de otras actividades que en el lenguaje común también han sido tildadas de servicio público, pero que conforme a la doctrina jurídica del derecho administrativo y del derecho público económico, se denominan servicios asistenciales y servicios públicos impropios o virtuales. Asimismo se establece una distinción clara entre servicio público y función pública, así como entre servicio público y gestión de activos públicos.

La prestación de los servicios públicos ha sufrido incontables transformaciones a través del tiempo, conforme las infraestructuras que los sostienen incorporan nuevas tecnologías y procesos de producción de los servicios prestados, o más radicalmente todavía, cuando el desarrollo del conocimiento científico y técnico ha dado lugar a la creación de servicios, que en algunos casos sustituyen a los preexistentes y en otros los complementan. Este proceso de transformaciones se aceleró en las últimas décadas debido a la incorporación de nuevas tecnologías basadas en la electrónica y en la informática, que contribuyeron a modificar no sólo la forma en que se generan tales servicios, sino también, la estructura de los mercados organizados en torno a su prestación.

Desde luego, cabe preguntarse hasta qué punto las transformaciones anotadas han modificado la esencia del concepto de servicio público y han inducido su evolución hacia concepciones más propias del derecho anglosajón (*common law*), lo que ha sido planteado como más afín a la realidad de los servicios públicos que emergió de las reformas estructurales emprendidas durante las décadas de 1980 y 1990 en un importante número de países, incluyendo a la mayoría de aquellos que forman parte de América Latina y el Caribe.

Summary

This document is the first outcome of the research program on regulation of the provision of economic infrastructure and public services that ECLAC's Natural Resources and Infrastructure Division launched in 2011.

The main objective of this document is to analyze the traditional concept of public service, as originally formulated in the French doctrine of public law which settled a decisive influence on the basement of administrative law in the countries of the Iberian peninsula and, therefore in Latin American countries, that emerged from the process of independence from the colonial power in the early nineteenth century.

In light of the basic principles of economic public law, this document analyzes the main features of the concept of public service and the problems in their operation, under the impact of background elements defined in time and space, and the evolution of legal doctrines.

Framed on the proposed analysis, some proper characteristics are exposed, establishing its differentiation from other activities that, in common language, have also been branded as public service. Nevertheless, under the legal doctrine of administrative law and public economic law they are called care services or improper or virtual public utilities. It also establishes a clear distinction between public service and public function, as well as public service and public assets' management.

The provision of public services has undergone countless transformations throughout time, as infrastructure feature on new technologies and production processes, or even more radically, when the development of scientific and technological knowledge has sponsored the creation of new services, which in some cases replace the existing ones or in other cases complement them.

This changing process has been accelerated in last decades due to the incorporation of new technologies based on electronics and computers, which helped to change not only how they generated such services, but also how the organized markets structure works for these services.

Of course, it is reasonable to ask, to what extent the changes have altered the essence of the concept of public service and how they have led their own evolution to conceptions closer to the common law; situation that has been proposed as more similar to the actual public services that emerged from the structural reforms carried out during 1980s and 1990s in a large number of countries, including most of those who are part of Latin America and the Caribbean.

I. Introducción

El objetivo principal de este documento es analizar el concepto tradicional de servicio público según su formulación original en la doctrina francesa del derecho público, cuya importancia radica en la influencia decisiva que ejerció en la construcción del derecho administrativo de los países de la península ibérica; esta influencia se extendió a los países latinoamericanos que surgieron del proceso independentista del poder colonial a comienzos del siglo XIX y estableció en gran medida los parámetros básicos de la relación entre Estado y economía en los países de la región.

Asimismo, en la vida moderna los servicios públicos provistos a escala masiva desempeñan una función estructural fundamental del Estado-Nación. Durante los últimos 150 años, en la mayoría de los países de América Latina los servicios públicos han cumplido esta función de manera progresiva conforme han ampliado su cobertura, al punto de constituirse en una de las instancias depositarias del poder ciudadano según los lineamientos de la doctrina francesa del derecho público. Como es sabido, esta fue la base de la construcción del orden político de los países latinoamericanos, en especial la relación Estado-sociedad, independientemente de los regímenes estatales que se adoptaron.

De este modo, los servicios públicos son elementos distintivos de la organización socioeconómica de la vida moderna y tienen una importancia similar a la alcanzada por las funciones públicas que son inherentes al quehacer del Estado y que se refieren a la existencia del Estado-Nación en materia administrativa, legislativa, judicial, de defensa y policial. De hecho, los sistemas de organización y administración del territorio, de asentamiento de la población, y de producción y distribución de bienes y servicios, serían inconcebibles de no existir servicios públicos provistos a escala masiva. Por esta razón, su naturaleza es esencialmente política, lo que determina que las decisiones relativas a su desarrollo constituyen materias de interés público propias del quehacer del Estado.

Ha de tenerse presente, sin embargo, que la prestación de los servicios públicos ha sufrido incontables transformaciones a través del tiempo, conforme las infraestructuras que los sostienen incorporan sucesivamente nuevas tecnologías y procesos de producción de los servicios prestados, o más radicalmente todavía, cuando el desarrollo del conocimiento científico y técnico ha dado lugar a la creación de nuevos servicios, que en algunos casos sustituyen a los preexistentes y en otros los complementan. Incluso es posible que algunos de estos servicios hayan perdido tal calidad. Esto implica que el papel jugado por los servicios públicos en el desarrollo económico, social y político de los países

ha tenido un carácter dinámico y variable, lo mismo que su contenido, el que puede cambiar notoriamente según las circunstancias históricas y del contexto social y político de cada país.

Este proceso de transformaciones se aceleró en las últimas décadas debido a la incorporación de nuevas tecnologías basadas en la electrónica y en la informática, que contribuyeron a modificar no sólo la forma en que se generan tales servicios, sino también, la estructura de los mercados organizados en torno a su prestación (Rozas, 2003). Dado el impacto diferenciado que producen las nuevas tecnologías —en especial en la industria de las telecomunicaciones respecto de otros servicios—, algunos autores han destacado la existencia de una clara diferencia en la susceptibilidad al cambio tecnológico con los distintos tipos de servicios públicos, la que se manifiesta en diversas necesidades regulatorias y, en ciertos casos, incluso en la revisión del concepto de monopolio natural en ciertas actividades (Solanes, 1999).

Desde luego, cabe preguntarse hasta qué punto las transformaciones anotadas han modificado la esencia del concepto de servicio público y han inducido su evolución hacia concepciones más propias del derecho anglosajón (*common law*). Como es sabido, este considera la actividad de los servicios de infraestructura como mera actividad regulada en el interés público o general de la sociedad o el país, y no como un servicio público de responsabilidad del Estado, debido a lo cual no le es aplicable el régimen jurídico propio de los servicios públicos, el Derecho Administrativo, según la definición que emana de la doctrina francesa.

Por esta razón, el análisis del concepto de servicio público y de su transformación reviste la mayor importancia si se pretende reinterpretar la conformación jurídica del Estado en el marco de la globalización de los procesos económicos, sociales y políticos de las últimas décadas, y del proceso de reformas implementadas en las décadas de los años ochenta y noventa en América Latina y el Caribe, así como en otras regiones del planeta. La importancia de este análisis puede ser incluso más significativa cuando la discusión se refiere a las facultades de intervención del Estado en la economía, y a los fines y deberes del Estado relacionados con los aspectos que deciden la sostenibilidad del desarrollo, esto es, con relación a la calidad de vida de las personas y con las condiciones de mayor eficiencia en el desempeño de los agentes económicos.

El análisis del concepto de servicio público y de su transformación tiene actualmente por trasfondo, en consecuencia, los procesos de reforma de la administración del Estado (o reforma administrativa) que se han desarrollado en una amplia gama de países —en todo el mundo al decir de algunos— con una uniformidad ideológica sorprendente, más allá de las diferencias que han exhibido las propuestas de gobierno en otras áreas de la gestión pública, tales como la orientación de la política comercial y exterior, la inclusión social, los derechos humanos, la democratización de los regímenes políticos, la protección del medio ambiente y diversos temas de orden valórico. Esta uniformidad ideológica generó un sinnúmero de preguntas y una menor cantidad de respuestas que satisfagan a la mayoría de los actores involucrados, según advirtió Salomoni (1999) cuando no era del todo evidente el impacto que este proceso tendría sobre el papel del Estado en la economía y el desarrollo, y por lo tanto, sobre los fines del Estado.

Un aspecto que no puede ser pasado por alto es que el debate que gira en torno al concepto y a las características del servicio público es algo recurrente en la filosofía política volcada al estudio del Estado moderno y de sus fundamentos, lo mismo que en el Derecho Administrativo y el derecho público económico, en la ciencia política y la sociología política, y, por cierto, en la teoría económica (teoría de los bienes públicos, teoría de la competencia imperfecta y de los mercados disputables, teoría de la regulación). En las distintas áreas del conocimiento, el debate tiende a focalizarse en la continuidad, reconfiguración o desaparición de las instituciones económicas, políticas y jurídicas que consagran a los servicios públicos, y en lo que se relaciona con las características del prestador de los servicios y con el poder de intervención del Estado. En consecuencia, no es casual que tal debate se reactive y renueve cada vez que la sociedad rediscuta las funciones y fines del Estado en situaciones de crisis, razón que debiera llamar a la prudencia para evitar análisis del tipo “fin de la historia” popularizado por Fukuyama (1988), que traiciona lo esencial del pensamiento de Hegel en el que se sustenta —en especial la obra “Fenomenología del Espíritu” (1807)—, que impide a quienes postulan líneas de término, el comprender

y ponderar la capacidad del capitalismo para desarrollarse y negarse en su condición, entrar en crisis y resurgir bajo otros formatos de ordenamientos políticos institucionales, según viene quedando en evidencia desde la Revolución Industrial hasta el presente. De hecho, la dilatada prolongación de la crisis iniciada en 2008 en Estados Unidos y extendida hacia un importante cantidad de países de mayor desarrollo relativo en los años siguientes —en especial en los países miembros de la eurozona— nuevamente ha puesto en la agenda pública la discusión sobre el papel del Estado en la inversión agregada y la reactivación de los mercados.

A la luz de los principios básicos del derecho público económico y, más globalmente, del derecho administrativo, así como de elementos provenientes de la historia, la sociología, la ciencia política y la teoría económica, en el presente documento se analizan las principales características del concepto tradicional de servicio público y los problemas que presenta su operacionalización en virtud de la incidencia de los elementos de contexto definidos en el tiempo y el espacio, y de la evolución de las doctrinas jurídicas y económicas.

En el marco del análisis propuesto, se exponen aquellas características que le son propias y que permiten establecer su diferenciación respecto de otras actividades que en el lenguaje común también han sido tildadas de servicio público, pero que conforme a la doctrina jurídica del derecho administrativo y del derecho público económico, se denominan servicios asistenciales y servicios públicos impropios o virtuales. Asimismo se establece una distinción clara entre servicio público y función pública, así como entre servicio público y gestión de activos públicos, teniendo en consideración algunos de los aportes más recientes introducidos por las doctrinas española e italiana a la teoría general de los servicios públicos.

II. La transformación de los servicios públicos y su impacto en la doctrina jurídica y económica

A partir de la década de 1980, algunos de los más importantes tratadistas del derecho administrativo y del derecho público económico han interpretado las transformaciones registradas en la producción de los servicios asociados a la explotación de infraestructuras físicas como detonantes de la desaparición de algunas de las características económicas más esenciales de los servicios públicos en su concepción tradicional, en especial aquellas que se refieren a su condición monopólica. Asimismo, algunos economistas han propuesto nuevas teorías sobre el impacto de estas transformaciones en los mercados y sobre el papel del Estado en la economía, lo que ha tenido gran incidencia sobre las políticas de infraestructura.

De acuerdo con el concepto tradicional de servicio público, esta condición “pública” de los servicios de infraestructura es determinada indistintamente por las economías de escala de la actividad, por la magnitud de la inversión inicial en la instalación de la infraestructura que sustenta la prestación del servicio, o por la existencia de costos hundidos que no son incluidos en la fijación de las tarifas y desalientan, por lo tanto, el ingreso de nuevos oferentes.

Al respecto, algunas de las nuevas líneas de pensamiento sostienen que las tecnologías más recientes y procesos emergentes han contribuido a generar en diversas áreas de los servicios públicos una oferta más diversificada y competitiva, menores economías de escala, costos medios unitarios considerablemente más bajos, y requisitos de una menor inversión inicial y de rápida amortización, todo lo cual debe traducirse en la consolidación de condiciones que permiten el despliegue de los mecanismos de mercado en situación de competencia, haciendo posible incluso la autorregulación de una parte importante de las actividades definidas como servicios públicos.

En esta sección se revisarán algunos de los principales cambios producidos en la doctrina jurídica del derecho administrativo que tiende a prevalecer en América Latina —la doctrina española— y en algunas de las teorías económicas surgidas en las últimas décadas del siglo pasado, que han replanteado el papel del Estado en la economía en el marco de las transformaciones registradas en la prestación de los servicios públicos de infraestructura. Esta sección termina con un breve recuento de las principales observaciones que se han realizado sobre las implicancias de estos mismos cambios en los países en desarrollo por parte de la CEPAL (o de algunos de sus *staff members*) y sobre su incidencia en la

definición de las políticas regulatorias de estas actividades, estableciéndose de esta manera el marco general teórico conceptual de la discusión que ha pretendido desarrollarse en este documento.

A. La transformación de los servicios públicos en la doctrina española

La primera interpretación de las transformaciones registrada por la prestación de los servicios públicos que interesó destacar fue la desarrollada por tratadistas españoles, tales como Ariño Ortiz (2003), García Trebijano (1971), Vallina Velarde (1971) y Villar Palasí (1964), que tienen una gran influencia sobre una importante cantidad de juristas que se desempeñan en las áreas del Derecho Administrativo y del derecho público económico en América Latina, en correspondencia, de algún modo, con la influencia de la doctrina española sobre el derecho latinoamericano. Aquellos sostienen, con mayor o menor énfasis, que la profunda transformación del concepto tradicional de servicio público, así como del régimen jurídico que lo instituye, debe ser analizada en el marco de la crisis del Estado, en especial, de la forma de su relación con la producción de bienes y servicios, y con la prestación de servicios asistenciales.

En esta perspectiva, se ha planteado que la calidad de los servicios públicos prestados por empresas estatales suele ser baja —mínima ha dicho Ariño Ortiz (2001)—, como parte de la ineficiencia económica que caracterizaría el desempeño general del sector público¹. Esta ineficiencia estaría asociada a la expansión e hipertrofia del aparato estatal que se produjo en la mayoría de los países de Europa occidental a partir la década de 1960 en el contexto del *Welfare State* (Serrano Triana, 1983).

La solución propuesta por esta corriente de interpretación del Derecho Administrativo consiste en la apertura de los mercados de servicios públicos a la participación privada, que unida a la privatización de las empresas estatales que operaban en cada actividad, permitiría generar una dinámica de desarrollo sostenido de los diversos sectores, asentada en la competencia que librarían los nuevos oferentes interesados en responder a la demanda contenida y postergada de tales servicios por efecto de la deficiente prestación estatal del período precedente².

A diferencia de la propuesta sustentada en la teorías económicas favorables a la apertura radical de los mercados —que surgieron más o menos simultáneamente—, el planteamiento de los autores españoles citados no omite la existencia de los factores que determinan la concentración de la industria de servicios públicos —en especial los servicios públicos de infraestructura económica—, tales como las economías de escala, la magnitud de la inversión inicial o los costos hundidos que no son incluidos en la tarificación. En consecuencia, no vinculan la privatización de las empresas estatales prestadoras de estos servicios a la renuncia de la responsabilidad pública de garantizar la prestación universal, regular, continua y respetuosa de estándares de calidad preestablecidos.

Esta diferencia tiene consecuencias especialmente relevantes en la relación Estado-economía que subyace en ambos planteamientos, no obstante la coincidencia de las medidas relativas a la liberalización de los mercados de servicios públicos y a la necesidad de privatizar las empresas estatales prestadoras de los mismos, que proponen ambas corrientes de pensamiento. En la propuesta de Ariño Ortiz y demás doctrinarios españoles citados, la liberalización de los mercados y la privatización de los otrora monopolios estatales han supuesto la redefinición del modelo de regulación de los servicios públicos, el que debe dar cuenta del tránsito de un sistema de titularidad pública a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa³.

¹ “... Hoy existe en el mundo entero una convicción generalizada: el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficiencia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios es mínima y el ciudadano es hoy un ser cautivo, cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos.” (Ariño Ortiz, 2001).

² “... Hoy existe en grandes zonas del mundo (desarrollado y en vías de desarrollo) la conciencia generalizada de que hay que devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa y, en el fondo, su libertad: la libertad de elegir. La palabra clave es hoy esta: “privatización”, que esencialmente significa no la venta de empresas públicas, sino la devolución de actividades a la iniciativa social.” (Ariño Ortiz, 2001).

³ “... Estos procesos de ‘liberalización’ de actividades han supuesto el nacimiento de un nuevo modelo de regulación de los servicios públicos, que esencialmente consiste en esto: en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas,

La propuesta de Ariño Ortiz y demás doctrinaristas españoles realza la emergencia de un modelo de “regulación para la competencia”, lo que implica crear, desarrollar y fortalecer una institucionalidad adecuada, al contrario de quienes proponen reducir el tamaño del Estado y, de paso, disminuir y modificar las funciones públicas mutando los fines del Estado. En el modelo propuesto este tiene como objetivo fundamental la recreación de los mecanismos de competencia en los mercados de servicios de infraestructura mediante la desintegración vertical de los sectores y la separación de las distintas actividades —competitivas y no competitivas—. En aquellas actividades cuyas características o naturaleza las determinan como no competitivas, se propone imponer limitaciones y obligaciones que hagan posible la competencia y el funcionamiento de los mecanismos de mercado. A la vez, en aquellas actividades definidas como competitivas, se propone estructurarlas sobre la base de cuatro principios esenciales: (i) libertad de entrada; (ii) libertad de acceso al mercado (esto es, a la red de infraestructuras conforme a la doctrina de las instalaciones esenciales (o *essential facilities*)⁴; (iii) libertad de contratación y formación competitiva de los precios; y (iv) libertad de inversión, disposición sobre los bienes y salida del mercado (Ariño Ortiz, 2001).

Las reformas implementadas en los servicios públicos de la mayoría de los países de América Latina y el Caribe durante las décadas de 1980 y 1990 apuntaron en la misma dirección, aunque su origen en estos no estaba asociado a la expansión e hipertrofia del aparato estatal que deviniera del *Welfare State* que prevaleció en los países de Europa occidental, sino, más bien, a la profunda crisis económica de naturaleza fiscal que se originó en los países de la región latinoamericana cuando debieron enfrentar los efectos del exorbitante endeudamiento privado contraído en la década de los años setenta con la banca internacional. En la mayoría de los casos, los gobiernos latinoamericanos debieron vender las principales empresas operadoras de servicios de infraestructura económica para amortizar el endeudamiento externo, equilibrar la cuenta corriente y mejorar el desequilibrio fiscal conforme a las condiciones impuestas por los organismos multilaterales y la banca privada para mantener abiertas las líneas de financiamiento (CEPAL, 2001; Rozas, 2005).

B. Servicios públicos y teoría de los bienes públicos

Una segunda lectura en el plano de las ideas se produce en torno a la discusión referida a la validez de la teoría de los bienes públicos, que no es sino una nueva expresión del debate referido a los exactos alcances de la intervención del Estado en la economía. Para algunos autores que forman parte de las corrientes más neoliberales del pensamiento económico (v.gr., Hoppe, 1996), la transformación de la prestación de los servicios públicos constituye una demostración flagrante de la inutilidad de la teoría de los bienes públicos, en la medida que la posibilidad creciente de ser producidos como bienes privados —incluyendo la seguridad nacional de un país que puede estar a cargo de otros— dejaría en evidencia su propensión a desaparecer y, en definitiva, permitiría entrever la inexistencia potencial de este tipo de bienes en las economías reales. Una interpretación de este tenor tendría importantes implicancias para la gestión de activos públicos, según se verá más adelante, y representa una de las fundamentaciones más radicales de la constricción propuesta a los márgenes de acción del Estado —más allá, incluso, del ámbito estrictamente económico— que han sugerido varios de los exponentes más destacados del pensamiento neoliberal en las décadas más recientes.

En la década de 1950 Paul Samuelson divulgó la teoría de los bienes públicos puros en varios artículos que fueron publicados en diversos medios académicos del pensamiento económico. En estos artículos Samuelson se refirió a ámbitos tan diferentes como la defensa del territorio nacional, la

derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión-rescate en todo caso) y regulación total de la actividad hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de “servicio universal, pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en las que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos). (Ariño Ortiz, 2001).

⁴ La doctrina de las instalaciones esenciales sostiene que una firma dominante —propietaria y controladora de instalaciones o infraestructura que sus competidores requieren emplear para proveer servicios a sus clientes— no puede negar el acceso a tales competidores o permitirles acceso solo en términos menos favorables de los que le da a sus propias operaciones (Whish, 2003).

administración de justicia, la seguridad pública, la creación y desarrollo del pensamiento científico, la protección del medio ambiente, además del transporte y la energía (Maddala y Miller, 1996). De esta manera, el concepto de bien público definido por Samuelson atañe principalmente a bienes intangibles de consumo colectivo que afectan la calidad de vida de las personas si acaso su disponibilidad y acceso son negados, presentes asimismo en actividades relacionadas con las telecomunicaciones, el transporte y la energía.

En estricto rigor, un bien público puro cumple dos condiciones necesarias y esenciales que se refieren a características de su oferta y demanda: la **no disminución** del bien o servicio ofertado como consecuencia de su consumo o prestación y la **no exclusión** de otros usuarios mediante el acto de consumo o prestación (Frank, 1992). De esta manera se define al bien público como aquel que no disminuye su disponibilidad en la medida que las personas lo consumen o hacen uso de este⁵, y que proporciona beneficios no excluibles para todas las personas en una determinada sociedad. La condición de no disminución implica que la variación que pueda suscitarse en su demanda no incide en su oferta. A la vez, la condición de no exclusión significa que es técnicamente imposible o de muy alto costo la decisión de excluir a cualquier persona del consumo de un bien o servicio, esto es, del valor de uso de estos, o si se quiere, de los beneficios asociados a este acto de consumo, si acaso esta persona no quiere o no puede pagar, lo que implica la inutilidad de fijar precios a cada uno de los usuarios. De aquí que estos bienes son gestionados y regulados por el Estado, y financiados vía impuestos. Dadas estas condiciones de los bienes públicos, se sostiene que una característica adicional de estos bienes y servicios es la no rivalidad entre sus usuarios, debido a que el acto de consumo no implica una menor disponibilidad del bien para otros usuarios que también lo requieran, de modo que no existe competencia entre usuarios actuales y potenciales del bien por su adquisición, o del servicio por su prestación (Maddala y Miller, 1996).

De acuerdo con esta definición, muchos economistas asumen que los agentes económicos privados no suministran la cantidad socialmente óptima de bienes públicos puros dada su doble condición natural de no exclusión y no disminución. De hecho, se considera que si es imposible impedir a las personas utilizar el bien, resulta altamente improbable que una empresa realice inversiones que luego no puede rentabilizar. Puesto que no tiene costo alguno el proporcionar el bien a cada cliente adicional después del primero, el bienestar social se maximiza al entregarlo gratuitamente. Esta falla de mercado para enfrentar eficientemente el suministro de bienes públicos ha propiciado que se sostenga que el Estado debe intervenir y producirlo (Stiglitz, 1986)⁶.

Los bienes y servicios que tienen estas dos características —que no disminuyen independientemente de su consumo ni admiten la exclusión de quienes no pueden o no quieren pagar— suelen denominarse *bienes públicos puros* (v.gr. la defensa nacional); en cambio, aquellos que tienen solo la primera característica se denominan *bienes públicos impuros* (Stiglitz, 1986) o *bienes colectivos* (Frank, 1992). Esta distinción, hecha por Stiglitz y por Frank, entre otros autores⁷, es de suyo importante en la medida que establece los marcos de la acción pública y privada en las actividades económicas definidas como productoras de bienes públicos. En el suministro de la mayoría de los bienes públicos puros, este es responsabilidad del Estado, aunque es posible la participación de agentes económicos privados en algunos casos excepcionales. A la vez, en el suministro de los bienes colectivos, sostiene

⁵ “(...) la cantidad que consume un individuo no reduce la cantidad que pueden consumir los demás”, aclara Stiglitz (1986).

⁶ Esta conclusión central de la teoría de los bienes públicos es considerada errónea por Hoppe (1997): “(...) para llegar a la conclusión de que el Estado debe proveer bienes públicos que de otro modo no se producirían es preciso introducir una norma de contrabando en la cadena de razonamientos, porque si no, partiendo de la afirmación de que algunos bienes, por ciertas características especiales que poseen, no serían producidos, no podría inferirse jamás que *deberían* serlo. Pero al introducir esta norma para justificar su conclusión, los teóricos de los bienes públicos han traspasado los límites de la economía como ciencia positiva, *wertfrei*, para entrar en el ámbito de la moral o de la ética; en consecuencia, podría esperarse que enunciaran una teoría de la ética como disciplina cognoscitiva, para legitimar lo que están haciendo y extraer su conclusión de manera justificada. Sin embargo, nunca se podrá destacar lo suficiente el hecho de que en toda la bibliografía existente acerca de los bienes públicos no hay una sola mención de algo que se parezca siquiera vagamente a una teoría cognoscitiva de la ética”.

⁷ Maddala y Miller (1996) también distinguen los bienes públicos en dos categorías: 1) los bienes públicos puros tales como la defensa nacional, la ley y el orden, y la investigación básica (los programas espaciales) y 2) los bienes que se encuentran entre los bienes públicos puros y los bienes privados. Estos incluirían bienes en los que resulta posible una exclusión parcial. Algunos ejemplos son la educación, la calidad del medio ambiente, la transportación y el desarrollo comunitario y regional.

Frank (1992), la participación privada suele ser más alta, incluso en el mismo nivel de la participación del Estado.

La mayoría de los servicios de infraestructura económica no se relaciona con los bienes públicos ni son bienes públicos, pues esta mayoría no cumple las condiciones de no disminución ni de no exclusión, aunque algunos sí pueden ser considerados bienes públicos puros. Este es el caso, por ejemplo del alumbrado público en una ciudad: la luminosidad prestada no disminuye en relación con la cantidad de personas que se ven favorecidas por su instalación y tampoco resulta posible impedir que algunas personas puedan hacer uso de la luminosidad porque no estén dispuestas a pagar por esta. Esta situación es claramente diferente al consumo eléctrico residencial o industrial, pues en estos casos se trata del consumo de un bien privado, que cada agente económico puede consumir en la cantidad que estime pertinente de acuerdo con sus necesidades energéticas y del precio en que la energía se transa. De esto se deduce, entonces, que lo fundamental de la provisión de un bien público puro se halla en que cada persona consume la misma cantidad, en tanto, en los mercados de bienes privados, cada persona puede consumir la cantidad que desee al precio vigente.

Otro servicio de infraestructura económica que ha sido definido como bien público es la iluminación prestada por los faros costeros, cuya utilización por una embarcación no anula la posibilidad de uso por una segunda o tercera nave, y tampoco es factor de rivalidad entre los usuarios. De hecho, este servicio es usado con frecuencia en la literatura económica como ejemplo de bien público⁸, no obstante que los adelantos tecnológicos permiten a las embarcaciones disponer de instrumentos más precisos de orientación. El hecho de que un faro podría emitir una transmisión electrónica codificada que solo se pueda decodificar utilizando un equipo alquilado ha reforzado —para algunos autores (por ejemplo, Maddala y Miller (1996))— la idea que no existen bienes públicos puros⁹.

En el ámbito de las telecomunicaciones también existen algunas actividades que han sido definidas como bienes públicos, tales como la transmisión de radioemisoras y de la televisión pública. En ambos casos, la conexión a la programación por parte de un usuario no excluye la posibilidad de conexión de otros usuarios ni disminuye la oferta programática de cada emisor; asimismo, es imposible o prohibitivo impedir que accedan a tal transmisión las personas que no están dispuestas a pagar por ello. Para Frank (1992), las emisiones de televisión eran un ejemplo perfecto de bien público, lo que duró hasta cuando se inventaron los codificadores de canales y emergió la televisión por cable. A partir de entonces se está enfrente a una situación diferente. La aparición de la fibra óptica permitió integrar en una sola red la transmisión de voz, información e imágenes, y transformó radicalmente la industria de las telecomunicaciones, lo que trajo una serie de consecuencias: i) las empresas de telefonía fija se convirtieron en empresas de telecomunicaciones que incursionan directamente, o a través de filiales, en las nuevas áreas de negocio que surgieron en el sector, incluyendo la producción programática de los canales de televisión y su transmisión; ii) el acceso a la transmisión de imágenes pudo ser controlado, de modo que el costo marginal del consumo adicional deja de ser cero y la transmisión televisiva deja de ser un bien público puro al perder una de sus condiciones esenciales: la no exclusión; iii) aumentaron las economías de escala al crecer y complejizarse la dimensión del negocio sectorial, a la vez que las empresas tuvieron la posibilidad de generar crecientes economías de ámbito (o de alcance) a partir de la explotación de una misma infraestructura construida para prestar simultáneamente distintos servicios, algunos regulados por la autoridad y otros no; esto estimuló cambios radicales en la organización de áreas de negocios y de la propiedad de los activos, favoreciéndose la emergencia de estructuras integradas e internacionalizadas de las empresas organizadas ahora como complejos empresariales, al punto que en muchos casos aquellas actividades que inicialmente habían sido definidas como bienes

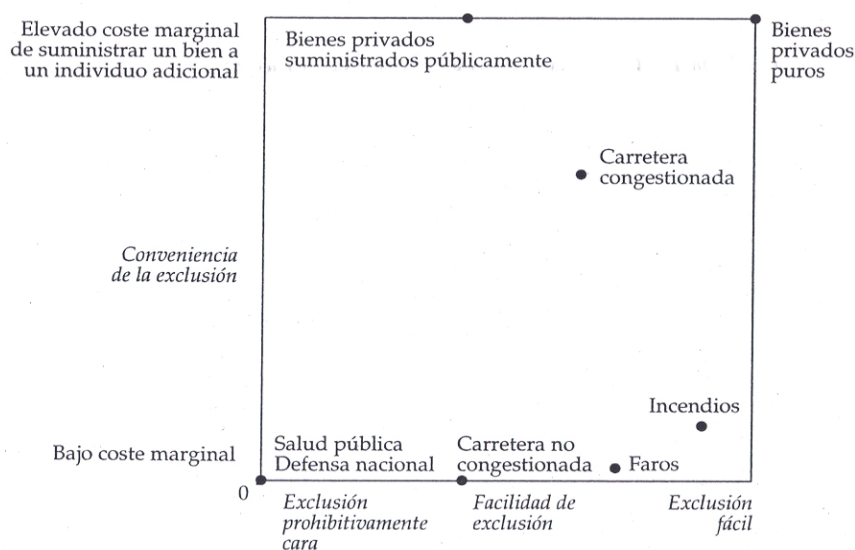
⁸ Véase, por ejemplo, J. Buchanan (1970), P. Samuelson (1976) y J. Stiglitz (1986). Asimismo, Ronald Coase (1974) ha sostenido que en el siglo XVII los faros en Inglaterra y Gales fueron construcciones financiadas y administradas por privados, los que se encargaban de cobrar a los dueños de los barcos que se beneficiaban de sus señas. Los últimos faros privados duraron hasta el siglo XIX.

⁹ Para Stiglitz (1986), los faros constituyen un bien público casi puro, dado que considera difícil (aunque no imposible), impedir que los barcos que no contribuyen a financiarlos disfruten de sus beneficios; el propietario del faro podría apagar su luz cuando viera acercarse un barco que no contribuyera a financiarlo, siempre que en las proximidades no hubiera al mismo tiempo uno que sí contribuyera.

públicos terminaron siendo subsumidas en estructuras conglomeradas productoras de bienes privados (Rozas, 2005).

La caracterización de servicios de infraestructura del transporte ha sido especialmente controversial en la literatura económica especializada y no ha tenido un avance importante luego de que Samuelson incluyó a la transportación en el listado de bienes públicos que él ejemplificó. ¿Puede considerarse bien público una calle, una avenida, una autopista o una carretera? Es posible que no exista una respuesta única y absoluta a esta pregunta, dependiendo de las circunstancias y, por lo tanto, de cómo estas pueden cambiar en el tiempo. Stiglitz (1986), por ejemplo, incluye a las carreteras no congestionadas entre sus ejemplos de bienes públicos impuros por dos razones: primera, por que el costo marginal de su utilización por parte de una persona adicional es (cerca a) cero; segunda, por que la exclusión del “polizón” (el usuario que no desea pagar) no es prohibitivamente cara, pero puede ser suficientemente onerosa debido al costo salarial de las personas que cobran el peaje y el tiempo que los usuarios pierden en pagarlo. En cambio, en el caso de una carretera congestionada, el hecho de que circule por ella una persona más puede significar un gran costo marginal social y su caracterización es más cercana a la de un bien privado puro, con un elevado costo marginal de suministrar el servicio de transportación a un nuevo usuario y con una fácil exclusión (véase el diagrama 1).

DIAGRAMA 1
BIENES PÚBLICOS PUROS E IMPUROS SEGÚN FACILIDAD
Y CONVENIENCIA DE EXCLUSIÓN



Fuente: Joseph Stiglitz (1988)

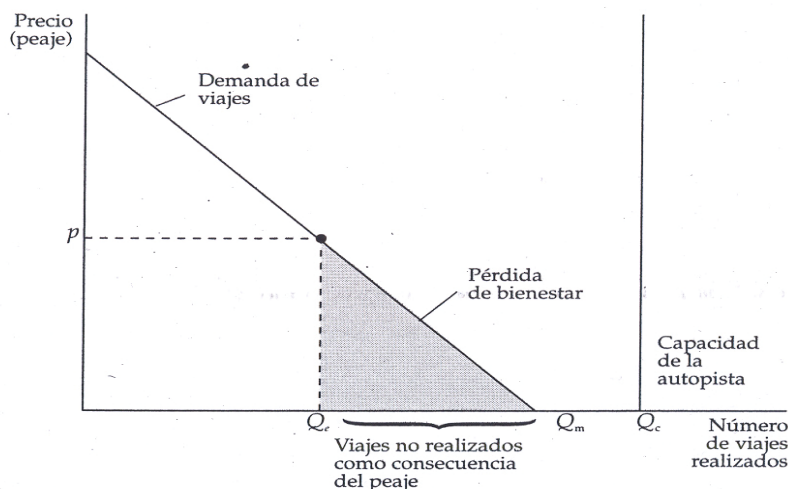
En consecuencia, un mismo bien puede ser bien público puro en ciertas circunstancias y no serlo en otras, lo que permite deducir, siguiendo a Stiglitz (1986), que los bienes públicos se diferencian según la facilidad y la conveniencia de la exclusión. En la figura 1 —tomada del libro del autor recién citado— se aprecia que solo dos bienes, la salud pública y la defensa nacional, son bienes públicos puros en tanto poseen un bajo costo marginal que hace desaconsejable su exclusión, la que sería prohibitivamente cara. A la vez, la infraestructura y vehículos empleados para apagar incendios constituyen un bien público impuro al poseer un bajo costo marginal que hace desaconsejable su exclusión por el gran costo marginal social que esta puede ocasionar, no obstante la facilidad de exclusión que en esta actividad puede existir. Algo similar ocurre con los faros dispuestos en los bordes costeros, bienes públicos

impuros que también tienen una prestación fácilmente excluibles¹⁰, pero que asimismo tienen un bajo costo marginal de suministro adicional.

En el caso de las calles y avenidas, las personas pueden trasladarse de un punto a otro sin provocar una disminución en la oferta del bien, de modo que otros usuarios potenciales de esta infraestructura vial puedan hacer uso de la misma en los mismos términos que las personas que ya transitaron por ésta; asimismo, el costo marginal de suministrar este bien a otras personas que desean transitar por estas avenidas o calles es 0, o tiende a ser 0, motivo por el cual no se justifica su exclusión, lo que determina que su accesibilidad no resulta afectada. De esta manera, calles y avenidas podrían ser consideradas bienes públicos puros. Sin embargo, la creciente masificación del uso del automóvil, hecho asociado al incremento del ingreso de las personas, ha redundado en la emergencia, en muchas ciudades, de atochamientos que dificulta el desplazamiento de los vehículos en determinadas vías y a ciertas horas, lo que ha dado lugar a la adopción de diversas medidas de tarificación o de exclusión —por ejemplo, la restricción impuesta a automóviles para ingresar a determinadas horas en ciertas zonas de la ciudad— destinadas a restablecer el equilibrio inicial entre la demanda del bien y la oferta del mismo.

En algunos casos la exclusión puede ser factible, pero no deseable, porque los costos de esta decisión —medidos como pérdida del bienestar social— pueden ser superiores al beneficio que el operador del bien público pudiera obtener, lo que Stiglitz (1986) ejemplifica con la situación registrada en las autopistas. En el diagrama 2 se presenta la curva de demanda de la autopista, que describe el número de viajes en función del peaje cobrado. En la medida que el precio (peaje) disminuye, aumenta la demanda hasta el punto Q_m , que refleja la demanda máxima a un precio P_0 , esto es, sin cobro de peaje. A la vez, la capacidad de la autopista es Q_c , la que es ilustrada por una recta perpendicular al eje de las abscisas (pendiente igual a 1). Si la autoridad (o la empresa concesionaria) fija un precio (peaje) que cubra el costo de construcción, es razonable esperar que la utilización de la autopista disminuya, y algunos viajes, cuyos beneficios serían superiores al costo social (cero), dejarían de realizarse. El triángulo sombreado de la figura 2 mide la pérdida de bienestar, que Stiglitz (1986) denomina exceso de gravamen.

DIAGRAMA 2
LAS AUTOPISTAS: BIENES EN LOS QUE LA EXCLUSIÓN ES POSIBLE,
PERO NO NECESARIAMENTE DESEABLE



Fuente: Joseph Stiglitz (1988)

En definitiva, los antecedentes disponibles acerca de la transformación experimentada por los servicios públicos de infraestructura económica que pueden ser considerados bienes públicos sugieren

¹⁰ El dueño del faro puede apagar las luces cuando perciba la cercanía de un barco que no ha contribuido a financiar la prestación del servicio, siendo improbable que simultáneamente afecte mediante esta acción a una nave que transite por el mismo espacio marítimo que sí haya contribuido a dicha financiación (Stiglitz, 1986).

que en algunos casos la prestación ha sufrido cambios importantes en lo que se refiere a la naturaleza de su condición, lo que ha conducido a reforzar la percepción inicial de la teoría económica sobre una escasa relación entre bienes públicos y servicios públicos, en la medida que algunas de las actividades que mostraban esta doble condición se transformaron en bienes privados o, en su defecto, en bienes públicos imperfectos, esto es, que mantienen su condición de bien público pero sin cumplir cabalmente con las características que lo definen en tal calidad.

C. La transformación de los servicios públicos y la teoría de los mercados disputables

Una deducción extrema referida al impacto de las transformaciones anotadas se refiere a la mutación del servicio público en actividad de interés público que algunos autores postulan, lo que implica que el régimen jurídico que las rige cambia de modo radical, sustituyéndose las normas del Derecho Administrativo por las del derecho privado. Esto determina que la responsabilidad del Estado en la consecución de los objetivos de desarrollo disminuye considerablemente y, por lo tanto, las políticas emprendidas por los gobiernos —para los propósitos de mejorar la calidad de vida de la población residente o de incrementar la competitividad de la economía o de ampliar la sostenibilidad del desarrollo—, pueden cambiar drásticamente su orientación, del mismo modo que las medidas que traducen la decisión política en acciones concretas. Ello en virtud que los márgenes de la acción pública en cada materia están determinados por el régimen jurídico que las rige.

En el marco de esta deducción extrema, a partir de la mutación del servicio público en actividad de interés público, surgieron voces que plantearon la necesidad de desregular a los prestadores de tales servicios y someterlos a las reglas propias de un mercado competitivo, incluso independientemente de la posición de dominio que la empresa tuviera sobre el mercado respectivo, dados los mayores costos de la regulación con respecto de los beneficios que pudieran obtenerse (Friedman, 1962; Posner, 1972)¹¹.

En esta perspectiva destacó la denominada “teoría de los mercados disputables”, formulada en 1982 por W.J. Baumol, J.C. Panzar y R.D. Willing. Según los economistas mencionados, en mercados no naturalmente monopolísticos la sola posibilidad de ingreso a la industria de un nuevo competidor es un factor suficientemente ordenador del mercado, que induce el desempeño de las firmas de modo análogo al que observarían en condiciones de competencia perfecta. De esta manera, cuando una empresa que está en situación de monopolio advierte o intuye que otras firmas —competidores potenciales— preparan su ingreso a esta industria, atraídas por la generación de utilidades extraordinarias que son propias de los mercados concentrados, entonces disminuye el precio de venta hasta igualarlo al costo marginal para defender y conservar su posición dominante.

Sobre la base de este supuesto, a modo de corolario, empezó a sostenerse que en el caso de las industrias con características de monopolio u oligopolio, pero cuyos mercados fuesen de naturaleza disputable, resultaba posible (e incluso conveniente) suprimir las acciones regulatorias, dado que los mecanismos de mercado permitirían una mejor asignación de recursos escasos y una mejor distribución de costos y beneficios para el conjunto de la sociedad. Se postuló, entonces, la posibilidad de mercados e industrias a cargo de empresas dominantes autorreguladas, que procurarían maximizar el excedente del

¹¹ Milton Friedman y Rose Friedman plantearon en su obra “Capitalism and Freedom” (1962), que el monopolio privado era el menor de los males para un mercado competitivo en comparación con el monopolio público o la regulación pública del mismo. Para ellos, tanto el monopolio público como la regulación pública “eran probablemente menos receptivos [que el monopolio privado] al (...)” cambio frecuente de las condiciones técnicas que crean el monopolio. Con todo, los Friedman sostuvieron que la dicotomía entre los diversos monopolios no es sostenible en el largo plazo, de modo que “(...) si el monopolio técnico es de un servicio o bien que es visto como esencial y su poder monopolístico es considerable, incluso los efectos en el corto plazo de un monopolio privado no regulado pueden ser intolerables, y tanto la regulación pública o la propiedad pública podrían ser el mal menor”. Por otra parte, Richard Posner, en su obra “Natural Monopoly and its Regulation” (1999), sostuvo que la regulación de las empresas que prestan servicios públicos (*public utilities*) es probablemente inútil y sus beneficios son probablemente menores que sus costos. Consecuencialmente el monopolio privado controlado por la legislación de competencia es la mejor solución. Sin embargo, con el tiempo, Posner ha suavizado su postura, llegando incluso a sostener que “alguna” regulación es indispensable, particularmente a la luz de los hechos acaecidos con la crisis financiera en que se vieron envueltos grandes instituciones financieras en los años recientes (Posner, 2011).

consumidor mediante precios competitivos que desestimularan el ingreso de nuevos oferentes que eventualmente pudieran ser atraídos por la posibilidad de generar las utilidades extraordinarias que son propias de los mercados concentrados (Mankiw, 2005). De paso, la autorregulación de monopolios y oligopolios permitiría reducir el aparato estatal, disminuir el gasto público, demandar menos tributos y hacer más competitivo al sector privado.

RECUADRO 1 OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA TEORÍA DE LOS MERCADOS DISPUTABLES

De acuerdo con la teoría desarrollada por Baumol, Panzar y Willing (1982), la disputabilidad de los mercados depende de los costos de instalación o de enrutamiento que deben solventar las empresas interesadas en ingresar al mercado, así como de los costos de salida que implica el abandono de la producción del bien que es objeto de la amenaza propiciada por los potenciales entrantes. De este modo, existe una disputabilidad perfecta si no existen costos de instalación o de enrutamiento, y de manera simétrica, si el abandono de la producción del bien sujeto a la “amenaza” no implica, asimismo, gastos inevitables, es decir, si la entrada y la salida son totalmente libres. En estas condiciones la amenaza ejercida por los entrantes potenciales sería disuasiva: el monopolio estaría consciente que si propone un precio por encima del costo marginal, entonces es muy probable que surjan empresas proponiendo un precio ligeramente menor para captar la demanda, dado lo cual el monopolio debe optar por un comportamiento competitivo.

Frank (1992) ha precisado que la libertad de entrada y salida de un mercado disputable no implica que los costos no existan, sino, más bien, que dichos costos no son irre recuperables, y ha comparado la situación de una línea aérea que abandona un mercado —para lo cual la empresa puede vender o alquilar el avión que utilizaba para prestar el servicio de transporte que ofrecía, o bien, lo puede reasignar a otro mercado en el que tenga presencia— respecto de otra empresa que desea retirarse de, por ejemplo, la fabricación de cemento, pero cuya planta de producción no tiene uso alternativo para la fabricación de otro bien, lo que transforma a la inversión asociada a la construcción de esta planta en un costo irre recuperable o hundido. De este modo, el mercado del transporte aéreo sería disputable, aunque fuese monopolístico, pero no lo sería el de la fabricación de cemento.

El planteamiento propuesto por Baumol, Panzar y Willing —que fue presentado inicialmente como un intento de perfeccionar la teoría de la competencia— ha sido criticado por numerosos microeconomistas, entre otros por Guerrien (1998), por dos razones principales: 1) la eliminación del modelo de los costos fijos, de instalación y de funcionamiento que deben solventar las empresas entrantes, que constituyen la principal explicación y hasta justificación de la existencia de los monopolios, es irreal; y 2) el supuesto del comportamiento pasivo del monopolio ante la amenaza que representa el ingreso de nuevos oferentes también es inexistente.

La crítica de Guerrien (1998) había sido planteada también por Shepherd (1984), que sostuvo que la participación tiene costos irre recuperables en **todos** los mercados, de modo que es incorrecto eliminar del modelo los costos fijos y de instalación que enfrentan las empresas entrantes. Para Weitzman (1983), todavía más incisivo, la teoría de los mercados disputables se viene abajo siempre que la entrada y la salida tengan algunos costos irre recuperables.

Frank (1992), no obstante haber señalado que no existe una clara relación entre el número real de competidores en un mercado y el grado en que el precio y la cantidad se parecen a lo que se observaría en condiciones de competencia perfecta, reconoce que el ingreso de un nuevo entrante no está exento de costos irre recuperables. Específicamente, este autor reconoce en el análisis del mercado aéreo que una empresa que desee ingresar a un mercado determinado puede alquilar un avión durante un período de tiempo, pero sostiene que eso no es suficiente para iniciar una operación viable. Además consigna que es necesario conseguir mostradores en las terminales de los aeropuertos, publicitar la existencia de un nuevo servicio, resolver las cuestiones de las reservas y los servicios de facturación y transporte del equipaje, y firmar contratos para cubrir los servicios de tierra, entre otros aspectos, todo lo cual compromete irremediamente recursos en un monto significativo, los suficientes para que sea realmente costoso permanecer poco tiempo en el mercado.

Por lo tanto, aunque los activos físicos tengan la flexibilidad o versatilidad suficiente de modo de ser empleados en actividades diferentes de las del objetivo inicial de la inversión, existen otros costos fijos y de instalación que son irre recuperables, lo que desincentiva el ingreso de un potencial competidor y desdibuja el carácter disputable del mercado. De ello, Shepherd (1984) concluye que la teoría de los mercados disputables “(...) está suspendida en el aire, carece de fundamento e incluso de plausibilidad (...) los análisis solo se refieren a un conjunto de condiciones muy específicas y extremas que probablemente no se encuentran en ningún mercado real que tenga (...) un poder de mercado significativo (...). Por otra parte (...) el modelo se basa en premisas contradictorias (...) que no guardan relación con la realidad”, citado por Jouravlev (2001).

Fuente: Elaborado por los autores.

El sentido de la argumentación no parece ser especialmente novedoso, sino, más bien, una reiteración de antiguas diatribas encausadas a poner en cuestión las acciones regulatorias emprendidas por los gobiernos que procuran evitar o mitigar los abusos de posición dominante que pudieran cometer las firmas que operan en mercados de demanda cautiva y estructuras concentradas. En este contexto es conocido el argumento de Gray (1940), que en pleno desarrollo de la teoría de la competencia imperfecta propuesta por Joan Robinson y Edward Chamberlain —que permitió comprender el funcionamiento de mercados concentrados a partir de la crítica de la teoría neoclásica—, sostuvo que en la práctica la

regulación es el “paraíso de los aspirantes a condiciones monopólicas para quienes asegurar y conservar un monopolio en un sistema desregulado es demasiado difícil, costoso o precario” (Gray, 1940, citado en Phillips, 1993)¹².

En definitiva, la formulación de la teoría de los mercados disputables fue concordante con la mutación doctrinaria del servicio público y su reformulación como actividad de interés público que postularon algunos teóricos del derecho público económico y, sobre todo, con las recomendaciones adoptadas en el marco del denominado Consenso de Washington, que parecen no haber estado ajenas a las modificaciones expuestas. De hecho, tanto la teoría de los mercados disputables como la mutación del concepto tradicional de servicio público tuvieron un impacto significativo sobre las prácticas regulatorias de las actividades de producción y provisión de los servicios básicos de infraestructura surgidas de las reformas y sentaron las bases teórico-empíricas para los procesos de desregulación de los servicios públicos y de los mercados correspondientes en muchos de los países de la región latinoamericana¹³.

D. La transformación de los servicios públicos en el pensamiento de la CEPAL

Una tercera interpretación de las transformaciones aludidas ha sido desarrollada por la CEPAL que, conforme a la visión estructuralista de los procesos del desarrollo que ha asentado en el pensamiento económico, ha relevado diversos aspectos de dicho orden en el análisis de los efectos producidos en la industria de servicios de infraestructura, pero sin poner en cuestión la calidad pública de dichos servicios.

A comienzos de la década del 2000, la CEPAL destacó principalmente dos aspectos del profundo proceso de mutación estructural de los servicios de infraestructura en los países de la región, señalando que si bien el sector público todavía mantenía una fuerte presencia en el conjunto de estos servicios, había crecido de manera significativa el peso relativo de los agentes transnacionales —a veces empresas públicas de países más desarrollados—, anotando adicionalmente que sólo algunos pocos conglomerados de capital nacional habían logrado insertarse adecuadamente en la nueva matriz de la propiedad de las empresas prestadoras de servicios de infraestructura (CEPAL, 2001).

Por otra parte, la CEPAL destacó que la reestructuración de los servicios de infraestructura dieron origen en América Latina a una diversidad de modelos de organización industrial que difieren no sólo de un sector a otro, sino también, de un país a otro para un mismo sector, lo que se explicaría por las diferencias derivadas del tamaño y estructura de los mercados, del grado real de competencia que es posible introducir luego de su apertura y la derogación de barreras legales a la entrada de empresas privadas, así como por las diferencias que nacen en los procesos de formación de los precios, de la cobertura y calidad de los servicios, y de sus impactos ambientales (CEPAL, 2001).

Un tercer factor anotado por la CEPAL es la debilidad de los marcos regulatorios que los países de la región adoptaron en la transición hacia una estructura de los servicios más abierta y competitiva a nivel internacional. Al respecto, la CEPAL señaló que tanto los problemas de diseño de los marcos regulatorios como su falta de fortaleza habrían atentado contra el adecuado desarrollo de la competencia en los servicios de infraestructura, lo que habría derivado frecuentemente en la aparición de rentas monopólicas y de efectos riqueza que claramente limitan una distribución más equitativa del bienestar (CEPAL, 2001).

¹² Aunque la regulación puede verse influida por los intereses de grupos de presión que gozan de acceso preferente a la fuente de la regulación, con impacto negativo para el bienestar general, cabe recordar el mordaz comentario de Solanes (1999): “...la crítica a la regulación consistente en sindicarla como el exclusivo producto de un grupo de presión favorecido, es a su vez la expresión de un determinado grupo de interés que no desea tener regulación, particularmente luego de haber consolidado una posición de propiedad respecto de ciertos bienes y servicios.”

¹³ “... La teoría de los mercados de acceso irrestricto o disputables ha sido muy controvertida. Hoy día, está en el primer plano del debate público sobre la regulación, se utiliza para abogar a favor del libre ingreso a los servicios de infraestructura —con inclusión de los servicios de agua potable y alcantarillado (Ehrhardt y Burdon, 1999)— y, en los juicios antimonopolio es uno de los argumentos preferidos de los monopolios titulares (Stefanadis, 1999).” (Jouravlev, 2001).

En definitiva, el análisis que realizó la CEPAL de las transformaciones de la prestación de servicios públicos y de los cambios registrados en la infraestructura que los sostienen se focaliza en los principales efectos que derivan de los cambios producidos en la industria de servicios de infraestructura¹⁴, y no en las implicancias que estas transformaciones tienen sobre la especificidad del concepto de servicio público, en especial en lo que se refiere a la relación entre el Estado y la sociedad, y a la representación del sentido colectivo que la acción pública expresa de los intereses ciudadanos en el concepto tradicional y original del servicio público. De todos modos, cabe señalar que el análisis de CEPAL valida implícitamente la función del Estado en lo que se refiere a la responsabilidad pública de la eficiencia y eficacia de la prestación, al destacar la debilidad de la institucionalidad regulatoria como uno de los rasgos esenciales de la prestación de servicios de infraestructura luego de las reformas.

Algunos autores de la CEPAL (Sánchez Albavera y Altomonte (1997), Solanes (1999), Jouravlev (2001) y Rozas (2002, 2005 y 2010), entre otros) han agregado nuevos elementos, a la vez que remarcado diversos aspectos de la posición institucional sobre la transformación de los servicios públicos, sobre la base de las experiencias registradas en actividades sectoriales específicas de la infraestructura económica.

Así, por ejemplo, Sánchez Albavera y Altomonte (1997) —quienes analizaron las reformas de la industria eléctrica en varios países de América Latina—, determinaron que era posible identificar dos grandes concepciones de servicio público en los países de la región. A la primera —presente en países como Colombia y México— la denominaron “integral”, según la cual todas las áreas de negocio de la industria están destinadas a satisfacer necesidades colectivas esenciales, razón por la cual deben ser consideradas como actividades de servicio público. La segunda concepción —vigente por ejemplo en Argentina, Chile y Perú— acota el carácter de servicio público a solo algunas áreas de negocio de la actividad eléctrica, las que pueden diferir de un país a otro incluso en aquellos que han acordado acotar la cobertura del concepto. Así, por ejemplo, serían servicios públicos el transporte y la distribución de energía eléctrica en los tres países, y también la generación destinada a abastecer un servicio público en el caso de la Argentina, pero no en Chile o en el Perú. Asimismo, sería servicio público el suministro de electricidad que efectúe un concesionario de distribución a usuarios finales ubicados en la zona de concesión o a quienes estando fuera se conectan a la concesionaria mediante líneas propias o de terceros. Sin embargo, en Chile no son servicios públicos los suministros de energía hechos desde instalaciones de generación y transporte, como tampoco lo son la distribución sin concesión o la que hagan cooperativas no concesionarias. En el Perú, el suministro de energía para uso colectivo es un servicio público a partir de ciertos límites de potencia.

El análisis pormenorizado que realizaron Sánchez Albavera y Altomonte (1997) de la organización de la industria eléctrica y de hidrocarburos que resultó del proceso de reformas, les permitió concluir que no obstante los importantes avances en materia de crecimiento y eficiencia económica generados por las reformas, han surgido importantes problemas, tales como la concentración de la industria y algunas prácticas abusivas de posición dominante, dificultades en la fijación de precios y en la transparencia de la información, tendencias a la captura del regulador por el regulado, y ciertas barreras que afectan el traspaso de los logros en eficiencia a los usuarios y a la sociedad en su conjunto.

Por su parte, Solanes (1999) sostuvo —como se verá más adelante— que la protección del interés público en las actividades definidas como servicio público se relaciona estrechamente con las características no competitivas que suele tener la oferta en sus mercados respectivos. Esto significa, en la opinión de este autor, que la declaratoria de interés público, interpuesta por la autoridad, responde al objetivo de garantizar y cautelar la prestación del servicio del modo más eficiente posible, conforme a las circunstancias en las que se realiza tal prestación, lo que implica que se debe cautelar la universalidad de

¹⁴ Entre otros aspectos, la CEPAL destaca el papel desempeñado por el sector energético en la gestión macroeconómica de los países de la región y su contribución a la estabilización de los sistemas de precios después de la crisis de los años ochenta. Esta contribución consistió en decretar alzas de los precios de los insumos energéticos que estuvieron por debajo del incremento de sus costos, lo que contribuyó a atenuar la presión sobre el sistema de precios por la vía de disminuir los costos relativos de las demás actividades productivas (CEPAL, 2001).

la prestación, establecer la imposibilidad de negación de la misma, aplicar una tarifa justa, y garantizar la continuidad, habitualidad, profesionalidad, uniformidad y seguridad de la prestación.

A la vez, Jouravlev (2001) puso énfasis en la transferencia al sector privado de muchas empresas del Estado que los gobiernos de los países de América Latina realizaron a partir de los años ochenta, incluyendo empresas pertenecientes a las áreas de energía, telecomunicaciones y servicios de agua potable y alcantarillado. En muchos casos, señala este autor, las privatizaciones se presentaron como la panacea que permitiría resolver los problemas de ineficiencia de las empresas estatales de agua potable y realizar las inversiones indispensables para satisfacer las necesidades de la comunidad. Sin embargo, los servicios de agua potable y alcantarillado son un ejemplo clásico de monopolio natural local. Puede decirse que se trata del servicio público más monopólico y, como tal, exhibe una resistencia excepcional a casi todas las formas de competencia. La competencia directa de mercado en los servicios de agua potable y alcantarillado en una región determinada extrañaría una superposición ineficaz y antieconómica de redes de agua y de alcantarillado, cuyo costo sería prohibitivo. Además, este tipo de competencia duraría muy poco, porque llevaría a la bancarrota de las empresas rivales y a la consolidación del monopolio (Jouravlev, 2001).

A mediados de la década del 2000 ya era posible establecer los rasgos principales de la transformación estructural que había registrado la industria latinoamericana de servicios de infraestructura económica en la década de 1990, que se extendió por las telecomunicaciones, la energía, los servicios sanitarios y el transporte. En la mayoría de los países de la región se había puesto término a los monopolios estatales y se estimulaba la participación de agentes privados en mercados que hasta los años ochenta estaban reservados a empresas estatales, derogándose buena parte de las barreras a la entrada que habían obstruido el ingreso de los privados. Asimismo, se había procedido a privatizar las principales empresas de cada sector y se habían puesto en práctica marcos institucionales y legales de regulación. Esto permitió el ingreso de empresas extranjeras que en muchos casos fueron portadoras de nuevas técnicas de producción, tecnologías y modalidades de organización empresarial que resultaron determinantes para la modernización de la infraestructura y de los servicios producidos localmente (Rozas, 2002).

En el marco del proceso descrito, los servicios de infraestructura empezaron a desarrollar nuevas características estructurales que derivaron de la diversificación de las áreas de negocio generadas por las nuevas tecnologías y de la creciente internacionalización de cada actividad. Las empresas operadoras de servicios adquirieron formatos organizacionales crecientemente complejos que devinieron en conglomerados que operaban en diversos mercados locales de la región y en distintos mercados de bienes y servicios, para lo cual crearon numerosas empresas filiales y relacionadas. A comienzos de la década del 2000 empezó a tomar fuerza, tanto en Europa como en América Latina, el desarrollo de empresas multinacionales prestadoras de servicios de infraestructura económica que operaban indistintamente en varias ramas de la industria, adquiriendo la forma de empresas de multiservicios (Rozas, 2005; Rozas, 2010).

En algunos casos la diversificación de mercados y líneas de negocios significó la participación de los conglomerados empresariales en actividades productivas, comerciales o financieras no relacionadas con la actividad principal de la firma original. Las actividades que los conglomerados agregan al objeto social original (y que desarrollan a través de empresas filiales y coligadas) suelen no presentar características de servicio público, aunque la mayoría de las veces están integradas verticalmente a la actividad principal, pero contribuyen a generar ganancias extraordinarias aprovechando la posición dominante del conglomerado en la actividad de origen o la sola disponibilidad de elementos de infraestructura requeridos por otras empresas para el cumplimiento de su respectivo objeto social¹⁵. En otros casos, la diversificación emprendida por las empresas operadoras significó que estas pudieran incursionar en nuevas áreas de negocios que se desarrollaron a partir del aprovechamiento de la infraestructura que sustentaba el negocio principal. Esto hizo posible la obtención de economías de

¹⁵ Por ejemplo, el arriendo de medidores de consumo en la distribución de agua potable, energía eléctrica y gas, o el arriendo de postes empleados para el tendido de cables por una distribuidora de electricidad.

ámbito (o alcance) que reforzaron el carácter concentrador de las economías de escala, representando un factor de consolidación progresiva del operador en los diversos mercados y de exclusión de potenciales competidores, en la medida que aumentaba la competitividad del operador respecto de aquellos que no estaban en condiciones de superar esta nueva barrera a la entrada en la industria de servicios de infraestructura económica (Rozas, 2005; Rozas, 2010).

En las dos situaciones mencionadas es razonable pensar que se produzca un desfase creciente entre las prácticas de negocios de los conglomerados empresariales resultantes del proceso de reformas y la institucionalidad regulatoria de los servicios de infraestructura económica existente, que en la mayoría de los casos fue definida para empresas operadoras que no se habían internacionalizado en su propiedad ni formaban parte de grandes conglomerados internacionales ampliamente diversificados que aplican estrategias de desarrollo corporativo de carácter regional.

El análisis de la CEPAL sobre la transformación de los servicios públicos puede ser insuficiente, en la medida que no hace mayor referencia a los aspectos de validación social y política que tal transformación involucra, en especial lo que se refiere a la legitimación de las medidas de política que los países fueron adoptando en el curso del proceso para redefinir el papel del Estado en la economía —la transición del Estado empresario o productor hacia el Estado regulador o, en su defecto, al Estado subsidiario—, y que en la mayoría de los casos significó suprimir la titularidad del Estado a la prestación de servicios de infraestructura, hasta entonces considerada imprescindible para el normal funcionamiento de las actividades económicas y sociales de un país.

Vale decir, la transformación de los servicios públicos no es solo la privatización de las empresas operadoras que prestaban tales servicios o que desarrollaban la infraestructura que hace posible tal prestación, o la transnacionalización de las industrias respectivas que se produjo como consecuencia de su apertura al ingreso de nuevos actores, o los innumerables problemas surgidos a raíz de las debilidades institucionales que no han permitido una regulación adecuada, de tal manera que las ganancias de eficiencia que las nuevas tecnologías y modelos organizacionales de negocios puedan ser traspasadas a los usuarios de los servicios de infraestructura, rasgo que determina su carácter de servicio público en la medida que compromete la acción del Estado al servicio de la sociedad en su conjunto.

Para entender esta transformación se debe analizar ante todo el concepto tradicional de servicio público y su régimen jurídico. Luego debe analizarse el nuevo concepto de servicio público, que surge asociado al modelo de regulación para la competencia que algunos países han puesto al centro del proceso de reestructuración de la industria de servicios de infraestructura. El régimen jurídico del nuevo servicio público está en pleno proceso de formación, lo que implica conocer a fondo el régimen tradicional —en especial los aciertos y los errores— para establecer los cambios a introducir.

III. Orígenes del servicio público

En los países de América Latina, la tradición legal es heredada del desarrollo doctrinario y jurisprudencial de países como España, Italia, y principalmente Francia. De aquí que resulte pertinente hacer una breve referencia al cómo se construyó el concepto en aquellas jurisdicciones y a su posterior evolución en el campo de la doctrina jurídica, de modo de explicitar algunos aspectos esenciales de su aplicación en los países de América Latina y sugerir una definición de trabajo para el presente documento.

Los servicios públicos surgen como un elemento característico del Estado moderno y vertebrador del Derecho Administrativo, la rama del Derecho público que se encarga de estudiar la organización y funciones de las instituciones del Estado, en especial, aquellas relativas al poder ejecutivo. Tradicionalmente, se ha entendido que Administración es la función del gobierno encargada del buen funcionamiento de los servicios relacionados con la mantención del orden público, la soberanía nacional y las finanzas públicas, y con la prestación de servicios de asistencia de diversa índole a los ciudadanos.

En consecuencia, el concepto de servicio público debe discutirse en relación con el proceso de expansión histórica de los fines del Estado y de la emergencia de las distintas formas de la actuación administrativa, o dicho más específicamente, en relación con el nuevo Estado que surge de la Revolución Francesa y de la destrucción del Antiguo Régimen, y con la representación de las clases y grupos sociales que aquel expresa. Algunos autores (por ejemplo, Ariño Ortiz, 2003) han precisado que el servicio público, dado su carácter finalista y no puramente instrumental, es impensable fuera del contexto político-social y de una cierta idea del Estado que arranca de la Revolución Francesa, no obstante algunos antecedentes históricos previos.

Entre los antecedentes previos a la Revolución Francesa y al nuevo Estado que resulta de esta —antecedentes que sugieren que la emergencia de los servicios públicos corresponde a un proceso de expansión de los fines del Estado a través del tiempo, con avances y retrocesos—, destacan los aportados por Jean-Louis Mestre (1985) en su estudio sobre la historia del Derecho Administrativo en Francia. Este autor señala como origen del servicio público instituciones propias del derecho medieval tales como las *banalités seigneuriales* y las *solidarietés urbaines*. Las primeras fueron “instalaciones” o “servicios” de monopolio señorial o feudal puestas a disposición de los súbditos, que a su vez pagaban por su uso una especie de tasa. Ejemplos de estas instalaciones fueron los molinos, los hornos y los lavaderos. Por su parte, las *solidarietés urbaines* fueron instituciones muy similares a las *banalités seigneuriales*, pero

más propias de la etapa posterior al monopolio del señor feudal y que corresponde a la instauración de las autoridades municipales, que se constituyen a partir del siglo XI en el norte y noreste de Francia. Otros antecedentes fueron aportados por Barbara Mameli (1999), que analizó cómo la noción de *service public* se utilizó en Francia durante la segunda mitad del siglo XVIII en relación con las intervenciones del rey a favor de sus súbditos. Esta misma autora señala que incluso bajo el reinado de Luis XI, en 1464, ya se emprendían acciones orientadas a establecer sitios fijos para la ubicación de caballos con el propósito de facilitar las comunicaciones en las diversas partes del reino (Mameli, 1999, citada por Montaña, 2005).

En la primera mitad del siglo XIX, los países fueron ampliando los fines esenciales del Estado, que originalmente se limitaban a áreas relacionadas con la hacienda pública, la defensa del territorio nacional, la administración de justicia y la mantención del orden público. En menor medida se admitieron medidas de fomento de actividades privadas referidas a la satisfacción de algunas necesidades de interés público, o se dio lugar a que el Estado o corporaciones locales asumieran la prestación positiva de servicios asistenciales. Muy excepcionalmente se asumió asimismo la prestación de servicios de infraestructura económica, el primero de los cuales fue el alumbrado público.

La emergencia de esta modalidad de actuación administrativa en la economía tuvo como base jurídica la competencia municipal (en los casos que las leyes que rigen a los municipios establecen tal tarea) o la titularidad del dominio público. En ambos casos se asume la prestación o se interviene decisivamente en las prestaciones, en tanto al Estado (en su defecto, el municipio) es el titular del dominio público, y en tanto en cuanto se exige la utilización privativa de dicho dominio como condición inexcusable para la realización de estas actividades.

En el marco de la Revolución Industrial y al compás del progreso técnico, surgieron algunos de los grandes servicios públicos de infraestructura económica que prevalecen hasta el presente. Actividades tales como el transporte por ferrocarril y por carretera, así como la producción y distribución de energía eléctrica y de gas, y la telefonía fija, representaron nuevos desafíos del quehacer público que trascendieron los fines originales del Estado moderno. En gran medida, la importancia y complejidad de las nuevas actividades que se desarrollaron sobre la base de la infraestructura económica que se creaba exigían una activa y directa intervención estatal, de modo que fuera el Estado el que asumiera la dirección y el control de su desarrollo —es decir, la titularidad— para los propósitos de planificar, proyectar, programar, y determinar cuándo, cómo y por dónde se trazarían las redes de distribución asociadas a la prestación de cada servicio¹⁶.

Muchas de estas actividades demandaban la inversión de cuantiosos recursos que escasos agentes privados podían aportar, lo que se sumaba al hecho que las expectativas de retorno de la inversión eran de muy largo plazo. Estas dos circunstancias determinaron que tales actividades no fueran susceptibles de desarrollarse en régimen de competencia, debiendo ser organizadas preferentemente como monopolio con exigencias de unidad organizativa y vocación de exclusividad.

El conflicto surgido entre la urgencia de satisfacer las nuevas necesidades públicas —correspondiente a las exigencias de una sociedad progresivamente urbana e industrial— y las concepciones ideológicas liberales entonces predominantes —que representaban un obstáculo de primer orden para que el Estado asumiera directamente tales responsabilidades— fue resuelta en la Europa continental mediante la figura legal de la concesión administrativa. A través de esta, el Estado encontró la fórmula para hacer compatible ambas posturas; de una parte, el Estado asumió la titularidad de tales actividades —es decir, el *dominus* de los servicios públicos— y se responsabilizó de la dirección y control de su desarrollo; de otra, se asumió que el Estado no necesariamente debía gestionar directamente estos servicios y se recurrió a la concesión como mecanismo a través del cual el Estado

¹⁶ “Para establecer un servicio de transportes por ferrocarril, por ejemplo, se hacía necesario no sólo que el Estado dictase unas normas diciendo cómo tenía que ser el ferrocarril, sino que el Estado fuese quien proyectase, programase, y quien únicamente pudiera determinar cuándo, cómo y por dónde se trazaban las líneas y quien debía circular por ellas; en definitiva, quien asumía la dirección y control del servicio”, (Ariño Ortiz, 2003, citando un texto de J.M. Villar y Romero).

dirige sin gestionar. De esta manera, la concesión hizo posible una transferencia de funciones y tareas cuya titularidad corresponde primariamente al Estado, en actividades que no eran consideradas a la sazón como intrínsecamente públicas y que no formaban parte de los fines históricos del Estado, es decir, de sus fines esenciales, pero que igualmente quedan publicados (Ariño Ortiz, 2003). En definitiva, mediante este mecanismo de concesión interpuesta lo que la Administración confía al privado no es la titularidad de la actividad sino su ejercicio. Esta modalidad de actuación administrativa fue caracterizada por Ariño Ortiz (2003), como “Estado de los servicios públicos con contratista interpuesto”.

A medida que el liberalismo perdió fuerza en el campo de las doctrinas económicas y políticas a partir de la Primera Guerra Mundial, y que se fue imponiendo una opinión más favorable al intervencionismo estatal, se fortaleció un concepto de servicio público que implicó la reserva de las actividades relacionadas con la infraestructura económica a favor del Estado desde su declaración como servicio público. Por esta razón, cada una de estas actividades dejó de ser privada y se transformó en pública, lo que en estricto rigor significó que los servicios públicos de infraestructura económica empezaron a ser prestados mayoritariamente por empresas del Estado.

La ampliación de los fines del Estado —que significó la inclusión de actividades relacionadas con la infraestructura económica en el quehacer estatal— tuvo por trasfondo las severas dificultades registradas desde finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX en los países que habían intentado satisfacer las necesidades públicas que surgieron asociadas a las exigencias de la urbanización y de la industrialización. Estas dificultades derivaban tanto de la reversión de ciertas concesiones por el transcurso del tiempo (extinción), como de la caducidad de las mismas, o su rescate, por imposibilidad de cumplimiento de los privados de las obligaciones contraídas en la que incurrieron muchas concesiones que resultaban inviables.

Algunos autores han hecho ver que esta ampliación de los fines del Estado se relaciona asimismo con la iniciación de nuevas actividades de carácter técnico y empresarial que el Estado asumió desde los primeros años del siglo XX y que fueron prestados directamente por entidades estatales. Este cambio de sentido de la acción del Estado al filo de la Primera Guerra Mundial se acentuó en buena parte como consecuencia de la crisis que provocará en muchos campos esta guerra, lo cual dio lugar a un sistema de intervenciones encadenadas sobre la producción de bienes, distribución y transporte (Ariño Ortiz, 1972). El resultado de este proceso fue que muchas de las prestaciones que estaban asignadas a concesionarios fueron caducadas a partir de la década de 1920 y asumidas directamente por el Estado.

En este devenir se identifican al menos tres etapas que dan forma a la condición final del servicio público: en la primera, de duración breve, la actuación administrativa corresponde a la del Estado “policía” o “gendarme”, progresivamente intensa; en la segunda, se establece la utilización especial o privada del dominio público como título de intervención administrativa en aquellas tareas de servicio público que la exigen; finalmente, en la tercera se produce la declaración como servicio público de la actividad, en cuanto tal, cuya titularidad corresponde a la Administración: el título de intervención no es ya el dominio, sino la reserva de titularidad a favor del Estado, que exige la previa concesión.

A. Los servicios públicos y la Revolución Francesa

La idea de servicio público en tanto función del nuevo Estado se consolidó a partir de la Revolución Francesa. Específicamente, el servicio público nace como expresión de la sustitución en la titularidad de la soberanía, ahora radicada en la ciudadanía, en reemplazo de la organización del Estado al servicio de la monarquía¹⁷. Por esta razón, en el “El Contrato Social” de Jean Jacques Rousseau el concepto de servicio público aparece como todo aquello que dice relación con los intereses colectivos del Estado y, por tanto, se trata de algo que “atañe personalmente a todos los que integran la nación, algo que se contraponen a asuntos privados” (Meilán Gil, 1968). Ariño Ortiz (2003) agrega otra dimensión del planteamiento hecho por Rousseau: se trata de actividades destinadas al servicio del público, esto es,

¹⁷ “El servicio público sucede al servicio al Rey, porque se ha operado una sustitución en la titularidad de la soberanía”, (Meilán Gil, 1968), citado por Ariño Ortiz (2003).

trata de acciones a través de las cuales se asegura a los ciudadanos la satisfacción de una necesidad sin que cada ciudadano tenga que atender personalmente al cuidado de ella.

Según Rousseau, el servicio público se refiere a todas aquellas materias que constituyen asuntos colectivos de los ciudadanos. Así, para este autor, el concepto de servicio público no es jurídico sino político, por lo que se extiende a cualquier actividad estatal, incluido el ejército y las finanzas públicas. De esta manera, el concepto aparece como todo aquello que dice relación con los intereses colectivos del Estado.

Por lo tanto, la idea de servicio público emergió como un concepto de naturaleza esencialmente política o de representación de la dominación social en el plano de la política y de la administración del Estado, en el marco de la concepción específica del dualismo entre Estado y sociedad propio de la Revolución Francesa. Esto implica que el concepto contiene una profunda esencia ciudadana inherente al nuevo orden que se instituye a partir de esta. En consecuencia, no es descabado sostener que la teoría del servicio público conforma una unidad con la teoría del Estado (Ferney Moreno, 2001; Montaña, 2005).

Adicionalmente, la noción de servicio público se materializó en el trabajo diario de empresarios, ingenieros y administradores, quienes desde los finales del Antiguo Régimen y durante la Revolución francesa, tuvieron la labor de gestionar actividades locales y nacionales (como era el caso de los buzones postales, los caminos, los canales, la distribución del agua, etc.). Estos servicios debieron respetar principios rectores de sus actividades, tanto en el tiempo como en el espacio, así como también la circunstancia que fuesen accesibles a todos a precios igualitarios (expresión máxima del ideario revolucionario). Con el tiempo, el desarrollo tecnológico (acelerado con la revolución industrial) y las cambiantes necesidades sociales, hicieron que estos servicios se adaptaran a los tiempos, que a la sazón del siglo XIX, además, debía desarrollarse dentro de las limitaciones del mercado y la rentabilidad financiera. De lo anterior se sigue, que el cambio jurídico e institucional es el resultado de la conjugación de los anteriores elementos, y por tanto una respuesta a la situación política, económica y social de los tiempos (Margairaz y Dard 2005).

Por su parte, los gobernantes o los responsables políticos a nivel local y nacional se encontraban obligados a legitimar los principios de continuidad, igualdad y mutabilidad —coincidentes con los principios que debían respetar empresarios, ingenieros y administradores— existentes en las convenciones, leyes y regulaciones, lo que creó un conjunto de creencias en torno al servicio público. Esto creó los principios que pasaron a ser pilares de la República francesa (Margairaz y Dad 2005). En tanto, los economistas y, principalmente, los juristas se encargaron de formalizar lo anterior, por medio de la doctrina y jurisprudencia, dando origen a las especificidades que la Escuela de Burdeos dará al concepto de servicio público (Margairaz y Dard 2005).

La desaparición de los cuerpos intermedios y la prohibición legal para la creación de agrupaciones que se interpusieran entre el Estado y el individuo, dispuestas por la Revolución francesa, terminaron de sentar las bases sociopolíticas para la idea de servicio público, en manos de una administración personificada y progresivamente centralizadora. En consecuencia, cuando el progreso técnico y la primera revolución industrial hicieron posible la emergencia y desarrollo de los primeros servicios de infraestructura económica —ferrocarriles, distribución de gas y electricidad, teléfonos, transportes por carretera—, la necesidad de una decidida acción del Estado para obtener una prestación ordenada de estos servicios constituía un precepto que implicaba un amplio consenso y legitimidad, asumiéndose que las medidas de fomento eran insuficientes para tal efecto. De esta manera, en la mayoría de los países que siguieron la doctrina francesa el Estado terminó haciéndose cargo de la dirección de estas actividades, lo que implicó que los gobiernos proyectaran y planifican su establecimiento y prestación (Ariño Ortiz, 2003).

La definición de servicio público, particularmente aquellos de carácter económico, vivirá una tensión en el seno de una sociedad atravesada por una visión liberal imperante en Francia desde mediados del siglo XIX y hasta la Segunda Guerra Mundial. Así, múltiples formas de servicio público económico se desarrollaron, como lo fueron las concesiones, la prestación directa del Estado o la indirecta a través de contratos de arriendo de infraestructura pública a los privados (“*affermage*”). En este contexto, la tensión existía entre aquellos que buscaban preservar los principios liberales de

mercado, con aquellos que esgrimían los principios del servicio público que satisfacían las necesidades del interés general (Margairaz y Dard 2005).

B. La doctrina francesa del servicio público

El análisis de las circunstancias económicas, sociales y políticas que explican, en gran medida, el desarrollo de las instituciones jurídicas, implica correlativamente que deba prestarse especial atención a su inyección.

El concepto de servicio público en Francia ha estado estrechamente asociado al Derecho Administrativo. Sin embargo, no fue sino hasta la sentencia *Blanco* del Tribunal de Conflictos, en 1873, que la idea de servicio público se introdujo en propiedad en el Derecho Administrativo francés (Braconnier 2003). Coetáneamente, muchas de las reglas del Derecho Administrativo tuvieron su origen en fallos del Consejo de Estado. Para algunos autores, el conocimiento de los grandes fallos ocupa el mismo rol que el conocimiento de las disposiciones fundamentales del Código Civil, para el derecho privado (Rivero y Waline, 1996).

Algunos fallos jurisprudenciales de fines del siglo XIX y comienzos del XX tuvieron una importancia especialmente significativa en la formulación del concepto de servicio público en el derecho francés, sobre todo en relación con la delimitación de los ámbitos de aplicación del Derecho Administrativo. Según lo señalado por Rodríguez (1994), el fallo *Blanco* del Tribunal de Conflictos de 1873 y el fallo *Terrier* del Consejo de Estado de 1903, concluyeron que la nueva noción clave era la de servicio público, caracterizada por un elemento fundamental que era la búsqueda del interés general.

En la sentencia *Blanco* se sostiene que cuando el Estado debe enfrentar su responsabilidad extracontractual, serán los tribunales contencioso-administrativos los competentes para resolver dichas cuestiones. El tribunal con esta decisión reconoce que el Estado presta servicios públicos cuando actúa en su fase de poder público. Esta decisión se inspira en la posición del Delegado del Gobierno Sr. David, quien sostuvo que el Estado actúa como dos personas, y este ejercicio impone diversas jurisdicciones para resolver los problemas que se originen en esas actuaciones. Por una parte actúa como una “persona civil o natural”, sea como propietaria o como contratante; pero por la otra actúa como “potestad pública” a cargo de la marcha de los servicios administrativos o servicios públicos. En el primer caso, según David, serán los tribunales civiles los que resuelvan las controversias jurídicas en que se vean envuelto el Estado, mientras que en el segundo serán los jueces de lo contencioso administrativo los llamados resolver dichas controversias. Uno de los puntos más relevantes de la posición de David se ubica en fundar la necesidad de un régimen jurisdiccional especial para los servicios públicos dada la necesidad de separación de poderes públicos (Braconnier, 2003).

La sentencia *Blanco* servirá de pie para que León Duguit, decano de la Escuela de Derecho de Burdeos, posteriormente profundice la línea sostenida por el Tribunal de Conflictos. Duguit sostendrá que el Estado y sus acciones, así como su control jurisdiccional, no debe ser limitado. Para él, el Estado es el resultado de un hecho histórico y no una manifestación del poder público. De esta manera, y al encontrarse inspirado por el interés general, el Estado —en ejercicio de su legitimidad democrática— puede agregar las necesidades individuales en aquel interés a través del servicio público. Así, serán los poderes públicos, tanto nacional como locales, quienes definirán si una actividad es un servicio público o no, para subsecuentemente regular su actividad y controlar su ejercicio (Denoit de Saint Marc 1996, citado por Lévêque 2000).

La doctrina del servicio público nace y se desarrolla en Francia, vigorosamente impulsada por los juristas de la escuela de Burdeos (Duguit, 1928; Jèze, 1948; Bonnard, 1943; Rollands, 1947), también conocida como la *École de services publics*. Estos le otorgaron un papel central en el Derecho Administrativo¹⁸, movidos por las necesidades prácticas de su sistema contencioso, en el que resultaba

¹⁸ Por Derecho Administrativo el profesor Agustín Gordillo (2009) entiende, “la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”.

necesario —y más bien, imprescindible— deslindar la competencia de la justicia ordinaria de la justicia administrativa (Florini, 1976; Jèze, 1948). Para los doctrinarios de la escuela del servicio público, las actividades destinadas a satisfacer el interés general son sustancialmente diferentes, por su objeto, de las actividades privadas; tienen sus exigencias propias que comandan su régimen jurídico particular, al decir de Rivero (1977). De esta manera, la noción de servicio público se constituyó en el criterio de discriminación entre el derecho privado y el Derecho Administrativo¹⁹.

Las elaboraciones teóricas de Duguit (1928), y en general de la *École de services publics*, han sido trascendentales en la consolidación del rol de los servicios públicos en el seno del derecho administrativo entendido como derecho de la Administración Pública. Sin embargo, para juristas como Rodríguez (1994) y Montaña (2005), este aporte teórico no puede verse como la circunstancia precisa que determinó esta valoración, sino como un momento más en su evolución que se caracterizó desde su inicio por la consideración de estos servicios.

Por esta razón se puede definir al Derecho Administrativo como el derecho de los servicios públicos. En esta concepción, el servicio público traza la frontera del Derecho Administrativo y, por ello mismo, la de la competencia del juez administrativo (Mata, 1995). De hecho, como lo indica Montaña (2005), citando a Rodríguez (1994), las elaboraciones teóricas de Duguit y en general de la *École de services publics* fueron orientadas a consolidar el papel de los servicios públicos en el Derecho Administrativo, este entendido como derecho de la Administración Pública.

A partir de esta constatación, Duguit propone que el servicio público es una noción abstracta que reúne a un conjunto de instituciones que tienen una finalidad común, esto es, actividades esenciales para la concreción y el desarrollo de la interdependencia social. Este aspecto teleológico, según Duguit, es el definitorio de la naturaleza pública de un servicio, de tal manera que no basta con que la ley declare alguna actividad como servicio público, sino que ésta debe perseguir un objetivo de servicio público, y de aquí que resulte que esa característica sea esencialmente mutable. De esta forma, un servicio público puede transformarse en otra cosa si con el tiempo no cumple con el requisito de satisfacer la interdependencia social (Braconnier, 2003; Lévêque 2000).

Hasta la década de 1920 el concepto jurídico de servicio público equiparaba a este concepto, el de derecho público y persona pública. Así, servicio público era toda actividad prestada por una persona pública (el Estado), y por consiguiente se sometía a las normas propias de ella, cual es el derecho público. Con posterioridad, la definición de servicio público se extiende para cubrir a los servicios públicos de carácter industrial y comercial (a partir de la sentencia Bac d'Eloka), y aquellos servicios prestados por personas privadas, posibilidad que fue admitida por el Consejo de Estado. En la actualidad estos servicios colectivos son regulados por el Estado y comprenden a los servicios administrativos (por ejemplo, el registro civil), a los servicios sociales (por ejemplo, los hospitales), los servicios industriales y comerciales (por ejemplo, Electricidad de Francia), los servicios prestados por las administraciones centrales, los establecimientos públicos, los servicios municipales (prestados por empresas públicas o privadas), los servicios nacionales (por ejemplo, la televisión pública), y los servicios colectivos locales (por ejemplo, las funerarias y la distribución de agua). En todo caso, a la vista del Consejo de Estado no hay diferencia en la naturaleza de servicio público de las diversas manifestaciones del mismo. Con todo, a partir del Informe Denoix de Saint Marc, se plantea que los servicios públicos industriales y comerciales deben ser separados de la noción común de servicio público, por lo que su estatus debe ser revisado caso a caso (Lévêque 2000).

Hay que destacar que en la concepción francesa del Estado, este no se define por el monopolio de la fuerza, sino como el arquitecto de la solidaridad social. En palabras de Lévêque (2000), “El servicio público es el fundamento y límite del poder gubernamental. Todos los casos del Consejo de Estado se han construido sobre la noción de servicio público del Estado Republicano”.

¹⁹ “(...) donde hay servicio público, se aplica el derecho administrativo e interviene el *Conseil d'État*"; donde no hay servicio público, se aplica el derecho privado”, (Cassese, 1999).

El concepto de interés general es central en la definición de servicio público, pues es definitorio de la naturaleza pública de un servicio. Dado que el concepto no se encuentra definido en la legislación francesa, este muta y se transforma con el paso del tiempo (Consejo de Estado, 1997; citado por Lévêque 2000). Así, por interés general se han amparado actividades que van desde las representaciones teatrales, hasta normas particulares para evitar el absentismo electoral. Durante la época liberal francesa de entre guerras, el interés público se limitaba a la actividad regalista del Estado. La plasticidad del concepto ha sido criticada, pues es el mismo Estado el que define qué actividades son de interés general, justificando de esta manera su propia existencia (Henry, 1997, citado por Lévêque 2000).

Por último, la caracterización de servicio público en el derecho francés impone las cargas de igualdad, continuidad y adaptación al cambio (mutabilidad), en aplicación de las conocidas leyes de Rolando.

C. La doctrina española de servicio público

En la doctrina española se ha designado con el vocablo "*publicatio*" al acto específico de declaración de una actividad o un sector "público" como servicio público (Villar Palasi, 1964). En dicha calidad, esta actividad queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera privada sin previa concesión. De acuerdo a lo expuesto por Ariño Ortiz (2003), la *publicatio* sólo puede llevarse a cabo por ley formal, pues implica la negación de una de las libertades económicas más reiteradas (libertad de industria o libertad de empresa). En consecuencia, la concesión adopta un carácter constitutivo en tanto supone la transferencia a privados de facultades y poderes que antes no tenían.

A diferencia de lo que sucede en Francia, donde la concepción de los servicios públicos se desarrolló en gran medida mediante la jurisprudencia de sus tribunales, en España el concepto fue incorporado progresivamente por la legislación. De esta manera, las primeras menciones de servicio público se remontan al siglo XIX, cuando la legislación lo utiliza para reconducir a la justicia contenciosa-administrativa asuntos contractuales cuyo objeto eran los servicios y obras públicas. Del mismo modo, se dictan por aquella época leyes reguladoras de servicios públicos como los tranvías, ferrocarriles y carreteras. Con la promulgación del Código Civil de 1889, el concepto de servicio público se posiciona sólidamente en la legislación hispana, toda vez que su artículo 339 introdujo el innovador régimen del dominio público, por el que se reconocieron bienes que pertenecen privativamente al Estado y que son destinados al servicio público (Fernández 2003).

Es a partir de la primera parte del siglo XX en que el concepto de servicio público comienza a ser desarrollado conceptualmente, muy influido por el trabajo de la doctrina francesa, que, en una aproximación diferente se había abocado a su desarrollo por parte de la Escuela de Burdeos. Así es como aparecen algunas notas diferenciadoras en la doctrina española, ya sea porque se entendía que el servicio público era una actividad más del Estado, sea porque era una actividad técnica, sea porque se diferenciaba de la actividad de policía y fomento del Estado (Fernández 2003).

Una importante modificación a la doctrina francesa se produce a partir de la distinción entre servicio público y función pública, que introduce la doctrina italiana y española (Ariño Ortiz, 2003; Fernández 2003).

Pero también existe otra dimensión del concepto de servicio público, que se trata de actividades destinadas al servicio del público, esto es, acciones a través de las cuales se asegura a los ciudadanos la satisfacción de una necesidad sin que cada ciudadano deba cuidar personalmente de ella. Esta concepción, de raigambre española como veremos más adelante, es vista con suspicacia por Ariño Ortiz (2003), pues en la medida que el Estado se organiza, los asuntos públicos empiezan a prevalecer y a invadir el dominio privado. La satisfacción que la gestión de lo público da a cada ciudadano es superior a la satisfacción que cada ciudadano se puede proporcionar a sí mismo. Así, sigue Ariño Ortiz, en la medida que el Estado ofrece más y nuevos servicios, aumentando el bienestar a los ciudadanos, éstos se desentienden de muchos de sus asuntos inicialmente privados, lo que sustenta una idea expansiva del Estado incluso presente en el Contrato Social de Rousseau (Ariño Ortiz, 2003). Las aprehensiones de Ariño Ortiz solo se explican desde una posición filosófica libertaria que desconoce la dinámica de la

pobreza, que impide a los individuos hacer uso útil de su libertad en la medida que no tienen las herramientas materiales y sociales para hacerlo.

La Constitución Política española de 1978 incluyó el concepto de “servicios esenciales”. Este concepto ha sido materia de profundas disquisiciones doctrinarias, pero en el ánimo de síntesis, nos remitiremos a la definición que el profesor Martínez López-Muñiz ha promocionado, al entender de que los servicios esenciales corresponden a aquellas “*actividades prestacionales de bienes y servicios a los ciudadanos de carácter vital o básico para la satisfacción o el ejercicio de los derechos fundamentales y el consiguiente desarrollo de una vida digna, mínimamente acorde con las condiciones espacio-temporales del desarrollo o del progreso social, y que, por ello, no pueden dejar de tener un destino universal y ser efectivamente accesibles a todos en condiciones básicas de igualdad, asegurándose su suficiente regularidad y continuidad, bajo unos patrones de calidad determinados, con adaptación progresiva a la evolución técnica y a los cambios sociales*” (Fernández 2003).

D. La crisis de la doctrina del servicio público

La definición de Duguit, aun cuando ha permanecido en el tiempo, fue criticada por diversos autores como Jèze, de Laubadère u Hauriou, y en muchos casos ha ido mutando por causa de diversas posiciones que han adoptado las cortes francesas. De esta forma, resulta un lugar común de la literatura administrativista francesa el hablar de la crisis de la teoría del servicio público. Con todo, el concepto tradicional de Duguit, que considera el elemento orgánico (servicios prestados por entidades públicas), el elemento finalista (el interés público), y el material o de régimen (el derecho administrativo) permanece en el derecho francés (Fernández, 2003).

La crisis de la teoría del servicio público se manifiesta en la declinación del concepto tradicional de Duguit, y en el nacimiento de categorías de servicio público alternativas. Por ejemplo, en Francia, además de los servicios públicos administrativos (por ejemplo, el Registro Civil), se encuentran los servicios públicos de carácter industrial y comercial (agua, gas electricidad, transportes, entre otros) que prestan servicios de naturaleza privada, pero que son prestados por el Estado para asegurar el interés general, puesto que ningún particular se ha hecho cargo de ellos. Estos servicios fueron así caracterizados por la famosa sentencia Bak d'Eloka del Tribunal de Conflictos. También nos encontramos con los servicios colectivos locales, tales como las pompas fúnebres o la distribución del agua, e incluso la posibilidad —permitida por el Consejo de Estado— de que los servicios públicos puedan ser prestados por personas privadas (Lévêque, 2000). A pesar de esta evolución, la jurisprudencia de los tribunales franceses aún persiste en reconocer que los servicios públicos deben satisfacer el interés general de modo de propender a la interdependencia social.

En el caso de España, la crisis de la doctrina del servicio público tuvo una connotación diversa. A diferencia de Francia, el concepto de servicio público no fue decisor sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, pero sí lo fue en relación con la actividad empresarial del Estado. Los españoles se abocaron a dar contenido al concepto de servicio público, tal como lo señala Fernández (2003): “*A partir de dicha crisis y de sus efectos, nuestra doctrina trató de acotar un concepto técnico jurídico estricto susceptible de comprender los rasgos más convencionales de la referida noción, como el fin de utilidad pública, el régimen exorbitante propio del servicio o el elemento subjetivo de la noción, esto es, la titularidad del servicio*”.

La crisis de la doctrina del servicio público llevó a dos de los doctrinarios más importantes de España a enfrentar sus visiones sobre este punto. Por una parte Villar Palasí era de la idea que el monopolio era cosustancial del servicio público. El Estado, al declarar una actividad como de servicio público, excluía a cualquier privado de ejercerla, y si aspiraba a esto, solo podía pensar en solicitar una concesión por parte del Estado. Como consecuencia, derivaba Villar Palasí, si una actividad podía ser libremente prestada por el Estado y por los privados (sin concesión), entonces la actividad no era servicio público. De esta forma, los servicios sociales, asistenciales, sanitarios (salud), educativos o culturales quedaban excluidos de la definición de servicio público (Fernández 2003). En tanto Garrido Falla era de la idea que el servicio público no estaba asociado al concepto de monopolio, y que solo era una característica de ciertos servicios. Esta disputa conceptual se asentó en la concepción de la titularidad del Estado —*publicatio*— la nota que define al servicio público en España (Fernández 2003).

IV. Definición de servicio público

La revisión del concepto de servicio público en la historia doctrinaria, jurisprudencial y legal del derecho permite constatar una amplia controversia acerca de su significado, alcance y sentido, controversia que se extiende a la ciencia política y a la teoría económica. Esta controversia en el ámbito del derecho y de la ciencia política abarca desde quienes definen como servicio público a las actividades ejecutadas por los órganos del Estado que persiguen el bien común o bienestar de la sociedad, y que someten a tales actividades a un régimen jurisdiccional particular, hasta quienes sostienen la imposibilidad de elaborar su definición, debido a lo cual proponen mantener el término de servicio público solo como un nombre apenas referencial, sin mayor contenido o significado relevante.

Dado lo anterior, no debe sorprender que el término “servicio público” pueda tener distintos significados en el derecho comparado entre países, al punto que una actividad considerada servicio público en un país, deja de serlo en otro. Incluso el concepto puede variar en un mismo país a través del tiempo, de modo que el término puede hacer referencia a actividades distintas en cada etapa o período.

Por esta razón, las advertencias realizadas por Ariño Ortiz (2003), acerca de las características del concepto de servicio público y los criterios que ha de considerarse en su definición, son plenamente acertadas. En primer lugar, se trata de un concepto aproximado, tendencial, y no un concepto de contenido uniforme y preciso. En segundo lugar, es un concepto histórico y políticamente variable, cuyo contenido dependerá en cada momento y en cada país del contexto socio-político, del estado de desarrollo alcanzado y de las demandas que surjan de la sociedad, específicamente de la capacidad de determinados grupos sociales para legitimar sus aspiraciones. En tercer lugar, es un concepto tradicional que se encuentra sometido a una profunda revisión.

En su acepción más general, el servicio público es prestado por una entidad, usualmente perteneciente al Estado o que es parte de este, con el propósito de alcanzar el bienestar general de la sociedad y de sus miembros. Esto implica que tanto las acciones emprendidas como las no emprendidas (omisiones) pueden ser revisadas y sancionadas por un régimen jurídico particular, el Derecho Administrativo, o en su defecto, por el régimen común de todos los ciudadanos (por ejemplo, el Derecho Civil), opción que dependerá del régimen jurídico que lo reglamenta en cada caso.

A pesar de la ambigüedad semántica que esta situación implica, en la literatura especializada existe un amplio consenso respecto a la necesidad de delimitar con exactitud las actividades que pueden

ser calificadas de servicio público, pues este concepto constituye una piedra angular del sistema jurídico que rige en los países e incide en un amplio espectro de materias, además de clarificar el régimen de derechos y obligaciones que pesa sobre un proveedor de este tipo de servicios²⁰.

Según Villar Palasí (1964, citado por Ariño Ortiz, 2003), existen varias áreas jurídicas en las cuales las decisiones que se adopten están influidas por el concepto de servicio público, lo que determina su importancia doctrinaria, jurisprudencial y legal en el marco normativo de la gestión pública, a saber:

- **Residenciabilidad judicial contenciosa administrativa u ordinaria**, o dicho de otra manera, según sea la definición de servicio público que se acuerde o que la sociedad adopte, se determina qué tipo de tribunal corresponde que se pronuncie sobre las controversias que se originen en la prestación de servicios de cada actividad.
- **Efectos de régimen de indemnizaciones y responsabilidad *vis-à-vis* régimen general de responsabilidad civil**, lo que implica que según sea el régimen jurídico que corresponda, conforme a la definición de servicio público que se adopte, se establece la normativa aplicable para perseguir la responsabilidad del prestador en lo que se refiere a las consecuencias de sus actos.
- **Efectos de derechos y cargos ligados al servicio público como actividad protegida**. Una actividad puede acceder a beneficios y sufrir restricciones de gran importancia según la clasificación que se haga de su carácter público o privado, lo que puede ser determinante de su competitividad. Así, por ejemplo, las actividades definidas como servicio público —por lo tanto, sometidas a las normas del derecho administrativo—, a diferencia de las actividades económicas regidas por el derecho privado, pueden acceder al beneficio de la expropiación forzosa si procediere o se estimase necesario por razones de buen servicio. Asimismo las normas que rigen al servicio público pueden limitar el derecho de huelga de los trabajadores que se desempeñen en estos en virtud de su importancia para el conjunto de la economía o la vida social, mismo derecho que podría ser ejercido con menos restricciones en la actividad privada. También los servicios públicos disponen de normas especiales para hacer frente a situaciones de insolvencia y/o quiebra, afectación de bienes y embargos. Por otra parte, las actividades definidas como servicio público implican en la mayoría de los casos restricciones severas a las inversiones de capital extranjero, imposición de gravámenes y tributos específicos, y disposiciones especiales en materia de gestión económica y financiera.
- **Efectos de calificación de la naturaleza de un contrato y su régimen jurídico aplicable**.
- **Efectos de incompatibilidad de autoridades y funcionarios** con el desempeño de cargos de todo orden en empresas o sociedades concesionarias, contratistas, administradores, u otro tipo, de obras y servicios públicos del Estado, provincia y municipio. Esta incompatibilidad tiende a no existir cuando la entidad prestadora del servicio no se rige por las normas del Derecho Administrativo y puede ser incluso de empleo frecuente en contextos de encadenamiento productivo.
- **Efectos penales de calificación o tipificación de delitos**. Según sea la clasificación del servicio prestado, determinadas conductas pueden ser caratuladas de delitos (por ejemplo, sedición, cohecho, negociaciones incompatibles y fraude al fisco, entre otros) o no.
- **Inclusión en el ámbito de la potestad doméstica**, con todo lo que supone desde el punto de vista del principio de legalidad en términos de la necesidad de habilitación por ley formal para intervenir.

En definitiva, el interés por esclarecer el concepto de servicio público radica en las vastas implicancias que el régimen jurídico aplicable a tales servicios tiene para el desarrollo de los servicios de

²⁰ Calificar una actividad como servicio público "...no es una calificación banal, no es puro cientificismo, sino que es un criterio básico, medular, en nuestro sistema jurídico. De que algo sea calificado o no como servicio público se derivan consecuencias jurídicas muy importantes para la actividad de que se trate". (Ariño Ortiz, 2003).

infraestructura. En esta sección analizaremos algunas de las definiciones más relevantes y derivaremos los elementos esenciales para conceptualizar operacionalmente el concepto de servicio público.

A. El concepto de derecho público en el derecho anglosajón y en el sistema romano germánico

En la literatura existe consenso en señalar que en el mundo occidental existen dos conceptos básicos de servicio público, en correspondencia con los sistemas jurídicos que prevalecen como fuentes del derecho: el sistema romano germánico y el sistema anglosajón (*common law*).

En el derecho anglosajón —especialmente en Estados Unidos y en los países del Reino Unido—, la prestación de servicios de infraestructura a través de redes (servicios públicos domiciliarios) se considera actividad regulada y no servicio público. Por lo tanto, explica Ferney Moreno (2001), la fuente del deber de la prestación en el derecho anglosajón está en la norma, en tanto el contenido de la prestación es solamente lo que dice la norma, en virtud que en la actividad regulada por interés público no puede haber extensión analógica del régimen jurídico propio de los servicios públicos.

De acuerdo con ello y conforme a la caracterización de Sarmiento García (1999), las características más importantes del modelo anglosajón de organización de los servicios de infraestructura son las siguientes: (i) las servicios públicos domiciliarios se consideran actividades privadas; (ii) se trata de actividades reguladas en el interés público o general; (iii) la actividad se desarrolla en régimen de autorización y no por concesión; (iv) existe una fuerte intervención administrativa por vía de la regulación; y (v) se prescinde de la titularidad estatal de la actividad (Ferney Moreno, 2001).

En la mayor parte de los países europeos la configuración del servicio público industrial y comercial se ha hecho, apoyado en la doctrina francesa, a partir de la concepción regaliana del poder público: como una prestación debida por el Estado a los ciudadanos. En cumplimiento de esta obligación se organizan prestaciones de las que es titular el Estado, sometido a reglas del derecho público, y que se gestionan directamente o bajo su control (Muñoz Machado, 1998).

En general, en muchos países de América Latina y el Caribe el concepto de servicio público (y el régimen jurídico que lo sustenta) se construyó siguiéndose las directrices de la legislación española, basada a su vez en la doctrina francesa y, en menor medida, en la doctrina italiana, es decir, en lo que se conoce como sistema romano germánico. Tanto el concepto de servicio público como el régimen jurídico que lo sustenta fueron progresivamente ampliados por la formulación pretoriana del Consejo de Estado.

En el ordenamiento positivo vigente existe un significado multívoco de la expresión “servicio público” que se define en su contenido según el área administrativa que se trate, lo que implica que sea fuente de ambigüedad, dispersión y confusión doctrinaria. De hecho, en la legislación que rige en la mayoría de los países iberoamericanos y en su jurisprudencia no existe un concepto legal unitario de servicio público. Es más, si el análisis de la doctrina se focaliza en la legislación española se constata —según lo señalado por Ariño Ortiz (2003)— que existen al menos cuatro acepciones del concepto de servicio público, lo que explica que este carácter multívoco del concepto esté presente asimismo en el orden jurídico de los países latinoamericanos, a saber:

1. En la **legislación financiera** —que incluye, entre otros ordenamientos jurídicos, a la Ley General de Presupuesto y a las leyes de presupuesto anuales, entre otros—, se tiende a conceptualizar el servicio público como cualquier actividad estatal que implica gastos solventados con cargo al presupuesto de la Nación, sin hacer mayor distinción en los propósitos perseguidos ni las características distintivas de la prestación, lo que induce a Ariño Ortiz (2003) a restarle validez como definición, aunque le reconoce su carácter orgánico.
2. En la **legislación general, civil, penal, mercantil o procesal**, los servicios públicos son definidos como las actividades que se consideran de reconocida e inaplazable necesidad para la vida de la sociedad y cuya suspensión ocasionan serios trastornos para su desempeño habitual. Este concepto de servicio público es de carácter funcional y constituye para Ariño

Ortiz (2003) una base muy importante de una definición operacional del concepto y la determinación de su contenido.

3. En la **legislación administrativa general** —que incluye a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, la Ley de Contratos del Estado, y a la Ley de Expropiación Forzosa, entre otros cuerpos legales— el término “servicio público” se refiere a cualquier actuación administrativa que supone el ejercicio de competencias específicas para la consecución de los fines últimos de la Administración, es decir, los fines del Estado.
4. Finalmente, **la legislación sectorial** de las actividades de infraestructura económica suele contener en muchos casos una declaración expresa de la actividad respectiva como servicio público, y en concordancia establece asimismo un régimen jurídico de intervención y control propio de los servicios públicos. No obstante que Ariño Ortiz (2003) reconoce a la normativa sectorial como una de las cuatro instancias jurídicas en las que subyace una concepción específica asociada al término “servicio público”, sostiene que en el caso de esta legislación no existe un propósito definitorio alguno de la categoría en cuanto tal, razón por la cual le resta validez .

De acuerdo con lo expuesto, el carácter multívoco del concepto se relacionaría con el carácter orgánico, funcional y finalista del concepto. De lo anterior se concluye la necesidad de formular un concepto técnico y estricto de servicio público por la trascendencia enorme de tal calificación.

B. Servicios públicos y el interés general: el legado de la doctrina francesa

Las elaboraciones teóricas de Duguit y en general de la *École de services publics* —como también se la denominó a esta línea doctrinaria— fueron trascendentales

León Duguit definió el servicio público como “cualquier actividad cuyo desempeño debe ser garantizado, regulado y controlado por los gobiernos, debido a que esta actividad es esencial para la realización y desarrollo de la interdependencia social, y es de tal naturaleza que no puede realizarse plenamente sino a través de la intervención de las fuerzas gobernantes” (Duguit, 1928).

En la sección anterior ya enunciamos los tres elementos de esta definición, y que reiteraremos nuevamente. El primer elemento es el orgánico, y él considera al órgano que ejerce esta función, donde por regla general corresponderá a una institución pública creada al efecto. El segundo elemento es el finalista, donde el órgano actúa en pos de promover el interés general o bien común en el ejercicio de sus funciones específicas. Por último, el tercer elemento es el material o de régimen, por el que se abstrae al servicio público del derecho común aplicable a los ciudadanos y se crea un orden jurídico ad-hoc o Derecho Administrativo (Fernández, 2003).

Un punto de vista similar lo ha expuesto el jurista argentino Ismael Mata (1995), quien identificó asimismo tres características esenciales en la noción tradicional del servicio público: (i) en lo que se refiere a su objetivo o finalidad, el servicio público es una actividad destinada a la satisfacción de una necesidad de interés general; (ii) en lo que se refiere a la entidad responsable de su prestación —sujeto u órgano— el servicio público es una actividad que ha de estar a cargo de una entidad estatal que desarrolla por sí la actividad o que controla al particular que la realiza, y (iii) en lo que se refiere al régimen jurídico que la contiene —elemento normativo o formal— el servicio público debe consistir en una actividad regulada por el Derecho Público, o sea, con presencia o predominio de “reglas exorbitantes” o potestativas.

Esta definición aún es preponderante en Francia, pero muy criticada por la doctrina local, y se mantiene vigente pues sigue siendo la piedra angular del derecho administrativo. Sin embargo, como ya se explicó en la sección anterior, esta definición es además un criterio eficiente de aplicación de esa rama del derecho, y fija la competencia de los tribunales contencioso-administrativos (Labadère 1961, citado por Fernández 2003).

Cabe preguntarse si acaso está suficientemente definido el concepto operacional de “servicio público” mediante la inclusión de las características señaladas —objetivo de interés general, responsabilidad del Estado de su prestación, y régimen jurídico definido en el Derecho Público—, intentándose dar cuenta de los aspectos más sustantivos del concepto nominal propuesto por Duguit (1928), en el marco de la doctrina francesa del Derecho Administrativo, recién citado.

C. Servicios públicos y concentración de la oferta

Para algunos autores, la prestación de servicios públicos está intrínsecamente vinculada a la concentración de oferta que tiende a manifestarse como un rasgo esencial de esta industria. Destaca en este sentido el análisis propuesto por Solanes (1999). En un artículo publicado por la CEPAL, este autor sostuvo, basándose en Phillips Jr. (1993), que la protección del interés público como objetivo o finalidad de la actividad que es definida como servicio público se relaciona estrechamente con las características no competitivas que suele tener la oferta en sus mercados respectivos²¹, debido a lo cual están sujetas a regulación mediante la fijación de tarifas y la reglamentación de la prestación del servicio. Esto implica que la declaratoria de interés público, interpuesta por la autoridad, responde al objetivo de garantizar y cautelar la prestación del servicio del modo más eficiente posible, conforme a las circunstancias en las que se realiza tal prestación, lo que implica que se debe procurar la universalidad de la prestación, establecerse la imposibilidad de negación de la misma, aplicación de una tarifa justa, y cautelar la continuidad, habitualidad, profesionalidad, uniformidad y seguridad de la prestación.

Adicionalmente, Solanes señala —basándose en Kaysen y Turner (1959)— que no debe ser pasado por alto que en algunos servicios públicos (específicamente en el abastecimiento de agua potable y de servicios de alcantarillado), el monopolio puede funcionar más eficientemente que las empresas que están en condición de competencia, debido a sus ventajas de escala y a su posición de monopolio natural. Esto implica que la autoridad está obligada a actuar sobre el monopolio mediante medidas regulatorias, en aras de la protección del interés público, para los efectos de compeler y asegurar la contribución del monopolio al bienestar general de la sociedad.

De acuerdo con lo anterior, Solanes establece un conjunto de características económicas de los servicios públicos, las que dicen relación con la posición de mercado del prestador y las características de la inversión requerida para el desarrollo de la actividad. El primer aspecto destacado por Solanes (1999) es el relativo a las economías de escala y de alcance: los servicios públicos son actividades cuya máxima eficiencia se alcanzaría cuando la prestación del servicio está bajo la responsabilidad de un solo operador debido a las economías de escala que la actividad presenta, lo que implica que sus costos unitarios decrecen progresivamente conforme aumenta la producción²². Esta máxima eficiencia podría ser mayor si el monopolio obtiene economías de alcance mediante la explotación de una misma infraestructura en la gestión de diferentes áreas de negocios, como pueden ser el caso de las oficinas de cobranza y recaudación, o los postes del tendido eléctrico, o las redes de tuberías, por parte de empresas multiservicios que incursionan de modo simultáneo en distintas áreas de la infraestructura económica.

En esta línea de interpretación, Solanes (1999) problematiza el impacto de las nuevas tecnologías en los servicios públicos tradicionales, en especial sobre el concepto de economía de escala, el que estaría sometido a una profunda revisión debido al menor tamaño óptimo de las unidades de producción que demandarían en general las nuevas tecnologías. Al respecto, Solanes (1999) alude a las pérdidas económicas que han generado algunas iniciativas de desintegración de estructuras empresariales de la industria eléctrica y a las importantes externalidades negativas que las nuevas tecnologías han generado. El autor citado agrega, en complemento de sus argumentos, que la fragmentación por razones de

²¹ “Por sus características, los servicios públicos constituyen uno de los temas más importantes del derecho: i) son actividades en las cuales no siempre hay competencia y normalmente están sujetas a regulación gubernamental en pro de la protección del interés público (Phillips Jr., 1993, p. 3) (Solanes, 1999).

²² A modo de ejemplo, Solanes (1999) sostiene que el costo de inversión para el suministro de agua potable y saneamiento en sistemas pequeños para una familia media de tres personas es de 1.600 dólares, mientras que en sistemas mayores es de 200 dólares, conforme a los valores predominantes a fines de los años noventa. Solanes (1999) sostiene asimismo que los sistemas pequeños tienen problemas financieros que se traducen en dificultades técnicas, de manejo y de adecuación general.

competencia (y aun la competencia en los márgenes) como alternativa tienen un papel bastante limitado, debido a los altos costos de transporte y a las fuertes ventajas de las empresas ya establecidas, lo que le permite coincidir con Armstrong, Cowan y Vickers (1994) y Corrales (1997), quienes han hecho ver las pérdidas de economías de escala y aglomeración, así como el aumento de los costos de transacción que en muchos casos ha generado la fragmentación del monopolio natural.

Un segundo aspecto mencionado por Solanes (1999) es el relativo a la inversión fija no líquida: una característica esencial de los servicios públicos sería el requisito de grandes inversiones en infraestructura asociadas a las economías de escala, que suelen representar una parte considerable de los costos totales y que determinan que los servicios públicos sean generalmente actividades intensivas en capital y de baja relación ingresos/activos. Como consecuencia de esta característica, la inversión en actividades definidas como servicio público puede tener un retorno más lento que las registradas en otras áreas de la economía, lo cual puede hacer necesaria la aplicación de medidas específicas orientadas a estimular la inversión en estas actividades.

Una tercera característica económica de los servicios públicos planteada por Solanes (1999) se refiere a la necesidad de disponer capacidad instalada excedentaria, debido al hecho de que la inversión fija en las actividades de servicio público tiene por objetivo satisfacer la máxima proyección de la demanda que pueda registrarse a lo largo del tiempo, previéndose incluso incrementos que puedan diferir del comportamiento normal de su expansión.

Otros aspectos mencionados por Solanes (1999) se relacionan con las limitaciones operativas de estas actividades —que la mayoría de las veces no ofrecen suficiente espacio físico para acoger más de un proveedor y dar lugar a la competencia— y con la estructura de los mercados (monopolios u oligopolios), sujetos, por lo tanto, a control público y a regulación.

La relación planteada por Solanes entre los elementos orgánico y finalista del servicio público, por una parte, y el carácter no competitivo del mercado de la actividad definida como servicio público, por la otra, agrega un aspecto central a la operacionalización del concepto de servicio público que han propuesto diversos tratadistas hispanoamericanos, que tienden a simplificar y a formalizar el concepto original de Duguit (1928). En la definición de servicio público que este acuñó, la esencia del problema radica en la naturaleza misma de la actividad que le impide realizarse plenamente a no mediar la intervención de las fuerzas gobernantes, lo que determina que la ausencia de esta intervención se traduce en adjudicarle de modo implícito una cierta arbitrariedad a la decisión de clasificar una actividad como de servicio público.

D. La definición operacional de servicio público propuesta por Ariño Ortiz

Uno de los esfuerzos más recientes de definición de servicio público —y posiblemente uno de los mejores logrados— es el realizado por el jurista español Gaspar Ariño Ortiz (2003), quien cuidadosamente se encarga de prevenirnos que su propuesta de definición responde a ciertos criterios como (a) que es un concepto aproximado, tendencial, y no un riguroso concepto jurídico de contenido uniforme y preciso, (b) es un concepto histórico y políticamente variable, cuyo contenido dependerá en cada momento y en cada país del contexto socio-político, y por último (c) es un concepto tradicional, y que hoy se encuentra sometido a una profunda revisión. Luego, cautelosamente nos presenta las notas centrales que definen el concepto, como (i) que es una actividad estatal, esto es, asumida en su titularidad por el Estado, (ii) destinada al público, a la utilidad de los ciudadanos, (iii) que es de reconocida necesidad como indispensable para la vida social, y (iv) cuya gestión no supone el ejercicio de poderes ciudadanos.

Con todas esas prevenciones Ariño Ortiz (2003), a sabiendas que se interna en un área compleja del derecho, nos presenta la siguiente definición, “*Actividad propia del Estado o de otra Administración Pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social*”.

Con el ánimo de expandir su definición, Ariño Ortiz (2003) presenta los elementos definatorios de su concepto:

- **Actividad administrativa de prestación.** Esta primera característica significa que el servicio público es una actividad de prestación, en la cual la administración del estado asume directamente, por organización propia o por delegación (concesionario interpuesto), la prestación, a diferencia de la acción de policía o de fomento, en la cual la administración autoriza, condiciona, estimula la gestión, pero no asume la responsabilidad de la actividad. En consecuencia, la Administración es primariamente responsable de la prestación del servicio, aun cuando la gestione mediante su concesión. Esto implica que en los casos de demanda que se refieren a responsabilidad, esta se dirige contra la Administración y no contra el concesionario, debiendo resolver aquella en primera instancia tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla.
- **Exclusividad regalística.** Esta segunda característica, muy vinculada a la anterior, se refiere a la titularidad de la Administración sobre la función o actividad de que se trate. En gran medida esta condición explica la vocación natural al monopolio de los servicios públicos en el sentido que dicha titularidad es única, lo que está refrendado en varios de los casos (no en todos) en las características económicas de la actividad. En este punto conviene distinguir entre el monopolio “de iure” (legal) y la exclusividad de prestación. En la gestión directa del servicio público, aunque la condición de monopolio esté siempre presente, no siempre se gestiona en exclusiva: la administración puede otorgar una concesión o varias concesiones, según las necesidades o los condicionamientos técnicos de la prestación. En cambio, en las fórmulas de gestor interpuesto, los servicios se prestan en régimen de monopolio sólo cuando las condiciones técnicas de la prestación así lo requieren. Cualquiera que sea el criterio que se adopte, la calificación de cualquier actividad como servicio público requiere una “referibilidad” de tal actividad al Estado (o a la Administración local). Esta “asunción de actividad” se manifiesta por dos vías: a) por una declaración formal de titularidad de la misma (publicatio, en sentido estricto), que supone la reserva previa de un sector y la necesidad de concesión; y b) por una intensa reglamentación de la misma que configure y obligue a desarrollar la actividad en unos modelos predeterminados (publicatio en sentido lato): no se afirma en estos casos una titularidad real, que permitirá el desarrollo de la actividad sin previa concesión, pero sometida a autoridad reglamentada. En ambas situaciones se consigue, mediante la declaración de servicio público, un título de intervención especialmente intensa, justificado en que se trata de actividades indispensables para la vida de la sociedad; y ello puede lograrse por la vía de la referencia subjetiva (titularidad declarada), o de la reglamentación detallada de actividades privadas...
- **Régimen de Derecho Público.** Los servicios públicos son actividades que se prestan en régimen de Derecho Público, siendo esta una de sus principales características, en tanto supone la existencia de un orden jurídico de protección especial de la prestación, tanto de la administración y titulares de la gestión como de la prestación en sí, con inmunidades y prerrogativas especiales. Esta es una característica que algunos autores han puesto en cuestión (v.gr. Garrido Falla, 1971), al considerar que en muchos casos los servicios se prestan por organizaciones y en formas jurídico-privadas. Sin embargo, aunque se admite que este argumento puede ser cierto que en sus relaciones ad extra el régimen de prestación del servicio público puede ser normado por el Derecho Privado, autores como Ariño Ortiz (2003) han ratificado que en su organización *ad intra*, el servicio público en su régimen jurídico fiscal, laboral, procesal, de protección de sus bienes de expropiación, entre otros aspectos, está referido a un régimen jurídico siempre especial, que incluye una considerable serie de elementos de Derecho Público, lo mismo en relación con los usuarios cuando media una situación de conflicto.
- **Actividad indispensable.** Esta característica hace referencia a que las actividades de servicio público son imprescindibles para el funcionamiento del orden social, siendo esta característica la que justifica la asunción de la actividad por parte del Estado, a la vez que constituye el

elemento clave de comprensión de muchas de las notas de su régimen jurídico. Ariño Ortiz (2003) aclara que esta característica de indispensabilidad explica la amplia variabilidad de estas actividades, según los momentos históricos, según los países, y aun según las diversas zonas o territorios dentro de un país, lo que implica que una actividad puede ser clasificada como servicio público en un período de la historia y luego deja de serlo, o que siendo servicio público en un país o territorio, en otro no lo es.

- **Prestación regular y continua.** Esta característica constituye el principio de continuidad de los servicios públicos, sobre la cual se basa buena parte de su régimen jurídico, en lo que se refiere a la determinación de su régimen de interdictos, la no vigencia del derecho a huelga, y el trato especial que se concede a las situaciones de insolvencia o quiebra del operador que presta el servicio, trátase de una entidad estatal o de un delegado interpuesto mediante concesión de la actividad. De esta manera, la continuidad, la habitualidad, la profesionalidad y la uniformidad son notas de esencia del servicio público.
- **Prestación al público** (finalidades de utilidad general del público). Esta característica significa que los servicios públicos son, antes que otra cosa, actividades dirigidas a la *utilidad general del público*, de donde se deriva un derecho abstracto del usuario a la prestación. En consecuencia, no sería servicio público una actividad que no prestase servicios de utilidad pública propiamente tales y tuviera como exclusiva finalidad recaudar o generar ingresos para el Estado, o que implique proporcionarse bienes a la propia Administración. Ariño Ortiz (2003) analiza esta característica en la clasificación de una actividad comercial llevada a cabo por una empresa que pertenecía en parte al Estado español: CAMPSA, Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos Sociedad Anónima. En este caso, algunas sentencias del Tribunal Supremo de España establecieron que la actividad de esta empresa, que detentaba el monopolio de la distribución de gasolina, era un servicio público y que las concesiones de gasolineras eran asimismo concesiones de servicio público, no obstante que parte importante de sus finalidades era recaudar recursos para la caja fiscal. Al respecto, el tribunal tuvo en consideración que la empresa, además del interés fiscal, cumplía también y de modo predominante una misión de prestaciones de servicios a los particulares²³.

A las características señaladas por Ariño Ortiz (2003), deben agregarse tres elementos que refuerzan el cambio esencial de la titularidad de la soberanía en el Estado moderno, radicada en la ciudadanía, en tanto representación de los intereses colectivos de la sociedad y atingente a todos sus miembros en la definición de los quehaceres del Estado, a saber: i) la universalidad de la prestación; ii) el acceso igualitario y garantía de inclusión; y iii) la obligatoriedad de la prestación.

- **Universalidad de la prestación:** La prestación de servicios públicos debe estar orientada a toda la población, independientemente de su localización territorial u otros factores de diferenciación económica, social, política, étnica o cultural. De este modo, todos los habitantes que residen en el territorio correspondiente a la Administración tienen derecho a acceder a tales servicios, de acuerdo a las normas que los rigen.
- **Acceso igualitario y garantía de inclusión:** en la medida que es responsabilidad del Estado que la prestación sea universal y de acceso general, todas las personas tienen derecho a exigir y recibir la prestación del servicio público en igualdad de condiciones, siendo obligación del Estado garantizar que el prestador no niegue tal prestación, por la razón que sea, debiendo adoptar las medidas que sean necesarias para cautelar este derecho. La igualdad de trato que debe dárseles a las personas en la prestación de un servicio público es un corolario del principio fundamental de igualdad ante la ley y de la no exclusión. Esto no

²³ En los años ochenta CAMPSA fue absorbida por la compañía REPSOL, conservándose solo la marca hasta el 2010 cuando se decidió su desaparición. En 1986 la administración española creó REPSOL a partir del Instituto Nacional de Hidrocarburos, que es privatizado dos años más tarde. Debido a las exigencias antimonopolísticas impuestas por la Comunidad Económica Europea (actual Unión Europea), su red comercial (excluidos los aeropuertos) fue disuelta en 1992, y se distribuyeron sus activos entre las diversas petroleras que en aquel momento operaban en el mercado español: REPSOL, CEPESA y BP (British Petroleum), principalmente.

significa, sin embargo, que el desarrollo de la actividad impida establecer diversas categorías de usuarios—por ejemplo, la distinción que suele hacerse entre usuarios residenciales y comerciales en la telefonía fija o la distribución de electricidad— siempre y cuando se mantenga la igualdad de acceso y la garantía de inclusión a todos los que están en la misma condición.

- **Obligatoriedad de la prestación:** en la medida que el prestador no puede negar el acceso a la prestación del servicio, se genera la obligatoriedad de la misma cuando este es solicitado. La negativa a la prestación del servicio debe considerarse una falta gravísima que desvirtúa el principio del servicio público, debiéndose sancionar en consecuencia.

V. Distinción entre función pública y servicio público

En el derecho administrativo francés, que constituyó la base de la construcción doctrinaria del servicio público, el concepto de servicio público, propiamente tal, es extensivo y amplio, y se refiere a toda actividad que la Administración ejecuta para satisfacer de una forma positiva un interés o necesidad pública sin mayor distinción (defensa, ferrocarriles, sanidad, entre otras). Al decir de Ariño Ortiz (2003), esto implica que en la conceptualización doctrinaria francesa se tiende a equiparar tanto la actividad jurídica como la social emprendida por el Estado. Por lo tanto, y de esta forma, el régimen de los servicios públicos construido en Francia y difundido en los países latinos termina siendo identificado con el derecho administrativo, dado que servicio público es todo aquello que gestiona la Administración (Ariño Ortiz, 2003).

Una importante modificación a la doctrina francesa fue introducida por algunos juristas que han desarrollado las doctrinas italiana y española, que hicieron una distinción tajante entre servicio público y función pública. Empero, según algunos autores, el origen de esta distinción se remontaría al Antiguo Régimen donde ciertas potestades, conocidas como "regalías mayores" —o potestades que no podían transferirse a los particulares—, pasaron a ser denominadas "funciones públicas" por la doctrina italiana del derecho administrativo²⁴. En todo caso, en España fue García Trejivano (1971) el que adoptó esta distinción en esta rama del derecho (Ariño Ortiz, 2003; Fernández 2003), que posteriormente se difundió en los países latinoamericanos.

El planteamiento doctrinario propuesto por los teóricos italianos y españoles establece cuatro diferencias principales entre los conceptos de función pública y de servicio público, que se refieren a la naturaleza de los fines perseguidos por el Estado al emprenderse determinadas iniciativas, a la titularidad de estas iniciativas, a los mecanismos normativos a través de los cuales se ejercen unos y otros, y al carácter del vínculo que se configura entre el prestador del servicio (o responsable de la función pública) y los beneficiarios de los mismos.

²⁴ Fernández (2003) plantea que esta denominación no habría sido originaria de la doctrina italiana, sino que habría sido una creación de la doctrina alemana.

En relación con el primer aspecto, la doctrina italiana afirma que la actividad definida como “función pública” se desarrolla en la consecución de los fines esenciales del Estado, en su actividad propiamente soberana. En cambio, el “servicio público” es aquella actividad del Estado, que directa o indirectamente estaría encaminada a la consecución de fines de bienestar económico y social, cuya naturaleza no se correspondería con el *ethos* del Estado. De esto se deduce, explica García Trejivano (1971), que el concepto de “función pública” queda circunscrito a la actividad que en el siglo XIX ya era institucionalmente propia del Estado y que se manifiesta por medio de la normativa jurídica.

Dicho de otra forma, dado que el Estado fue creado para cumplir determinados fines, estos se acometen como función pública. En la doctrina italiana, esta función se ejerce a través de normas establecidas en el sistema jurídico y se refiere a actividades específicas que se relacionan con el proceso legislativo, la administración de justicia, la administración del aparato del Estado, la defensa del territorio nacional, el ejercicio de la función policial, la administración fiscal y tributaria, y la certificación, entre otras de similar naturaleza. En esta misma doctrina, el servicio público se manifiesta, a su vez, a través de una actuación social de prestación positiva, cuya titularidad estuvo originariamente en manos de agentes económicos privados, no obstante que debió ser asumida por el Estado cuando esa actividad se hizo indispensable para la vida social y los agentes económicos privados no fueron capaces de desarrollarla plenamente, sea por falta de capital o por problemas de acceso a fuentes de financiamiento, sea por no disponer de la capacidad gerencial o de conocimiento técnico, como ocurrió en muchos países de América Latina, en los que la mayoría de los servicios públicos emergió tras una decidida intervención del Estado.

Cabe preguntarse, sin embargo, por qué los fines de bienestar económico y social no pueden ser considerados fines del Estado, o más específicamente, cuáles son los fundamentos en los que los juristas italianos y españoles han basado su rechazo a tal caracterización, no obstante reconocer que estos fines pueden ser indispensables para la calidad de vida de las personas, aunque no sean —en su concepto— esenciales al ser del Estado.

Esta diferenciación en la naturaleza de los fines de la función pública y el servicio público, realizada por los juristas italianos y españoles, es clave al permitirles deducir la distinción relativa a la titularidad de las actividades en ejecución. En aquellas que son definidas como inherentes al quehacer estatal (“de la esencia del Estado”) su titularidad corresponde al Estado, como resultado del hecho que la función pública no es delegable porque implica ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Al revés, el servicio público es, en sentido estricto, actividad social, económica y técnica, y no supone el ejercicio de poderes soberanos, de modo que se ejerce a través de prestaciones de tipo técnico, las que sí serían delegables porque no implican ejercicio inherente a los poderes públicos (Ariño Ortiz 2003; Fernández 2003).

Esta diferencia específica entre función pública y servicio público es muy útil para los impulsores de la doctrina italiana, en tanto les permite establecer las distintas consecuencias jurídicas que conllevan ambos conceptos. Esta distinción fue incorporada en la doctrina española del derecho administrativo y del derecho público económico²⁵.

En la doctrina italiana, el hecho que la función pública se ejerza a través de normas establecidas en el sistema jurídico propias del derecho administrativo y que el servicio público se regule mediante normas del derecho privado —actuación social de prestación positiva— constituye una tercera diferencia esencial entre ambos conceptos que se puede postular en el contexto doctrinario mencionado, en la medida que los marcos legales que los contienen y regulan serían distintos. Por lo tanto, la responsabilidad y obligaciones que se generan en el ejercicio de cada actividad serían distintas según sea su clasificación como función pública o servicio público.

Esta diferencia en la naturaleza de los fines y en la titularidad de las actividades emprendidas por el Estado ha dado lugar a que algunos autores —por ejemplo, Fernández (2003)— señalen que la

²⁵ En un próximo documento, los autores abordarán estas distintas consecuencias jurídicas que conllevan las categorías de función pública y servicio público.

característica principal de los servicios públicos en la doctrina italiana y española radica en asignarles una condición innecesaria para los fines esenciales del Estado, pero que son igualmente útiles para su quehacer en el contexto del desarrollo del país, en especial de la Nación, lo que sería diametralmente opuesto en las actividades definidas como función pública, sin las cuales el Estado no podría existir.

Un ordenamiento normativo y doctrinario muy distinto es el establecido en la doctrina francesa, según la cual el servicio público se identifica con el interés general, pues el Estado está al servicio de los ciudadanos (Montaña, 2005). En el derecho francés no existe esta distinción pues la actividad administrativa es un servicio público, al igual que cualquier otra actividad estatal que tenga por misión avanzar el interés general y que se encuentre, en consecuencia, sometida al derecho administrativo. No obstante, en la legislación francesa se reconocen los servicios públicos de naturaleza industrial y comercial —esto es, los servicios de infraestructura económica consistentes en la provisión de agua, gas, electricidad, telefonía y transporte— en contraposición a los servicios públicos administrativos, pero ambas categorías conservan su definición de servicio público.

La doctrina española ha introducido otros elementos de diferenciación entre los conceptos de función pública y servicio público, y que se refieren al vínculo que se configura entre el prestador del servicio (o responsable de la función pública) y los beneficiarios de los mismos, y a los mecanismos de financiamiento de cada actividad. Para los autores que han construido esta doctrina, el servicio público no es impuesto como la función pública, sino ofertado²⁶; es decir, el servicio público no es una actividad coactivamente impuesta, a diferencia de la función pública. Esta supone normalmente *régimen autoritario* y se ejerce a través de actos jurídicos: sentencias, certificaciones, órdenes, autorizaciones de policía, entre otras (Ariño Ortiz, 2003).

Por otra parte, en la doctrina española se destaca como factor de diferenciación los mecanismos de financiación de las actividades respectivas, señalándose que la función pública es financiada con cargo al presupuesto público, vía tasas impositivas, en tanto las actividades de servicio público son financiadas a través de precios o tarifas, que pueden ser fijadas administrativamente en el caso de los monopolios. Esta última sería ejercida solo por funcionarios, a diferencia del servicio público, que puede ser ejercida por gestores privados. (Ariño Ortiz, 2003).

A partir de la introducción del concepto de función pública, Ariño Ortiz (2003) avanza una definición más acotada de servicio público, cual es la “*actividad del Estado, directa o indirecta, encaminada a la consecución de fines de bienestar, que sin ser esenciales al ser del Estado, son indispensables para la vida social en un momento dado*”.

En definitiva, en la doctrina italiana y española el concepto de “función pública” se desarrolla en la consecución de los fines esenciales del Estado. Por lo tanto, la actividad definida como función pública es institucionalmente propia del Estado y se manifiesta principalmente mediante la normativa jurídica, siendo sus principales objetos la actividad legislativa, judicial, administrativa de defensa, policial, fiscal y tributaria, certificante, entre otras. De esta definición se deduce que su titularidad es del Estado —lo que implica que es normada por el derecho administrativo o público— por lo que se ejerce a través de actos jurídicos. En este marco doctrinario, la función pública no es delegable porque implica ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

A la vez, en la doctrina italiana y española el servicio público sería, en sentido estricto, actividad social que no supone ejercicio de poderes soberanos y que se ejerce a través de prestaciones de tipo técnico. A diferencia de las funciones públicas, los servicios públicos sí serían delegables porque no implican ejercicio inherente a los poderes públicos. Asimismo, el servicio público no es impuesto coercitivamente, sino ofertado por el prestador. De esta manera, el concepto de servicio público que se deriva de las doctrinas italiana y española se refiere a una actividad del Estado, prestada directa o

²⁶ “Cuando se dice que (el servicio público) no supone ejercicio de poderes soberanos, no quiere decir que la Administración no tenga privilegios, potestades, poderes de imperio, tanto sobre el concesionario como sobre los terceros; lo que se quiere decir es que esa actividad no se impone al particular, sino que *se le ofrece*: este usa o no el ferrocarril, acude o no a los servicios de transportes regulares, utiliza o no el teléfono”. Ariño Ortiz, 2003.

indirectamente, y encaminada a la consecución de fines de bienestar que pueden ser indispensables para la vida social, pero no esenciales al ser del Estado.

En nuestro concepto resulta equivocado sostener, en nuestros tiempos, que las actividades sociales que realiza el Estado puedan no ser consideradas como necesarias para su existencia; y que solo sus actividades asociadas a su *imperium* sí lo sean. Nadie puede dudar que la función pública sea una condición necesaria para la existencia política y legal de un Estado, pero soslayar las actividades sociales, económicas o técnicas a actividades casi de asistencialismo, reflejan una concepción del Estado muy alejado de sus mandantes, los ciudadanos.

La idea de un Estado que puede desvestirse de estas funciones, para quedar su esencia representada por las funciones públicas, tiene efectos muy semejantes a los propuestos por el ideario liberal de Robert Nozick sobre el Estado mínimo, el que tan solo presta funciones de protección en contra de fraudes, fuerza, y cumplimiento de contratos (Wood, 1978), claramente insuficientes para la construcción de una sociedad basada en los valores y principios que sustentaron al Estado moderno luego de la Revolución Francesa.

VI. Servicio público y gestión económica

En las décadas de 1930 y 1940 se generalizó en numerosos países de Europa y América Latina la emergencia de empresas públicas productoras de bienes y servicios en diversas áreas de la economía, muy especialmente en aquellas que requerían de grandes inversiones para su desarrollo y cuyo retorno podía demorar más tiempo del estimado por los empresarios privados para recuperar la inversión emprendida.

En la mayoría de los casos, la creación de empresas estatales o, en su defecto, la toma de control de empresas privadas por un ente estatal, fueron justificadas por finalidades de interés público o de utilidad general, tales como la promoción del empleo, el desarrollo regional, la seguridad de abastecimiento, la promoción de la investigación, la ruptura de situaciones monopólicas y la sustitución de importaciones (Ariño Ortiz, 2003). Estas finalidades expresaron el fortalecimiento y consolidación de una nueva modalidad de intervención administrativa —puesto en los términos del derecho público económico— que afecta tanto a los servicios públicos como a otras actividades económicas que fueron definidas de importancia estratégica para el desarrollo de los países.

A. Empresas públicas y nuevas formas de intervención administrativa

El trasfondo de las políticas orientadas a incrementar la actividad empresarial del Estado, en Europa, lo constituyeron la declinación de las doctrinas liberales del siglo XIX y, muy especialmente, la destrucción de los sistemas productivos ocasionada por la Primera Guerra Mundial y la crisis internacional de fines de la década de 1920, incluyendo la denominada Gran Depresión (1929-1933). Todos estos factores —que fueron acompañados por la relevancia alcanzada por el pensamiento keynesiano en la teoría económica y el papel fundamental que este asigna al gasto público en la reactivación de la demanda agregada y, por esta vía, en la superación de la crisis detonada en 1929— hicieron posible el resurgimiento del Estado como agente de promoción económica o productor en diversas industrias de bienes y servicios²⁷.

²⁷ Para algunos autores, la teoría keynesiana es una teoría del ingreso, debido a que la distribución de este último determina en gran medida el nivel de empleo. En tanto Keynes entiende que una distribución determinada del ingreso y de la demanda son

Un factor adicional que estimuló en los países europeos la mayor participación del Estado en la propiedad de empresas mineras y manufactureras fue el desarrollo de la industria militar al amparo de las confrontaciones bélicas que se suscitaron en la primera mitad del siglo XX. De hecho, la industria de armamentos ocupó una posición destacada en los ciclos económicos de 1907-1913 y 1913-1921 (junto a la industria siderúrgica y de construcción naval) en Alemania y el Reino Unido. Asimismo, la industria de armamentos sostuvo una buena parte de la actividad económica de las principales economías de Europa en los ciclos de 1929-1937, 1937-1949 y 1949-1953, junto a la industria siderúrgica y de construcción naval, no obstante la creciente mayor importancia de la industria automotriz, electrónica, química y de productos eléctricos de 1950 en adelante.

Un ejemplo de la incidencia de los objetivos militares en la mayor participación del Estado en la actividad productiva de los países europeos lo constituye el desarrollo del denominado Reichswerke Hermann Goering, un grupo empresarial minero-industrial de naturaleza estatal surgido en Alemania antes de la Segunda Guerra Mundial. El conglomerado de empresas estatales fue organizado en julio de 1937 para extraer y procesar minerales de hierro nacionales de la zona de Salzgitter que se consideraban poco rentable por las siderúrgicas privadas²⁸. El Reichswerke estatal fue visto como un vehículo de acelerar el crecimiento en la extracción de mineral y la producción de acero, y sustituir las importaciones que representaban el 80 por ciento del consumo interno (Mandel, 1961). En noviembre de 1937, uno de los principales dirigentes del régimen hitleriano, Hermann Goering, puso en marcha una cadena de fusiones y de diversificación en industrias militares, lo que indujo la absorción de Rheinmetall y la creación de un conglomerado minero-industrial integrado verticalmente de propiedad estatal. Posteriormente, la empresa matriz del grupo, Reichswerke, absorbió la industria pesada de Austria, incluyendo las empresas que pertenecían a inversionistas alemanes, lo que significó que el grupo de fábricas de acero y empresas de apoyo en Linz se convirtiera en su activo más importante. Después de la ocupación alemana de Checoslovaquia el grupo Reichswerke absorbió entre el 50 y el 60 por ciento de la industria pesada checa. El patrón se repitió en la ocupación de Polonia, Francia y la Unión Soviética. El grupo Reichswerke operaba los activos capturados desde Liepāja en Letonia como de Donetsk en el este de Ucrania. Reichswerke aportó una octava parte de la producción de acero alemán durante la Segunda Guerra Mundial y creó un complejo militar estatal que era independiente de los intereses privados (Overy, 1995). A finales de 1941, el conglomerado Reichswerke se convirtió en la empresa más grande en Europa, y probablemente en todo el mundo, con un capital de 2,4 mil millones de marcos y alrededor de medio millón de trabajadores (Neumann, 2000).

Asimismo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, varios de los Estados europeos promovieron activamente políticas industriales que impulsaron y concretaron la nacionalización de industrias de manufacturas que se encontraban en manos privadas. La nacionalización de las industrias carboníferas del Reino Unido y de Francia, así como de la industria eléctrica en ambos países son un primer ejemplo de las políticas impulsadas. También ha de considerarse la nacionalización del petróleo y de las minas de hierro en Italia, y del petróleo y de la electricidad en Austria. Esto implicó que la mayor presencia del Estado en la estructura productiva no estuvo asociada solamente al interés del Estado por proveerse de ciertos bienes y servicios (como fue el caso de Alemania) o al objetivo de suplir la oferta que no podía ser satisfecha por la empresa privada (como fue el caso de Francia en lo que respecta a la industria automotriz), sino también obedeció a la nacionalización de unidades de producción que los gobiernos europeos impulsaron para hacer frente a las debilidades y problemas del desarrollo de algunas actividades que estaban en manos de empresas privadas, cuyas carencias afectaban la productividad de los demás sectores económicos.

indispensables para alcanzar el pleno empleo, propone que los gastos públicos suplan la caída de la inversión privada cuando disminuye el ingreso y se genera desempleo masivo. Gracias al efecto del multiplicador, el gasto público aumenta el ingreso nacional en un monto más alto que la cantidad gastada. Se elabora así la teoría del déficit-spending, donde los gastos públicos permiten sostener el restablecimiento económico (Mandel, 1961).

²⁸ En ese entonces, la industria siderúrgica era dominada por las empresas privadas VS, Krupp, Gutehoffnungshütte y Mannesmann. Tres cuartas partes de mineral de hierro procesado en Alemania eran importadas y las reservas nacionales del mineral en la zona de Salzgitter se consideraban de muy mala calidad (Overy, 1995).

En el caso específico de España, país que marchaba con un claro rezago respecto de otras economías de Europa y que fue especialmente afectado por la Guerra Civil entre 1936 y 1939, la relación entre el Estado y la economía sufrió modificaciones sustantivas durante las décadas de 1930 y 1940, debido al fracaso del modelo empleado hasta entonces —que se había basado en el principio del “concesionario interpuesto” según el vocablo usado por Ariño Ortiz (2003)— y a la destrucción de la estructura productiva que ocasionó la Guerra Civil en la segunda mitad de los años treinta. Este principio del “concesionario interpuesto”, que rigió la modalidad de actuación administrativa durante la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, había sufrido continuas quiebras que derivaban, entre otras causas, de la reversión de ciertas concesiones por el transcurso del tiempo, y de la caducidad o el rescate, por imposibilidad de cumplimiento, en el que incurrieron muchas concesiones que resultaban inviables, siendo el caso de los ferrocarriles uno de los más destacados (Ariño Ortiz, 2003).

Asimismo, se produjo en este país la iniciación de nuevas actividades de carácter técnico y empresarial que el Estado asumió desde el comienzo del siglo XX y que fueron prestadas directamente. Al respecto, algunos analistas han destacado el cambio de sentido de la acción del Estado que se produjo en España poco antes del comienzo de la Primera Guerra Mundial y el movimiento de personificación de servicios que surge en ese momento para hacer frente a las nuevas necesidades del país. El cambio de sentido de la legislación española —en buena parte como consecuencia de la crisis que la Primera Guerra Mundial provocó en diversas actividades económicas (escasez de materias primas, en especial trigo, carbón, energía, etc.)— dio lugar a un sistema de intervenciones del Estado encadenadas sobre su producción, distribución y transporte. Como lo señala conclusivamente Ariño Ortiz (2003), el hecho fue que a partir de la década de 1920 muchas de las prestaciones a través de concesionario fueron asumidas directamente por el Estado.

En América Latina, las principales economías de la región siguieron un camino similar al establecido en las economías europeas en lo que se refiere al incremento de la participación del Estado en la actividad económica y a su intervención directa en la creación de valor, no obstante que las razones que impulsaron tal proceso fueron distintas en cada región. En América Latina la consolidación del papel empresarial del Estado tiende a estar más asociada a las modificaciones estructurales que los países debieron adoptar en virtud del deterioro de los mecanismos de articulación de la región con la economía mundial y la consecuente crisis del sector exportador. En cambio, los factores que impulsan este proceso en Europa —según lo visto en los párrafos precedentes— tiende a relacionarse más con la declinación de las doctrinas liberales, la destrucción de los sistemas productivos ocasionados por los conflictos bélicos y el desarrollo de la industria militar.

Para Celso Furtado (1969) —uno de los economistas latinoamericanos más prestigiados de la segunda mitad del siglo XX—, el principal detonante del proceso que derivó en la redefinición del papel del Estado en la actividad económica lo constituyó la crisis de 1929, que provocó tanto un brusco colapso de la capacidad para importar como la contracción del sector exportador (que se sumó a una fuerte caída de su rentabilidad), además de la obstrucción de los canales de financiamiento internacional. Estos tres factores, según Furtado (1969), modificaron significativamente la evolución de las economías de América Latina, en especial aquellas que habían iniciado su industrialización en las primeras dos décadas del siglo.

Cabe subrayar que el impacto de la crisis de 1929 sobre las economías latinoamericanas es, sin embargo, diferenciado, al punto que sus alcances dependen del grado de diversificación que había alcanzado previamente la economía de cada país y de los niveles de industrialización logrados al amparo del sector exportador. Esto implica que no solamente el proceso de sustitución de importaciones adquiere rasgos específicos en cada espacio nacional, sino también, la definición del papel a desempeñar por el Estado en la reorganización de las estructuras económicas, especialmente en las décadas de 1930 y 1940. Al respecto, Furtado (1969) sostuvo que la crisis de las actividades relacionadas con el comercio exterior de cada país dieron lugar a dos tipos de reacción, presentes con mayor o menor intensidad en cada país según fuese la diversificación previa de los sistemas productivos y del nivel de industrialización: a) retorno de factores productivos al sector precapitalista (agricultura de subsistencia y artesanía) en un proceso de atrofia de la economía monetaria; b)

expansión del sector industrial ligado al mercado interno, en un esfuerzo total o parcial de producir los bienes que antes eran adquiridos en el exterior.

En aquellos países que ya poseían un núcleo significativo de industrias de bienes de consumo corriente, tales como Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México, tiende a disminuir significativamente el coeficiente de importaciones y a aumentar el coeficiente de industrialización, especialmente en el período 1929-1937, lo que permite que se afiance y consolide el proceso de industrialización sustitutiva (Furtado, 1969). En este grupo de países, no obstante las diferencias que muestra el proceso debido a aspectos específicos de cada país, el aumento de la producción manufacturera de bienes de consumo, que se dio al iniciarse el proceso de industrialización sustitutiva, se tradujo en un aumento de la demanda de productos intermedios, equipos y maquinarias en general.

Es en relación con esta expansión del sector industrial que el Estado empieza a jugar un papel clave como proveedor de servicios de infraestructura y de productos industriales básicos²⁹. Así, por ejemplo, en Argentina, el Gobierno hizo un esfuerzo considerable durante los años treinta para preservar el crédito externo —lo que exigía una política de cierta contención interna— y trató de sustituir importaciones en el sector agrícola (algodón y otras materias primas del agro), así como orientar la industrialización por el sendero de la producción de bienes de consumo no durables. En México, la participación del Estado tuvo un carácter más acentuado, lo que se refleja en la nacionalización de la industria petrolera que el Gobierno realizó en los años treinta y en la creación de la Comisión Federal de Electrificación, así como de la Nacional Financiera —un banco de fomento del desarrollo económico— y del Banco Central. Por otra parte, el Gobierno de Brasil se preocupó en el mismo período de unificar el mercado nacional eliminando las barreras que aún sobrevivían entre los estados, creó la Companhia Siderúrgica Nacional —a la que correspondió la instalación de la Usina de Volta Redonda— y promovió el entrenamiento de mano de obra industrial en escala nacional, entre otras medidas. Asimismo, el gobierno de Vargas en este país, no obstante la derrota de la contrarrevolución inspirada por los grupos conservadores en 1932, lleva adelante una política de compromiso con los grupos cafetaleros, cuya producción fue adquirida con el propósito de su mayoritaria destrucción (Furtado, 1969).

En Chile, la mayor debilidad de su estructura industrial inicial —fuertemente asociada a la actividad exportadora— demandó una acción estatal más radical para compensar la contracción de su capacidad importadora, respecto de las demás economías latinoamericanas que pretendieron profundizar su desarrollo industrial. Esto se tradujo en la creación de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), institución que desarrolló la infraestructura eléctrica mediante la elaboración y ejecución de un programa de electrificación del país que operó a través de la Empresa Nacional de Electricidad (ENDESA), además de impulsar la segunda fase de la industrialización chilena mediante la creación de empresas en áreas tan diversas como la producción y refinación del petróleo (Empresa Nacional del Petróleo, ENAP), refinación de minerales (Empresa Nacional de Minería, ENAMI), siderurgia (Huachipato), la producción de azúcar de beterraga (Industria de Azúcar Sociedad Anónima, IANSA) y la producción de papel y derivados (Celulosa Arauco y Celulosa Constitución), entre otras actividades industriales.

Theotonio dos Santos (1970) aportó un nuevo elemento al análisis del proceso de desarrollo de empresas estatales en la región latinoamericana, en el marco de lo que él denominó “capitalismo de estado”. En su percepción, al Estado le cupo un papel decisivo en el desarrollo de América Latina entre 1930 y 1970, tanto en lo que se refiere a las políticas como a su acción directa en el sector productivo. Esta dice relación con las inversiones que los países hicieron tanto en infraestructura —en las áreas de

²⁹ Según Furtado (1969), la industria siderúrgica es una de las ramas de la industria de manufacturas que alcanza un notorio desarrollo en los países latinoamericanos por la acción directa o indirecta del Estado a partir de la década de 1940. “...Sin embargo, será en los años cuarenta que se darán los pasos definitivos para la instalación de una moderna siderurgia en la región. Así, en México, un segundo alto horno, de 600 toneladas diarias, fue instalado en 1942 por la empresa que ya operaba en Monterrey. En 1944 se instala la segunda usina integrada de México, en Monclova, especializada en productos planos, y en 1946 surge en ese país la empresa Hojalata y Láminas, que se daría a conocer posteriormente por las iniciativas innovadoras que tendrá en el terreno tecnológico (...). En 1946, comienza a operar en Brasil la usina de Volta Redonda, unidad integrada con un alto horno de 1000 toneladas diarias y laminadoras de perfiles y planos. En 1950, entra en funcionamiento en Chile la usina integrada de Huachipato, con un alto horno cuya capacidad sería elevada a 800 toneladas diarias. En Colombia, la usina de Paz del Río comienza a operar en 1954; la de Chimbote en Perú en 1958; la de San Nicolás en Argentina en 1960, y la de Orinoco en Venezuela en 1962”. (Furtado, 1969).

energía, transporte y comunicaciones— como en la industria siderúrgica y petroquímica, que hicieron posible la generación de insumos baratos para los demás sectores. La participación del Estado en ambos grupos de actividades habría determinado que se constituyera en uno de los más importantes productores y compradores de los países latinoamericanos —de modo análogo al proceso que también es observable en los países de mayor desarrollo relativo—.

Cabe preguntarse, como lo hizo Furtado (1969), cómo habría sido el desarrollo de América Latina si acaso los gobiernos de los países de la región hubieran adelantado en treinta años la participación del Estado en la economía, asumiendo el papel emprendedor y productor que desarrolló a partir de la década de 1940 a través de numerosas empresas que operaban servicios de infraestructura y actividades industriales básicas, y que permitieron el desarrollo de diversas cadenas productivas. La respuesta fue entregada por los sociólogos Fernando Henrique Cardoso y Enzo Faletto (1969), quienes señalaron que la industrialización de América Latina no fue el resultado del ascenso, paulatino o revolucionario, de una burguesía industrial típica, sino más bien, el fruto de una política de acuerdos suscrita entre diversos sectores, cuyo problema esencial consistía en hacer compatibles los requisitos de un modelo de desarrollo que contemplara tanto la creación de una base económica de sustentación de los grupos sociales emergentes (que pasaron a compartir el poder en la fase de la transición) como las oportunidades de inserción económico-social a los grupos populares numéricamente importantes, y cuya presencia en las ciudades podía alterar el sistema de dominación.

En consecuencia, las distintas formas de industrialización y de participación del Estado en la actividad económica, analizadas por Furtado (1969) y en diversos documentos de la CEPAL³⁰, responden —dentro del mismo esquema de transición de una economía primario exportadora a economías más urbanas e industriales— tanto a las particularidades de los acuerdos alcanzados en los diversos países por las fuerzas sociales que hicieron posible la industrialización y el desarrollo de las empresas de servicios de infraestructura, como a los esquemas de organización y control del poder singulares en cada país (Cardoso y Faletto, 1969)³¹. Para ambos autores, los factores condicionantes de esa diferenciación se relacionan a los modos de formación de las economías y sociedades nacionales, en las que las funciones del Estado y las características de los grupos empresariales asumieron rasgos diferentes, según que la situación de origen fuera o no de enclave.

Por lo tanto, la redefinición del papel del Estado en la actividad económica y el desarrollo que se produce en la mayoría de los países de la región —en especial, en lo que se refiere a la creación de empresas públicas industriales y de servicios de infraestructura— se inscribe en un marco de transformación de las relaciones de clase y de poder político de las sociedades nacionales. Puesto en otros términos, la redefinición del papel del Estado en la economía no era factible —siquiera posible de plantear— en un contexto social y político que no hubiera contemplado las demandas de los grupos sociales de significativa reciente emergencia.

Es por esta razón que, para Cardoso y Faletto (1969), el rasgo distintivo de la transición de las economías primario exportadoras a aquellas sustentadas en el desarrollo hacia dentro pueda ser definido —en lo referente a las relaciones entre los clases y los grupos sociales— por la presencia cada vez más

³⁰ Ver, por ejemplo, “El proceso de industrialización de América Latina”, 1966; “La industria textil en América Latina” (1968), “La industria química latinoamericana en 1962-64”, 1966; “La industria petroquímica en América Latina” (1966), “Las economías de escala en plantas siderúrgicas”, 1967; “Las máquinas-herramienta en Brasil”, 1966; y “Las máquinas-herramienta en Argentina”, 1966.

³¹ “La crisis de 1929 tuvo amplias repercusiones políticas en la mayoría de los países latinoamericanos, causando en muchos de ellos levantamientos militares y sublevaciones populares. Sin embargo, el significado de esos movimientos políticos no siempre fue el mismo. Así, en Argentina el Poder Ejecutivo estaba, desde la elección de 1916, en manos de la Unión Cívica radical, partido esencialmente representativo de las clases medias, principalmente urbanas; la crisis de 1929, al crear las condiciones para el levantamiento militar de 1930, abrió el camino a la restauración en el poder de los grupos conservadores en que se reunían los intereses ligados a los exportadores, a las especulaciones de tierra y a la actividad pecuaria. En Brasil ocurrió un proceso distinto: la Revolución de 1930, más bien una sublevación popular que un levantamiento militar, permitió que se desplazase del poder a la oligarquía cafetalera, bajo la presión de grupos periféricos del nordeste y del extremo sur (Vargas era gobernador del estado de Rio Grande do Sul). La menor influencia de las clases medias urbanas hizo que el desplazamiento de la oligarquía se orientase menos hacia la democracia formal, como fuera el caso en Argentina bajo el dominio de la Unión Cívica Radical, y más hacia un *autoritarismo esclarecido*”. (Furtado, 1969).

importante y la participación creciente de las clases medias urbanas y de las burguesías industriales y comerciales en el sistema de dominación, habida cuenta de las especificidades de este proceso en cada país. Esta circunstancia implicó, en la percepción de dos Santos (1970), que la burocracia estatal, sea civil o militar, pasara a ocupar una posición clave en el proceso de desarrollo y en las opciones que los países disponen para hacer frente a los desafíos que deben resolver, lo cual la transforma en un elemento necesario para cualquier grupo de interés que desee establecer una coalición social y política que ofrezca garantías de gobernabilidad al resto de la sociedad.

Este trasfondo social y político de la industrialización sustitutiva y de la creación de grandes empresas del Estado prestadoras de servicios de infraestructura y de productos industriales otorga, por cierto, una identidad ciudadana al funcionamiento de estas empresas como expresión de la apropiación del Estado por parte de las alianzas sociales y políticas que se fueron configurando para hacer frente a la crisis del modelo primario exportador y del Estado oligárquico en los distintos países de América Latina, dándole entonces un cariz específico a la participación del Estado en la producción de bienes y prestación de servicios.

Para Cardoso y Faletto (1969), la expresión económica de esta situación se manifestó a través de las políticas de consolidación del mercado interno y de industrialización. El curso concreto de esas políticas asumió, sin embargo, caminos diferenciados. En ciertos casos —en los países con economías exportadoras controladas por grupos nacionales que lograron formar un sector industrial importante antes de la crisis del comercio exterior— la relación Estado-economía asume un carácter más bien liberal, es decir, asentados sobre la empresa privada. En cambio, en aquellos países donde la situación originaria correspondía más a la de enclave, el peso de la acción estatal fue considerablemente mayor, expresando en gran medida cómo los grupos no directamente vinculados al sistema exportador-importador trataron de crear su base económica urbano-industrial.

En el marco de la hipótesis planteada por Cardoso y Faletto (1969), la manipulación del aparato estatal pudo ser, en ciertos países, el instrumento de formación de una clase industrial, la que compartiría las funciones empresariales con los entes fiscales. Con todo, sin embargo, hay que subrayar —como lo hacen los autores citados— que esta diferenciación no fue excluyente. Es decir, ni faltó la participación de los sectores privados en las economías con mayor participación estatal, ni el sector público estuvo ausente en la etapa inicial de la industrialización, aun en los países de rasgos más liberales. Por el contrario, concluyen Cardoso y Faletto (1969), la expansión del sector privado de la economía y, consecuentemente, el robustecimiento de la burguesía industrial y la creación de áreas nuevas de inversión —concentradas alrededor de la industria básica y de las obras de infraestructura— muestran una acentuada participación estatal.

Durante este proceso aumenta el papel del Estado y cambia su carácter. En efecto, si en la etapa precedente, el Estado —que expresaba fundamentalmente los intereses exportadores y terratenientes— actuaba como mediador de la política de financiamiento de inversiones extranjeras, en la fase iniciada en la década de 1930, los grupos sociales y políticos que controlan el Estado toman las medidas necesarias para la “defensa arancelaria” del mercado, transfieren rentas del sector exportador hacia el sector interno y crean los núcleos fundamentales de infraestructura para apoyar la industrialización sustitutiva de importaciones. En definitiva, el origen de las empresas públicas en América Latina tiene un carácter claramente distinto al de las empresas europeas que fueron impulsadas en las mismas décadas.

De todos modos, los diversos procesos descritos impulsaron la emergencia de nuevas formas de actuación administrativa en el Estado moderno que se caracterizan por la prestación directa de servicios a cargo de un ente estatal y el protagonismo del Estado en la producción de bienes.

El vigoroso desarrollo de empresas de propiedad estatal en diversos sectores productivos de las economías europeas y latinoamericanas —principalmente en la industria de manufacturas, la explotación de recursos naturales y la producción de servicios— introdujo una fuerte polémica en la doctrina del derecho administrativo en torno a la necesidad de ampliar el concepto de servicio público, hasta entonces acotado a las actividades de servicios de infraestructura económica. Algunos autores se pronunciaron a favor de incluir en este concepto dichas actuaciones debido a que sus finalidades eran de carácter público, del mismo modo que los servicios que se prestan a partir de la explotación de la infraestructura

económica. Otros autores, por el contrario, postularon que estas actividades revestían otra naturaleza aunque no tuvieran como objetivo ganar dinero, o proporcionar bienes o servicios al Estado, como había sido finalidad tradicional de las actividades productivas del Estado.

B. Los servicios públicos comerciales e industriales en la doctrina francesa

La irrupción en Francia de empresas estatales productoras de bienes y servicios significó importantes cambios en la doctrina jurídica francesa de los servicios públicos, a través de los cuales sus impulsores procuraron dar cuenta de la nueva realidad. Estos cambios dieron lugar al reconocimiento de diversas categorías de servicios públicos en función del objeto de las actividades emprendidas y de la naturaleza de los servicios prestados, lo que tiene incidencia en el régimen jurídico que las norma y regula en cada caso. De acuerdo con ello, en el derecho francés existe actualmente una clara distinción entre los servicios públicos de carácter administrativo y los servicios públicos de carácter industrial y comercial. Cabe subrayar que estos últimos, no obstante tratarse de servicios de gestión económica —esto es, asociados a la producción de bienes y servicios por empresas estatales—, en la legislación francesa siguen siendo considerados servicios públicos (Braconnier, 2003), lo que no ocurre en la doctrina española y en buena parte de la legislación latinoamericana.

El origen del concepto de **servicio público de carácter industrial y comercial** en la doctrina francesa se remonta a la sentencia “*Bac D’Eloka*”, expedida en 1921 por el Tribunal de Conflictos. En esta sentencia, el Tribunal sostuvo —siguiendo los argumentos del Procurador General ante la Corte de Casación, el Sr. Matter— que el elemento distintivo de este tipo de servicio era el carácter subsidiario de su prestación a cargo del Estado, el que asumía esta responsabilidad cuando los particulares no podían prestarlos sin que ello alterase su naturaleza privada. De este modo, se establece en esta sentencia que estas actividades debían regirse por el derecho privado (civil) y la justicia ordinaria en virtud de su naturaleza privada y no por el derecho público administrativo, aunque fuesen prestadas por el Estado.

El servicio de carácter industrial y comercial presenta características propias y específicas, como tener como objeto del servicio uno análogo al de actividad privada (Ej. compra, venta producción de bienes o servicios), que su financiamiento se encuentre en sus usuarios, y que su organización y funcionamiento sean semejantes al de una empresa privada. Ahora bien, estas tres características son esenciales, pero variables, por lo que ulteriormente define a este tipo de servicios en Francia es el criterio de sus tribunales (Braconnier, 2003).

Estos servicios contrastan con los **servicios públicos de carácter administrativo** que eran aquellos esenciales a la existencia del Estado (Braconnier, 2003). Este argumento es semejante a la categoría de “servicio público” consultada por la doctrina italiana, que se contraponía a la “función pública”.

Los cambios ocurridos en la doctrina no han sido aceptados del todo. De hecho, la línea argumental inspirada en el alegato del Procurador General ante la Corte de Casación en el caso “*Bac D’Eloka*” ha sido duramente criticada por Braconnier (2003), quien constata en esta una fuerte inspiración política liberal —no jurídica— que ampara al “Estado Gendarme” o “Estado policía”, que acota notablemente las funciones del Estado en la economía y, muy especialmente, en la prestación de servicios y en el ámbito regulatorio. De esta manera, para una corriente importante de los doctrinarios franceses, la línea argumental construida por Matter constituyó el inicio del “desmantelamiento” del concepto original de servicio público, inspirado por Duguit (Braconnier, 2003; Fernández, 2003).

La diferenciación entre servicios públicos administrativos y servicios de carácter industrial y comercial presente en la doctrina francesa, produce efectos particulares, en cuanto en ambos casos son prestados por el Estado, con lo que el régimen administrativo se aplica en ambos tipos de servicios públicos. Lo que los diferencia es el régimen privado que se impone al ejercicio del objeto, que es privado conforme la jurisprudencia francesa.

C. Los servicios prestados por las empresas públicas en la doctrina española

La doctrina española no tiene una posición unívoca sobre los servicios prestados por empresas públicas y, de hecho, ha existido un intenso debate entre los juristas que optaron por mantener los criterios definidos en la doctrina francesa y quienes se manifestaron a favor de su revisión, que propusieron incluso nuevas categorías jurídicas. Así, por ejemplo, especialistas tales como Garrido Falla sostuvieron que el concepto de servicio público debía extenderse con el propósito de abarcar e incluir las actividades industriales emprendidas por el Estado, en tanto otros —por ejemplo, Villar Palasí— optaron por defender la necesidad de acuñar una nueva categoría jurídica que denominaron “gestión económica” para referirse a dichas actividades³².

El origen del desacuerdo entre los juristas españoles se relaciona con la naturaleza de los fines de los servicios prestados por las empresas estatales, que no son puramente mercantiles o financieros, sino principalmente de interés público o de utilidad general, como pueden ser la promoción del empleo, el desarrollo territorial, la seguridad de abastecimiento, la promoción de la investigación, la ruptura de situaciones monopolísticas o la sustitución de importaciones. Para los seguidores de la interpretación propuesta por Garrido Falla, la aparición de estas prestaciones definidas conforme a tales objetivos de interés público, o de utilidad general, hace necesaria la ampliación del concepto de servicio público para su inclusión en las actividades que se definen como servicio público. En cambio, para los seguidores de Villar Palasí (incluyendo a Ariño Ortiz), tales actividades revisten una naturaleza distinta a las del servicio público, aunque sus finalidades sean también de carácter público.

Aunque algunos autores hablaron de un “servicio público industrial” (como Garrido Falla) o “servicio público económico” que se gestionaba utilizando las formas y cauces del Derecho Privado —alineándose a las posiciones más reformistas de la doctrina francesa—, los seguidores de la línea interpretativa propuesta por Villar Palasí insistieron en hacer una diferenciación tajante entre los servicios públicos y los servicios prestados por empresas públicas que fueron conceptuados con el término de gestión económica. Según estos últimos, más allá del hecho que tanto los servicios públicos como la actividad empresarial del Estado persiguen fines públicos, debe tenerse en cuenta que estos son de diversa naturaleza. Al respecto, Ariño Ortiz (2003) señala que en la gestión económica no hay finalidad de servicio al público, esto es, a los ciudadanos individualmente considerados, sino una finalidad de ordenación económica, de conformación social, de servicio nacional, esto es, de promoción económico-social de la nación considerada en su conjunto.

Para demostrar esta diferencia, Ariño Ortiz (2003) sostiene que los servicios públicos cubren necesidades más apremiantes o indispensables para la vida de la sociedad y de cada individuo, si se le compara con las actividades económicas de producción de bienes. De consiguiente, las consecuencias de la interrupción que pudiera producirse en la producción de bienes son distintas respecto de la prestación del servicio público. A mayor abundamiento, en el caso del servicio público el usuario tiene “un derecho abstracto a la prestación exigible judicialmente”, derecho que el receptor de bienes no lo tiene —derecho a exigir la producción o su adquisición—.

En la misma línea, Ariño Ortiz (2003) sostiene que el servicio público supone ejercicio de potestad y un régimen de protección y prestación de derecho público, lo que no ocurre en la producción de bienes. Otra diferencia se encuentra en el régimen jurídico de las actividades productivas que es esencialmente de Derecho Privado, aunque es posible que tales actividades reciban, por la condición del sujeto, privilegios y prerrogativas especiales cuando están asumidas o gestionadas directamente por entes públicos (por ejemplo, garantías estatales, beneficio de la expropiación, exenciones arancelarias o fiscales). En cambio, la actividad del servicio público se desarrolla en régimen de Derecho Público, cualquiera que sea el sujeto que la preste. Teniendo en consideración todas estas diferencias, el autor

³² Ariño Ortiz (2003) incluye en el concepto de “gestión económica” todas las actividades de producción y de dación de bienes al mercado que el Estado asumió desde comienzos de la década de 1940 a través del fenómeno de la empresa pública concurrencial.

afirma que asimilar ambos grupos de actividades bajo un mismo concepto supone la disolución de un concepto técnico de servicio público y la equiparación de dos regímenes jurídicos muy diferentes.

A partir de la discusión planteada en torno a las actividades emprendidas por las empresas públicas y a su caracterización, Ariño Ortiz (2003) ha propuesto las siguientes “notas diferenciales” entre los conceptos de servicio público y de gestión económica:

- En las actividades productivas emprendidas por las empresas del Estado faltan la exclusividad regalista de la actividad y, por cierto, la condición de monopolio de hecho, que son propias de los servicios públicos.
- En las actividades productivas emprendidas por las empresas del Estado falta la regularidad y continuidad de la prestación (existencia de prestación al público); hay solo producción de bienes que no tiene en sí misma contacto con el público, y posteriormente una dación de bienes al mercado (el objetivo de las empresas no es la prestación y distribución de bienes al público, sino su entrega al mercado general).
- A diferencia de las actividades económicas de producción de bienes, los servicios públicos cubren necesidades más apremiantes, más indispensables para la vida de la sociedad y de cada individuo; por lo tanto, la interrupción en la producción de bienes no altera su función económica de la misma manera que en la prestación de los servicios públicos.
- En las actividades productivas, el usuario o receptor de bienes no tiene derecho alguno a exigir la producción o su adquisición; en cambio, el usuario de los servicios públicos tiene, en principio, “un derecho abstracto a la prestación exigible judicialmente”.
- El servicio público supone ejercicio de potestad y un régimen de protección y prestación de derecho público, lo que no ocurre en la producción de bienes.
- En la producción de bienes a cargo de empresas del Estado no se cobran tarifas strictu sensu (ingresos de derecho público), sino precios privados (aunque en ocasiones se trate de precios políticos).
- En la gestión económica el fundamento del régimen de derecho público no lo constituye la naturaleza de la actividad —que exige una especial protección— sino la condición del sujeto que asume la gestión económica (organismo autónomo, establecimiento intervencionista, ente público), lo que justifica un régimen especial en algunos aspectos (fiscales, laborales, financieros, comerciales).

VII. Servicios públicos asistenciales y virtuales o impropios

Existe un conjunto de servicios de interés público que en el lenguaje coloquial se les califica como servicios públicos, no obstante que la doctrina jurídica no le asigna tal calidad. Este conjunto lo constituyen los servicios denominados *asistenciales* y los servicios de interés público o servicios públicos *virtuales* o *impropios*.

En la gestión pública se requiere diferenciar claramente a los servicios definidos como públicos —conforme a las características y términos expuestos en el capítulo precedente— de estos otros servicios de interés público, debido a las diferentes implicancias y consecuencias de régimen jurídico que están asociadas a cada definición. Desde luego, esta diferenciación es de la mayor importancia práctica y dista mucho de ser materia de erudición de la ciencia política o de la teoría del derecho.

Algunos teóricos del derecho administrativo definen los servicios *asistenciales* como las prestaciones orientadas a la comunidad que tratan de satisfacer necesidades esencialmente humanas, tales como la salud, la educación, la cultura, el deporte, e incluso la beneficencia, y que no buscan satisfacer una necesidad económica objetiva (Ariño Ortiz, 2003).

De acuerdo con esta definición, el elemento diferenciador radicaría en la no contribución directa y principal de los servicios *asistenciales* al funcionamiento de los sistemas productivos, lo que sí está presente en los servicios públicos, en la medida que estos últimos constituyen un insumo esencial de la producción de bienes y servicios según queda de manifiesto en los servicios prestados por las empresas sanitarias, de distribución de electricidad y gas, y las operadoras de telecomunicaciones, incluso de modo preferente, más allá de contribuir a la satisfacción de necesidades básicas de las personas y que se relacionan con la alimentación, la salud, la vivienda y la conectividad, determinantes esenciales de la calidad de vida.

En todo caso, la diferencia entre servicio público y servicio *asistencial* no se limitaría al objeto de la prestación. Adicionalmente, Ariño Ortiz (2003) ha postulado que en los servicios asistenciales no concurren las notas de *exclusividad regalística* ni existen en estos la *tendencia al monopolio*, dos de las características esenciales del concepto de servicio público. Por las razones señaladas por este autor, los servicios asistenciales no serían servicios públicos ni les serían aplicable su régimen jurídico. De acuerdo

con el tratadista citado, esto significa que en los servicios *asistenciales* la Administración del Estado no tiene reservada la titularidad sobre la función o actividad de que se trate —la *publicatio*— y que la prestación de tales servicios no implica que esta deba hacerse en régimen de monopolio para los efectos de aprovechar las economías de escala y obtener una mayor eficiencia en la asignación de recursos.

Por otra parte, como lo plantea el mismo Ariño Ortiz (2003), los servicios *asistenciales* suponen en ocasiones el ejercicio de libertades públicas —por ejemplo, en la prestación de servicios de educación— lo que constituye un elemento que contradice la condición de tendencia al monopolio que caracteriza a los servicios públicos.

Los servicios *asistenciales* pueden ser prestados por entes públicos y privados, como ocurre en los campos de la salud y la educación, y en general, en las demás actividades mencionadas como servicios *asistenciales*. Esto determina —además del hecho de no ser servicio público— que el régimen jurídico aplicable será aquel que le corresponda por las condiciones subjetivas de la prestación, es decir, el estatuto jurídico del ente que los presta: si es un ente público, estará sometido al Derecho Público (salvo que por ley se declare sujeto al régimen jurídico privado); si es un operador privado se someterá al Derecho Civil, que establece las normas legales que regulan las relaciones entre privados, si bien la importancia social del servicio puede exigir el sometimiento a una reglamentación intensa (Ariño Ortiz, 2003).

Esta interpretación de la doctrina española sobre el régimen jurídico que corresponde aplicar a la prestación de los servicios *asistenciales* sigue muy de cerca de la doctrina francesa, que establece que el régimen jurídico que les corresponde a los servicios *asistenciales*, en el contexto de los servicios públicos comerciales e industriales, es aquel que sea atinente a las condiciones subjetivas de la prestación, es decir, al estatuto jurídico del ente que los presta.

Por otra parte, los servicios de *interés público* —definidos como servicios públicos *virtuales* en la doctrina francesa o como servicios públicos *impropios* en la doctrina italiana—, corresponden a aquellas actividades en las que no se da una declaración formal de servicio público, pero en razón del interés público que contienen, el Estado conserva *poderes de ordenación* (de intervención y control) *a lo largo del ejercicio de la actividad* (Ariño Ortiz, 2003; Fernández, 2003). Ejemplos de este tipo de servicios son las autorizaciones o licencias de farmacias, los centros privados de enseñanza, los bancos, los seguros e instituciones financieras, las actividades hospitalarias, la industria gastronómica y hotelera, el servicio de taxi, los servicios de transporte no discrecional (no líneas regulares), entre otros. De acuerdo con ello, ha habido quienes han señalado que lo relevante para calificar una actividad de servicio *virtual* o *impropio* no es ya la asunción de su titularidad por el Estado, sino el sometimiento de la misma a la programación, dirección y control de la Administración Pública (Gómez—Ferrer, 1991).

En términos del derecho administrativo norteamericano —también de Argentina en el contexto de la región latinoamericana—, los servicios de *interés público* corresponden a lo que se denomina el ejercicio del “poder de policía” referido al ordenamiento y fiscalización de las actividades definidas en esta categoría, lo que implica el ejercicio de atribuciones por parte del Estado en el ámbito tarifario y en la determinación de las condiciones en las que se realiza la prestación del servicio. En esta perspectiva, la sentencia más relevante se produjo en el caso de Munn contra Illinois (1877), en la cual la Corte Suprema de los Estados Unidos sentó las bases de la regulación de actividades en el entendido que lo que se persigue es la promoción del bienestar general de la población, y dio pie también a la creación de empresas denominadas genéricamente *public utilities* (Maljar, 1998). Esta última categoría de empresas es muy semejante a los servicios públicos de red o a los servicios de interés económico general del Derecho Europeo contemporáneo.

Según Ariño Ortiz (2003) —que sintetiza lo propuesto por las doctrinas francesa e italiana sobre el particular— los servicios públicos *virtuales* o *impropios* se caracterizan esencialmente por tratarse de actividades privadas, de modo que no hay reserva de la titularidad de la misma a favor del Estado y esta, por lo tanto, no puede ser asumida por aquel. Sin perjuicio de tratarse de actividades esencialmente privadas, Ariño Ortiz agrega que los servicios públicos virtuales o impropios son de interés general o público y están, por lo tanto, instalados en la conciencia colectiva. Asimismo, este autor señala que se trata de actividades dirigidas al público, lo que implica que este se constituye en agente de demanda que requiere la prestación y puede reclamar su existencia. Finalmente, y dando pie a lo sostenido por

Gómez-Ferrer (1991), Ariño Ortiz señala que los servicios públicos *virtuales* o *impropios* requieren de un régimen de autorización para su prestación, configurando la mayoría de las veces regímenes jurídicos especiales que dicen relación con la fijación de las tarifas y el establecimiento de las condiciones técnicas, las modalidades de prestación, las garantías de interés público y las sanciones por incumplimiento, entre otros aspectos.

En general, la doctrina española sobre los servicios de interés público que no son definibles como servicios públicos tiende a poner énfasis en la inexistencia de una reserva de titularidad a favor del Estado para el desarrollo de la actividad que se trate. En correspondencia con ello, un segundo elemento que se pone de relieve lo constituye la ausencia de concesión en la relación que se configura entre el Estado y el prestador del servicio, aunque se asume que la autorización que otorga el Estado no es una mera remoción de límites o simple declaración de licitud; más bien, “*se crea entre la Administración y los particulares una relación permanente de sujeción, con ‘un deber de facere o praestare’*” (Ariño Ortiz, 2003). Al respecto, el autor citado argumenta que estos servicios de interés público que no son definibles como servicios públicos constituyen actos que proyectan sobre un individuo destinatario una situación jurídica general y objetiva configurada previamente por el ordenamiento (no por la autorización) en la cual queda incurso el autorizado, lo que abre la aplicación de la ordenanza, con un complejo de derechos y deberes para ambas partes, que son el contenido de la relación.

La distinción entre los servicios públicos propiamente tales y los servicios públicos virtuales o impropios condujo a la doctrina española a criticar con fuerza el concepto de servicio público virtual o impropio, pues considera que el término constituye en si mismo un error metodológico (o, al menos, terminológico) en la medida que las actividades calificadas como tales no son servicios públicos, conforme al significado preciso del término, sino actividades reglamentadas, disciplinadas o programadas, términos que se ajustarían mejor al contenido de las mismas y del concepto que las resume. Por la misma razón, los doctrinarios españoles sostienen que también sería un error una pretendida extensión analógica a estas actividades del régimen jurídico propio del servicio público *strictu sensu* (Ariño Ortiz, 2003; Fernández, 2003).

Con el propósito de precisar las diferencias entre los servicios públicos propiamente tales y los servicios de interés público no catalogables como servicios públicos (virtuales o impropios), Gaspar Ariño Ortiz (2003) ha propuesto concentrar el análisis en los siguientes aspectos:

- **Fuente y contenido del deber de prestación.** En ambos tipos de servicio público existe un deber de prestación aunque su fuente es diferente. En los servicios públicos virtuales el deber no está establecido en la autorización, sino en la norma, al punto que la autorización es solo la puerta de entrada a la aplicación de un bloque normativo ad hoc. En cambio, en los servicios públicos tradicionales, la fuente es el título concesional, lo que implica que se trata de un contrato que incorpora un régimen jurídico de base presidido por el reconocimiento de la titularidad del servicio a favor del Estado. Esto último determina una serie de prerrogativas y privilegios de contenido no tipificado e interpretación extensiva.
- **Alcance de la potestad modalizadora.** La potestad modalizadora del servicio es inexistente en los servicios públicos virtuales o impropios, lo que significa que no es posible introducir ninguna modificación del contenido de la prestación sino mediante otra norma del mismo rango. En consecuencia, el contenido de la prestación es lo establecido en la norma y no algo distinto a ella. En cambio, en el servicio público tradicional, el contenido del deber de prestación de un concesionario es lo que la norma dice y lo que la Administración ordene, con la excepción de lo que la norma prohíba explícitamente.
- **Alcance interpretativo.** En los servicios públicos virtuales o impropios rige un criterio de interpretación restrictiva, en tanto en los servicios públicos tradicionales rige un criterio de interpretación extensiva.
- **Potestad sancionadora.** Entre ambos tipos de servicios existen también diferencias en la potestad sancionadora por incumplimiento de las órdenes o deberes de prestación. Así, en los servicios públicos impropios, las sanciones son las dispuestas en la norma de una manera

estricta y detallada, en tanto en los servicios públicos tradicionales, el régimen de sanciones se acerca más al disciplinario interno dispuesto en el Estado sobre sus agentes.

- **Sustitución de la prestación.** En los servicios públicos improprios no existe un régimen de sustitución a cargo del Estado, que sí está presente en las concesiones de los servicios públicos tradicionales.
- **Renuncia a la prestación.** El servicio público virtual o impropio es siempre y en cualquier momento renunciable, cosa que no ocurre en las situaciones concesionales del servicio público convencional.
- **Remuneración de la prestación.** En el servicio público virtual la remuneración del prestador siempre tiene una naturaleza de precio (no tasa), en tanto en el servicio público tradicional las tarifas tienen naturaleza de precio o de tasa, según la forma de gestión que se haya adoptado.

VIII. Conclusiones

Los servicios públicos surgen como un elemento característico del Estado moderno y vertebrador del Derecho Administrativo, la rama del Derecho público que se encarga de estudiar la organización y funciones de las instituciones del Estado. De acuerdo con ello, el concepto de servicio público debe discutirse en relación con el proceso de expansión histórica de los fines del Estado y de la emergencia de las distintas formas de la actuación administrativa, o dicho más específicamente, en relación con el nuevo Estado que surge de la Revolución Francesa y de la destrucción del Antiguo Régimen, y con la representación de los intereses colectivos de la sociedad.

La institucionalización de los servicios públicos expresa el cambio esencial de la titularidad de la soberanía en el Estado moderno, radicada en la ciudadanía, en la medida que representa los intereses colectivos de la sociedad y que es atingente a todos sus miembros en la definición de los quehaceres del Estado, lo que fundamenta su universalidad y el derecho a la no exclusión.

Por esta razón, el concepto de servicio público se refiere a las actividades de responsabilidad del Estado que la sociedad define como necesarias para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Esto implica que el Estado debe cautelar, garantizar y proteger el acceso de los ciudadanos y demás miembros de la sociedad a la prestación de los servicios que aseguran la satisfacción de las necesidades que han sido definidas como tareas propias del quehacer público y de cumplimiento obligatorio para el desarrollo social, económico, político y cultural de los países.

En consecuencia, la naturaleza del concepto de servicio público es esencialmente política (antes que jurídica o económica), al punto de expresar en la organización y administración del Estado las formas concretas de la articulación social y de las relaciones de dominación que se materializan y representan en este.

Esto determina que el concepto de servicio público no sea unívoco. Al contrario, expresa contenidos diferentes según el contexto social e histórico en que se define, en la medida que el ámbito de su aplicación es definido por los fines del Estado; estos últimos en tanto expresión de la capacidad de representación de los intereses colectivos de la sociedad por parte de las clases y grupos sociales que controlan y gestionan el aparato del Estado.

De acuerdo con lo anterior, puede postularse que según sean los fines del Estado —por lo tanto, los objetivos de las políticas emprendidas por los organismos de gobierno— serán los contenidos y alcances de las actividades definidas como servicio público. Por esta razón, su significado puede cambiar a través del tiempo o diferir entre países, lo cual ha contribuido a una cierta ambivalencia debido a la disparidad de criterios que son empleados para establecer su contenido específico.

Esto implica que puede llegar a ser inapropiado e incorrecto el procurar definir las actividades de servicio público de un país según las definiciones adoptadas en otra realidad o contexto, convirtiendo en dogmas ideológicos y/o doctrinarios la solución que otra sociedad encontró para enfrentar determinados desafíos.

Los cambios introducidos al concepto de servicio público en la doctrina jurídica ha implicado que en alguna medida este concepto se vulgarice, en términos de diluirse progresivamente su significado original, el *ethos* del concepto. Esta vulgarización tiene un impacto muy importante en la definición de los regímenes jurídicos que son aplicables a la regulación de las actividades definidas como servicio público —con independencia del agente económico que gestione la prestación—, así como en la relación entre agentes públicos y privados, todo lo cual incide de modo directo en los costos de transacción, en la eficiencia de la prestación de los servicios y en la satisfacción de las necesidades de los usuarios.

Uno de los cambios doctrinarios que más contribuyó a desvirtuar el significado del concepto fue la distinción entre función pública y servicio público que adoptaron los juristas italianos, la que fue planteada en consideración a la diversa naturaleza de los fines del Estado que sustentan las actividades definidas como funciones públicas y servicios públicos, las primeras asociadas a los fines esenciales del Estado —sin las cuales el Estado no podría existir— y las segundas a fines de bienestar general. El divorcio que los juristas italianos impulsaron entre los servicios públicos y los fines esenciales del Estado los excluye del Derecho Administrativo y los coloca en el ámbito del derecho privado, aunque se acepte que los servicios públicos sean de utilidad primordial para el quehacer del Estado y el desarrollo de los países.

La instalación de los servicios públicos en el ámbito del derecho privado —que deriva del cambio doctrinario propuesto por los juristas italianos y aceptado por doctrinarios españoles— supone que los fines de bienestar económico y social no deben ser considerados fines esenciales del Estado; además implica que la titularidad de los servicios públicos ya no recae en el Estado. De esto se infiere una concepción del Estado y de la relación entre el Estado y la sociedad muy alejada de sus mandantes, los ciudadanos, que coincide notoriamente con la propuesta liberal sobre el Estado mínimo. En los tiempos actuales la exclusión de la noción de servicio público del ámbito del derecho administrativo resulta cuestionable y controversial.

Otro elemento que contribuyó a desvirtuar el significado original del concepto de servicio público fue el vigoroso desarrollo de empresas productivas de propiedad estatal en las economías europeas y latinoamericanas en las décadas de 1939 y 1940. Esta emergencia introdujo una fuerte polémica en la doctrina jurídica en torno a la necesidad de ampliar el concepto de servicio público, hasta entonces acotado a las actividades de servicios de infraestructura económica.

En la mayoría de los casos, la creación de empresas estatales o, en su defecto, la toma de control de empresas privadas por un ente estatal, fueron justificadas por finalidades de interés público o de utilidad general, tales como la promoción del empleo, el desarrollo regional, la seguridad de abastecimiento, la promoción de la investigación, la ruptura de situaciones monopólicas y la sustitución de importaciones. Estas finalidades expresaron el fortalecimiento y consolidación de una nueva modalidad de intervención administrativa que afecta tanto a los servicios públicos como a otras actividades económicas que fueron definidas de importancia estratégica para el desarrollo de los países.

En Francia, la irrupción de empresas productoras de bienes y servicios de propiedad estatal significó importantes cambios en la doctrina de los servicios públicos. Esto dio lugar al reconocimiento de diversas categorías de servicios públicos en función del objeto de las actividades emprendidas y de la naturaleza de los servicios prestados (servicios públicos de carácter administrativo y servicios públicos de carácter industrial y comercial). Estos cambios pueden ser interpretados como el resultado de una

inspiración política liberal (no jurídica) que intenta mitigar las funciones del Estado en la economía acotándolas a las propias del “Estado Gendarme” o “Estado Policía”, en línea con las teorías neoliberales que resurgieron en la década de los años sesenta.

La doctrina española no tiene una posición unívoca sobre los servicios prestados por empresas públicas y, de hecho, ha existido un intenso debate entre quienes defienden los criterios definidos en la doctrina francesa y quienes se manifestaron a favor de su revisión. El desacuerdo se relaciona con la naturaleza de los fines de los servicios prestados por las empresas estatales, que no son puramente mercantiles o financieros, sino principalmente de interés público o de utilidad general, como pueden ser la promoción del empleo, el desarrollo territorial, la seguridad de abastecimiento, la promoción de la investigación, la ruptura de situaciones monopolísticas o la sustitución de importaciones.

En América Latina la consolidación del papel empresarial del Estado tiende a estar más asociada a las modificaciones estructurales que los países debieron adoptar en virtud del deterioro de los mecanismos de articulación de la región con la economía mundial y la consecuente crisis del sector exportador. En cambio, los factores que impulsan este proceso en Europa tiende a relacionarse más con la declinación de las doctrinas liberales, la destrucción de los sistemas productivos ocasionados por los conflictos bélicos y el desarrollo de la industria militar.

En consecuencia, las distintas formas de industrialización y de participación del Estado en la actividad económica de América Latina responden tanto a las particularidades de los acuerdos alcanzados por las fuerzas sociales que hicieron posible la industrialización y el desarrollo de las empresas de servicios de infraestructura, como a los esquemas de organización y control del poder singulares en cada país. Por lo tanto, la redefinición del papel del Estado en la actividad económica y el desarrollo que se produce en la mayoría de los países de la región —en especial, en lo que se refiere a la creación de empresas públicas industriales y de servicios de infraestructura— se inscribe en un marco de transformación de las relaciones de clase y de poder político de las sociedades nacionales. Puesto en otros términos, la redefinición del papel del Estado en la economía no era factible —siquiera posible de plantear— en un contexto social y político que no hubiera contemplado las demandas de los grupos sociales de significativa reciente emergencia.

Este trasfondo social y político de la industrialización sustitutiva y de la creación de grandes empresas del Estado prestadoras de servicios de infraestructura y de productos industriales otorga, por cierto, una identidad ciudadana al funcionamiento de estas empresas como expresión de la apropiación del Estado por parte de las alianzas sociales y políticas que se fueron configurando para hacer frente a la crisis del modelo primario exportador y del Estado oligárquico en los distintos países de América Latina, dándole entonces un cariz específico a la participación del Estado en la producción de bienes y prestación de servicios.

El carácter multívoco del concepto de servicio público se relaciona con el carácter orgánico, funcional y finalista del concepto. En este sentido, en lo que se refiere a su objetivo o finalidad, el servicio público es una actividad destinada a la satisfacción de una necesidad de interés general; en lo que se refiere a la entidad responsable de su prestación —sujeto u órgano— el servicio público es una actividad que ha de estar a cargo de una entidad estatal que desarrolla por sí la actividad o que controla al particular que la realiza, y en lo que se refiere al régimen jurídico que la contiene —elemento normativo o formal— el servicio público debe consistir en una actividad regulada por el Derecho Público.

La protección del interés público como objetivo o finalidad de la actividad que es definida como servicio público —en especial aquellas que se refieren a la prestación de servicios de infraestructura económica— se relaciona estrechamente con las características no competitivas que suele tener la oferta en sus mercados respectivos, debido a lo cual están sujetas a regulación mediante la fijación de tarifas y la reglamentación de la prestación del servicio, aunque el prestador sea público. Esto significa que la declaratoria de interés público, interpuesta por la autoridad, responde al objetivo de garantizar y cautelar la prestación del servicio del modo más eficiente posible, conforme a las circunstancias en las que se realiza, lo que implica que se debe procurar la universalidad de la prestación, establecerse la imposibilidad de negación de la misma, aplicar una tarifa justa, y cautelar la continuidad, habitualidad, profesionalidad, uniformidad y seguridad de la prestación.

Bibliografía

- Altomonte, Hugo (2002), “Las complejas mutaciones de la industria eléctrica en América Latina: falacias institucionales y regulatorias”, en *“La industria eléctrica mexicana en el umbral del siglo XXI. Experiencias y propuestas de reestructuración”*, coordinado por Víctor Rodríguez Padilla, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México.
- Ariño Ortiz, Gaspar (2003), “Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica”, Universidad Externado de Colombia/Fundación de Estudios de Regulación (Madrid), Bogotá, Colombia.
- ___(2001), Prólogo al libro de Luis Ferney Moreno, “Servicios Públicos Domiciliarios. Perspectivas del Derecho Económico”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Baumol, W.J., J.C. Panzar y R.D. Willig (1982), “Contestable Markets and Theory of Industrie Structure”, Harcourt Brace Javanovich, San Diego, Estados Unidos de América.
- Braconnier, Stéphane (2003), “Droit des Services Publiques”, *Thémis Droit Publique*, collection fondée et dirigée par Maurice Duverger, Paris, Presses Universitaires de France.
- Buchanan, J. (1978), “El sector público frente al sector privado en una economía de mercado”, Madrid, España.
- ___(1975), “The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan”, The University of Chicago, Chicago, Estados Unidos de América.
- ___(1970), “The Public Finances”, Richard Irwin, Estados Unidos de América.
- Cardoso, Fernando Henrique y Enzo Faletto (1969), “Dependencia y desarrollo en América Latina”, Siglo Veintiuno Editores S.A., México.
- Cassagne, Juan Carlos (1995), “El servicio público y las técnicas concesionales”, en *Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad*, Ente Nacional Regulador de la Electricidad, Buenos Aires, 8 y 9 de junio.
- ___ (1995), “Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público”, *El Derecho*, Buenos Aires, Argentina, 8 de febrero.
- ___ y Gaspar Ariño Ortiz (2005), “Servicios públicos, regulación y renegociación”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2001), “Una década de luces y sombras. América Latina y el Caribe en los años noventa”, Copublicación CEPAL/Alfaomega, Colombia.
- Cicero, Nidia Karina (1996), “Servicios públicos: control y protección”, Ediciones Ciudad Argentina/Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.
- Dos Santos, Theotonio (1970), “Dependencia y cambio social”, Cuadernos de Estudios Socio Económicos N° 11, Centro de Estudios Socio Económicos, Universidad de Chile, Santiago, Chile.

- Duguit, Leon (1928), “Traité de droit constitutionnel”, 3ª edición., s.l., De Boccard.
- Ehrhardt, David y Rebecca Burdon (1999), “Free Entry in Infrastructure”, Policy Research Working Paper, N° 2093, Washington, D.C., Banco Mundial.
- Fernández García, María Yolanda (2003), “Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red”, Instituto Nacional de Administración Pública, Buenos Aires, Argentina.
- Ferney Moreno, Luis (2001), “Servicios públicos domiciliarios. Perspectivas del derecho económico”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.
- Frank, Robert H. (1992), “Microeconomía y conducta”, McGraw-Hill/Interamericana de España S.A., España.
- Friedman, Milton (1962), “Capitalism and Freedom”, University of Chicago, Chicago, Estados Unidos de América.
- Fukuyama, Francis (1998), “Fin de la historia”, *Revista del Centro de Estudios Públicos* N° 37, Santiago, Chile.
- Furtado, Celso (1969), “La economía latinoamericana desde la Conquista Ibérica hasta la Revolución Cubana”, Editorial Universitaria, Santiago, Chile.
- García Trebujano, A. (1971), “Tratado de Derecho Administrativo”, RDP, Madrid, España.
- Gray, Horace (1940), “The passing of the public utility concept”, *Journal of Land and Public Utilities Economics*, N° 16.
- Gómez-Ferrer Morant, R (1991), “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, en *Estudios sobre la Constitución española, Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas.
- González Arzac, Felipe (1995), “El servicio Público en la Constitución”, en *Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad*, Ente Nacional Regulador de la Electricidad, Buenos Aires, 8 y 9 de junio.
- Gordillo, Agustín (2009), “Tratado de derecho administrativo”, 10a Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Argentina.
- Guerrien, Bernard (1998), “La Microeconomía”, Universidad Nacional de Colombia, Medellín. Se puede obtener versión electrónica en <http://www.carlospitta.com/Courses/Microeconomia/PDF/Madrid/BG-micro.pdf>
- Hoppe, Hans-Hermann (1996), “Falacias de la teoría de los bienes públicos y la producción de seguridad”, Instituto Universitario ESEADE, *Revista Libertas* N° 24, Buenos Aires, Argentina, mayo.
- Jouravlev, Andrei (2001), “Regulación de la industria de agua potable. Volumen I: Necesidades de información y regulación estructural”, CEPAL, *Serie de Recursos Naturales e Infraestructura* N° 36, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago, Chile, diciembre.
- _____(2001a), “Regulación de la industria de agua potable. Volumen II: Regulación de las conductas”, CEPAL, *Serie de Recursos Naturales e Infraestructura* N° 36, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago, Chile, diciembre.
- Kaysen, Carl y Donald Turner (1959), “Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis”, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Lévêque, François (2000) “Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de service public”, en Thierry Kirat y Evelyne Serverin Eds., *Vers une économie de l’action juridique. Une perspective pluridisciplinaire sur les règles juridiques et l’action*, CNRS Editions.
- Maddala, G.S. y Ellen Miller (1996), “Microeconomía”, Ed. McGraw-Hill, México.
- Maljar, Daniel Edgardo (1998), “Intervención del estado en la prestación de servicios públicos”, Buenos Aires, Hammurabi.
- Mameli, Bárbara (1999), “Service pubblici e concessione”, Milán, Guiffré.
- Mandel, Ernst (1972), “Tratado de economía marxista”, Ediciones ERA, México.
- Mankiw, N. Gregory (2005), “Principios de Economía”, Ed. McGraw-Hill, España.
- Margairaz, Michel y Dard, Olivier (2005), “Le service public, l’économie, la république (1780-1960)”, *Revue d’histoire moderne et contemporaine* 52, 3.
- Mata, Ismael (1995), “Noción actual del servicio público”, en *Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad*, Ente Nacional Regulador de la Electricidad, Buenos Aires, 8 y 9 de junio.
- Meilán Gil, J.L. (1968), “La cláusula de progreso de los servicios públicos”, en IEA, España.
- Mestre, Jean-Louis (1985), “Introduction historique au droit administratif français”, París, PUF.
- Montaña Plata, Alberto (2005), “El concepto de servicio público en el derecho administrativo”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.
- Montoro Romero, C. y R. (1996), “Del Estado del Bienestar a la Sociedad del Bienestar, en *Pros y Contras del Estado del Bienestar*”, R. Casilda y T.M. Tortosa (editores), Tecnos, Madrid, España.
- Muñoz Machado, S. (1995), “La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos”, Alianza Editorial, Madrid, España.
- Napolitano, Giulio (2005), “Regole e mercato nei servizi pubblici”, Ed. Il Mulino, Bolonia, Italia.
- Nazick, Robert (1974), “Anarquía, Estado y Utopía”.
- Neumann, Klaus (2000), “Shifting memories: the Nazi past in the new Germany”, University of Michigan Press, ISBN 0-472-08710-X, Estados Unidos.

- Overy, R.J. (1995), "War and economy in the Third Reigh", Oxford University Press, ISBN 0-19-820599-6, Reino Unido.
- Pérez Hualde, Alejandro, ed. (2006), "Servicios públicos y organismos de control", Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina.
- Phillips Jr., Charles F. (1993), "The Regulation of Public Utilities", Arlington, Virginia, Public Utilities Reports Inc.
- Posner, Richard (2011) "The Nirvana Fallacy Revisited", en <http://www.becker-posner-blog.com/2011/09/the-nirvana-fallacy-revisitedposner.html>.
- ___(1972), "Economic Analysis of Law", Little Brown, Boston, Estados Unidos.
- Rothbard, Murray (1936), "La acción humana".
- Rozas Balbontín, Patricio (2010), "Internacionalización y expansión de las empresas eléctricas españolas en América Latina", coedición CEPAL-LOM, Santiago, Chile.
- ___(2005), "Privatización, reestructuración industrial y prácticas regulatorias en el sector telecomunicaciones", CEPAL, *Serie Recursos Naturales e infraestructura* N° 93, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago, Chile, junio.
- ___(2003), "Gestión pública, regulación e internacionalización de las telecomunicaciones: el caso de Telefónica S.A.", CEPAL, *Serie de Gestión Pública* N° 36, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago, Chile, julio.
- ___(2002), "Competencia y conflictos regulatorios en la industria de las telecomunicaciones de América Latina", *Serie de Gestión Pública* N° 25, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago, Chile, diciembre.
- ___ y Ricardo J. Sánchez (2004), "Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual", CEPAL, *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* N° 75, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago, Chile, octubre.
- Salomoni, Jorge Luis (1999), "Teoría general de los servicios públicos", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina.
- Samuelson, Paul (1976), "Economics", McGraw-Hill, Nueva York, Estados Unidos de América.
- Sánchez Albavera, Fernando y Hugo Altomonte (1997), "Las reformas energéticas en América Latina", CEPAL, *Serie Medio Ambiente y Desarrollo* N° 1, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago, Chile, abril.
- Serrano Triana, A. (1983), "La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del Bienestar", Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, España.
- Shepherd, William (1984), "Contestability vs. Competition", *The American Economic Review*, vol. 74, N° 4, septiembre, págs. 572-587.
- Solanes, Miguel (1999), "Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado", CEPAL, *Serie de Recursos Naturales e Infraestructura* N° 2, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago, Chile, septiembre.
- Stefanadis, Chris (1999), "Sunk Costs, Contestability, and the Laten Contract Market", *Staff Refort* N° 75, Banco de la Reserva federal de Nueva York, abril.
- Tweraser, Kurt (2000), "The Marshall Plan and the Reconstruction of the Austrian Steel Industry, 1945-1953", en: Bishop, Gunther et. Al. (2000), *The Marshall Plan in Austria*, Transaction Publishers. ISBN 0-7658-0679-7, pp. 290-322.
- Villar Palasí, J.L. (1964), "La intervención administrativa en la industria", Madrid, España.
- Von Hayek, Friedrich (1944), "Camino de servidumbre".
- Von Mises, Ludwig (1949), "La acción humana".
- Weitzman, Martin (1983), "Contestable Markets-Comment & Note", *American Economic Review*, vol. 73, junio, págs. 486-487.
- Whish, Richard (2003) "Competition Law" Lexis Nexis UK, Londres.



NACIONES UNIDAS

Serie**CEPAL****Recursos Naturales e Infraestructura****Números publicados**

Un listado completo así como los archivos pdf están disponibles en

www.cepal.org/publicaciones

162. Gestión pública y servicios públicos: notas sobre el concepto tradicional de servicio público, Patricio Rozas Balbontín y Michael Hantke-Domas (LC/L.3648), 2013.
161. Seguridad de la cadena Logística terrestre en América Latina, Gabriel Pérez Salas (LC/L.3604), 2013.
160. El papel del transporte con relación a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, Lorena García Alonso y Ricardo J. Sánchez (LC/L.3514), 2012.
159. Políticas portuarias, Octavio Doerr (LC/L.3438), 2011.
158. Infraestructura y equidad social: experiencias en agua potable, saneamiento y transporte urbano de pasajeros en América Latina, Gustavo Ferro y Emilio Lentini (LC/L.3437), 2011.
157. Terremoto en Chile. Los efectos sobre la infraestructura y el desarrollo, Patricio Rozas Balbontín (LC/L.3436), 2011.
156. La industria extractiva en América Latina y el Caribe y su relación con las minorías étnicas, Ana María Aranibar, Eduardo Chaparro Ávila y René Salgado Pavez (LC/L. 3411), 2011.
155. Principios de políticas de infraestructura, logística y movilidad basadas en la integralidad y la sostenibilidad, Georgina Cipoletta Tomassian (LC/L.3328) 2011.
154. Sistemas aeroportuarios, servicio público e iniciativa privada, Bernardo Sánchez Pavón (LC/L.3343), 2011.
153. La brecha de infraestructura en América Latina y el Caribe, Daniel Perrotti y Ricardo J. Sánchez (LC/L.3342), 2011.
152. Eficacia institucional de los programas nacionales de eficiencia energética: los casos del Brasil, Chile, México y el Uruguay, Beno Ruchansky, Odón de Buen, Gilberto Januzzi, Andrés Romero (LC/L.3338), 2011.
151. El alza del precio del petróleo y su impacto en los fletes marítimos de productos exportados por Chile en contenedores, Sebastián Faúndez, Nanno Mulder, Gabriel Pérez Salas y Ricardo J. Sánchez (LC/L.3322), 2011.
150. Políticas integradas de infraestructura, transporte y logística: experiencias internacionales y propuestas iniciales, Georgina Cipoletta Tomassian, Gabriel Pérez Salas y Ricardo J. Sánchez (LC/L.3226), 2010.
149. La industria del transporte marítimo y las crisis económicas, Georgina Cipoletta Tomassian, Ricardo J. Sánchez (LC/L.3206-P), 2010.

-
- El lector interesado en adquirir números anteriores de esta serie puede solicitarlos dirigiendo su correspondencia a la Unidad de Distribución, CEPAL, Casilla 179-D, Santiago, Chile, Fax (562) 210 2069, correo electrónico: publications@cepal.org.

Nombre: Actividad: Dirección: Código postal, ciudad, país: Tel.: Fax: Correo electrónico:
