

¿EXISTEN FUNDAMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO EN LA CONTEMPORANEIDAD?

Laura Nathalie Hernandez Rivera*

RESUMEN: Durante muchos años, en parte debido a la influencia de las ideas francesas, los servicios públicos han representado los medios para la garantía y la efectividad de los derechos constitucionales y sociales. En la actualidad, corrientes ideológicas que apuntan a una crisis aparente de los fundamentos de los servicios públicos han ganado fuerza debido a las crisis económicas globales que han impactado las finanzas públicas de varios países. Los factores ideológicos y políticos también han influido y contorneado la opinión pública sobre si la Administración Pública debería o no satisfacer las necesidades de grupos sociales específicos; y sobre el uso de fondos públicos para la implementación y prestación de servicios públicos para estos grupos. El surgimiento de regímenes jurídicos alternativos para la satisfacción del interés público de los ciudadanos, como las alianzas público-privadas y los denominado public utilities, han contribuido al debate actual sobre la necesidad o beneficio de los servicios públicos. Nuestro objetivo en este artículo es analizar, considerando y analizando la doctrina y el actual contexto político-económico de Brasil, si existen fundamentos actuales que legitimen la prestación de servicios públicos en el país.

PALABRAS CLAVE: Servicios Públicos. Interés Público. Fundamentos. Derecho Administrativo.

ARE THERE CURRENTLY FOUNDATIONS FOR PUBLIC SERVICES?

ABSTRACT: For many years, partly because of the influence of French ideas, public services have represented the means for the guarantee and effectiveness of constitutional and social rights. Today, ideological trends that point to an apparent crisis in the foundations of public services have gained momentum due to the global economic crises that have impacted the public finances of several countries. Ideological and political factors have also influenced and circumvented public opinion on whether or not the Public Administration should meet the needs of specific social groups, and on the use of public funds for the implementation and provision of public services for these groups. The emergence of alternative legal regimes to satisfy the public interest of citizens, such as public-private partnerships and so-called public utilities, have contributed to the current debate on the need or benefit of public services. Our objective in this article is to analyze, consider and analyze the doctrine and the current political-economic context of Brazil if there are current foundations that legitimize the provision of public services in the country.

KEYWORDS: Public services. Public interest. Foundations. Administrative law.

137

* Abogada y Consultora Jurídica en Derecho, Políticas Públicas y Tecnologías. Doctoranda en Derecho por la Universidad Federal de Ceará (UFC), Brasil. LL.M. en Derecho, Propiedad Intelectual y Tecnologías por la Universidad de Santa Clara (SCU), EE.UU. Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Dr. José Matías Delgado (UJMD), El Salvador. Fundó y Dirige TEDIREI- Grupo de Investigación en Tecnologías, Derecho e Inclusión para el nordeste de Brasil. E-mail: lauranath@gmail.com

1 INTRODUCCIÓN

Ante una realidad contemporánea de múltiples crisis económicas y mudanzas políticas a nivel internacional con impactos fuertes en el desarrollo social y cultural, tal coyuntura ha impactado también en el Derecho Administrativo. Dicho contexto parece haber fortalecido los esfuerzos ideológicos y doctrinarios que proponen cambiar la forma en que del Derecho Administrativo canaliza y efectiviza la actividad administrativa; surgiendo así, una aparente crisis sobre los fundamentos de la actividad administrativa en relación a la prestación de servicios públicos. Ante esta aparente crisis, el foco de discusión se ha centrado en determinar si dicha crisis de fundamentos para la prestación de servicios es verdadera; y si le corresponde a la Administración Pública regular la prestación de servicios públicos; o cuál debería ser la solución indicada a las diversas problemáticas que surgieron por causa de las crisis económicas y políticas.

138 | Históricamente, la intervención pública gubernamental- influenciada por ideales del Derecho Administrativo francés y la escuela de servicio público- han representado la vía para la satisfacción de dos intereses: la de las mayorías y menos privilegiados, y el interés de los grupos que representan el poder económico y político, y que aspiran a controlar el progreso. El Derecho Administrativo ha sido la herramienta para la materialización del interés general colectivo, y para la distribución de los recursos públicos, a través de los servicios públicos básicos, por medio de los cuales las mayorías pueden aspirar a mejorar sus condiciones de vida. En otro sentido, el Derecho Administrativo es fundamental para la interpretación y alineación de las prerrogativas de la Administración Pública; prerrogativas que representarían también una ventaja, derivada del acceso al poder, de fuerzas políticas y económicas que perciben al Estado como una vía de acceso y explotación de recursos públicos.

El servicio público ha sido colocado en el debate de dos posiciones contrarias respecto a la esencia de la función de la actividad administrativa respecto a la satisfacción de las necesidades colectivas. Las crisis económicas, el replanteamiento respecto a la distribución de los recursos públicos, han sido en parte las causas de la aparente crisis de los fundamentos del servicio público. La cuestión central del debate es determinar si el servicio público debe responder total o parcialmente a las necesidades de los administrados; si debería contribuir a resolver las dificultades financieras y sociales de los ciudadanos, derivadas de las crisis económicas globales; o si, el servicio público, representa

más bien un gasto insostenible para las finanzas públicas. Ante esa realidad es importante analizar, a la luz de las circunstancias actuales de Brasil, la existencia o no de fundamentos jurídicos, dados por la norma constitucional y por el Derecho Administrativo.

2 CONCEPTO Y FUNDAMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO

El concepto y fundamento del servicio público encuentra sus orígenes en el Derecho Administrativo francés; y es definido de manera general, como la actividad realizada por la Administración Pública. Como consecuencia de la revolución industrial y la transformación de las estructuras sociales existentes en la época, surgieron conflictos sociales que precisaron de la intervención del Estado. La recaudación de tributos, la explotación de los recursos y materias, la defensa nacional, la justicia y la función policial del Estado, contribuyeron a legitimar y dar origen a determinadas atribuciones y prerrogativas propias de la Administración Pública. El concepto de Estado Gendarme progresivamente se amplió a distintos rubros, surgiendo las nociones de Estado proveedor o Estado Providencia. Con el paso del tiempo, rubros como la educación, obras públicas, salud y servicios sanitarios, telecomunicaciones, pasaron a formar parte de las actividades reguladas y proveídas por las Administraciones Públicas.

Los pensamientos de Duguit y Jèze, a comienzos del siglo XX, contribuyeron a la formación de la Escuela del Servicio Público. La regulación de las prerrogativas y formas de intervención gubernamental en los ordenamientos jurídicos, materializó la noción y función los servicios públicos, dando paso a la noción de los servicios públicos como herramienta fundamental para el desarrollo social y la interdependencia social entre contribuyentes tributarios y la Administración Pública. En resumen, el concepto de servicio público incluye, de manera general, actividades propias de la Administración que persiguen un fin particular basado en los intereses de los administrados.

Según Duguit, servicio público es:

[C]'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante¹.

¹ DUGUIT, L. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1928. ed. 3, t. 2. p. 61. (Traducción libre: "Es cualquier actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado,

El Servicio público nace como herramienta para asegurar el desarrollo social, y para la interdependencia social, como podemos ver en la frase anterior de Duguit. Es decir, que existe un interés colectivo que fundamenta la existencia de los servicios públicos. Esto inclusive es fácil de intuir a partir de la comprensión de los dos vocablos que lo comprenden: servicio, es decir una actividad, prestación a favor de otro; y público, es decir, una colectividad, grupo, comunidad.

El concepto de servicio público, de acuerdo con DUGUIT, específicamente al expresar que la “*activité dont l’accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants*”, lleva implícito el carácter obligatorio de realizar una actividad impuesta a los gobernantes, pues serán éstos los que deberán asegurar su cumplimiento². Así, legitimada la actividad estatal en función de los ciudadanos, la actividad administrativa y el servicio público, como manifestación de la Administración Pública, debería efectivizar sus acciones tutelando los intereses de la población que administra.

Para JÈZE, tratándose el servicio público de una actividad encaminada hacia el público, está estrechamente relacionada a la idea de procedimiento de derecho público³. A partir de interpretaciones como éstas, y en base a las reglas del Derecho Administrativo, surgió en el ordenamiento administrativo francés la competencia administrativa como presupuesto para la realización de la actividad estatal.

El Derecho Público surgió como expresión de la soberanía y como rama del ordenamiento jurídico que regula las relaciones y los procedimientos entre las personas, entes privados y los órganos o poderes públicos en el ejercicio de sus potestades públicas. Aportes e interpretaciones doctrinarias, como la de DUGUIT y JÈZE, contribuyeron al fortalecimiento del Derecho Público. En ese sentido, según MARIENHOFF, “*la noción del servicio público sustituye*

regulado y controlado por los gobernantes, porque la realización de esta actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y que es de tal naturaleza que puede realizarse completamente solo por la intervención de la fuerza gobernante”).

² MEDAUAR, O. Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral. In: Moreira, D. Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo (obra em homenagem a Eduardo Garcia de Enterría). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 116.

³ JÈZE, G. Princípios Generales del Derecho Administrativo. 1948. Citado por MEDAUAR, O. Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral. In: MOREIRA, D. Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo (obra em homenagem a Eduardo Garcia de Enterría). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 116.

al concepto de soberanía como fundamento del derecho público”⁴. El servicio público representa una actividad de carácter pública, por medio de la cual la Administración Pública satisface las necesidades colectivas, respondiendo a la vez a las obligaciones encomendadas por el ordenamiento jurídico. Entonces, el interés de los administrados pasa a ser el fundamento, y razón de ser de los servicios públicos, según la doctrina en Derecho Administrativo:

L'administration est soumise à un droit qui régit son organisation et son activité et, par la même, ses rapports avec les administrés, qui sont sa raison d'être et dont elle tend à satisfaire les besoins par l'exercice d'activités d'intérêt général ou, plus précisément, par des activités de service public⁵.

El concepto de servicio público, es intrínseca a la razón de ser del Estado; es decir, éste (el Estado) ejerce su *potestas imperii* al servicio de los administrados. Por tratarse de una acción de servicio, se entiende que tal acción está dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, es decir, atiende al interés general de los administrados; dicho interés es, a la vez, particular a la realidad propia de la sociedad que administra. En palabras de CHEVALLIER:

[L]e service n'est pas seulement une notion qui, de par sa double dimension idéologique et juridique, constitue un des piliers de l'État; il recouvre aussi une réalité sociopolitique concrète: le service public, c'est encore un ensemble d'activités, d'organes, d'agents qui occupent une certaine place dans la vie sociale⁶.

141

La realidad sociopolítica concreta, a que hace referencia CHEVALLIER, determina no sólo la potencial eficacia de la actividad administrativa prestada a través del servicio público, sino que también, es fundamental para la satisfacción de las necesidades propias y características de la sociedad administrada. En general, lo esencial a la prestación de los servicios públicos

⁴ MARIENHOFF, M. Tratado de Derecho administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. t. 2. p. 70.

⁵ CHAPUS, R. Droit administratif général. 1998. Citado por MONTAÑA, A. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 52. (Traducción libre: “La administración es sumisa a un derecho que rige su organización y su actividad y, por ende, su relación con los asociados, quienes son su razón de ser y en la cual tiende a satisfacer sus necesidades mediante el ejercicio de actividades de interés general o, más precisamente, actividades de servicio público”).

⁶ CHEVALLIER, J. Le service public 1991. Citado por MONTAÑA, A. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 178. (Traducción libre: “[E]l servicio público no es solamente una noción que, por su doble dimensión ideológica y jurídica constituye uno de los pilares de la teoría del Estado; incluye también una realidad sociopolítica concreta: el servicio público es un conjunto de actividades, de órganos y de agentes que ocupan un lugar importante en la vida social”).

es moldearse a las realidades particulares de cada país y sociedad para su legitimidad y efectividad.

3 NUEVOS REGÍMENES JURÍDICOS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La satisfacción de necesidades públicas que están fuera del alcance de la Administración Pública- por razones económicas, logísticas, entre otras- dio paso a la incorporación de nuevo conceptos jurídicos de Derecho Administrativo, y también nuevas formas para satisfacer los intereses de los administrados, por medio del apoyo del sector privado. Así, algunas figuras jurídicas de Derecho Privado pasaron a ser incorporadas al Derecho Administrativo, como alternativas para la satisfacción de esas actividades⁷. La inclusión del sector privado para a la satisfacción de los intereses de los administrados, y la aparente falta de capacidad de la Administración Pública para efectivizar o satisfacer ciertas necesidades colectivas, abonó a la noción de una crisis en la prestación del servicio público; ello de alguna manera podría haber alimentado la proyección de la Administración Pública como un elemento prescindible para la satisfacción de las necesidades públicas colectivas.

La adopción de éstas nuevas modalidades para la efectividad de la actividad administrativa, propiamente de los servicios públicos, representó una transformación en los criterios aplicables para la prestación de servicio públicos como actividad exclusiva de la Administración Pública, al punto de cuestionar si éstos aún mantenían el carácter de público, a pesar de ser prestados por particulares; si la necesidad pública debía necesariamente ser satisfecha exclusivamente por los gobiernos; o si la oferta de servicios podía ampliarse y adecuarse aún más a las fuerzas económicas y mercadológicas que rigen a los servicios privados.

En resumen, las primeras nociones de servicio público surgieron en Francia, como la actividad administrativa realizada específicamente por la Administración. La posterior incorporación al Derecho Administrativo de figuras jurídicas propias del Derecho Privado, dieron lugar a la prestación de tales servicios por medio de contratos administrativos. A pesar de este nuevo paradigma que representó la inclusión del sector privado en la prestación de servicios, éste último aún se basa en el objetivo y deber de satisfacer las necesidades

⁷ MEDAUAR, O. Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral. In: Moreira, D. Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo (obra em homenagem a Eduardo Garcia de Enterría). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 115-126.

de la colectividad; es decir que, su razón principal de ser, y la noción original de servicio público en la antigua Francia, aún continuaría vigente puesto que el Estado continúa en la obligación de encaminar sus actividades hacia la consecución de la satisfacción del interés general, el desarrollo, la interdependencia social para el progreso e igualdad social. En otras palabras, sigue vigente el deber de “*assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants*” a que se referiría DUGUIT⁸.

La noción de servicio público ha pasado por cambios tales que también han trascendido en las representaciones jurídicas de dicho concepto⁹. En la actualidad nos encontramos con expresiones o sinónimos de servicio público, tales como, servicios de interés económico general, servicios de interés general, *public utilities*, servicios universales, entre otros¹⁰. La evolución del Derecho Administrativo desde la antigua Francia a la actualidad, provocado la transformación de la idea original del servicio público, pasando a ser considerado como la actividad pública o privada realizada con la finalidad de satisfacer una necesidad social en particular. Es decir, el servicio público aún incluye actividades administrativas de carácter prestacional exigidas a la Administración Pública por el ordenamiento jurídico interno. La diversidad de concepciones y expresiones, para referirse a la actividad administrativa y la prestación de los servicios públicos, también variarán de acuerdo a las particularidades contextuales de cada sociedad, a los modelos político-económicos, al titular obligado a prestar el servicio; así, los servicios públicos estarán en mayor o menor medida orientados al bienestar social, a intereses económicos o al interés general.

Vale hacer notar que, en países como EE.UU. y el Reino Unido, la actividad gubernamental encaminada a la satisfacción de intereses de la población

⁸ DUGUIT, L. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1928. ed. 3, t. 2. p. 61. (Traducción libre: “Es cualquier actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque la realización de esta actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y que es de tal naturaleza que puede realizarse completamente solo por la intervención de la fuerza gobernante”).

⁹ SORACE, D. *Servizi Pubblici e Servizi (Economici) da Pubblica Utilità*, *Diritto Pubblico*. 1999. Citado por PIGNATARO, S. *Il pubblico servizio nel diritto interno: nozione, classificazione e risvolti (con particolare riguardo alla realtà degli Enti locali)*. Disponible en: http://old.sentenzeitalia.it/uploads/news_attachment/file/903/903/Articolo_PIGNATARO_Sergio_Pubblico_servizio.pdf. Acceso: 5 oct. 2016.

¹⁰ MEDAUAR, O. *Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral*. In: Moreira, D. *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo (obra em homenagem a Eduardo Garcia de Enterría)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 115.

144 | varía con respecto al servicio público. Los denominados *public utilities* responden, en esencia, a las necesidades de la colectividad, y están sujetos a la forma de control y regulación similar a los servicios públicos. La concepción norte-americana de *public utilities*, se basa en la prestación de servicios por empresas privadas para la satisfacción de necesidades públicas; como cualquier servicio privado que busca resolver una necesidad en particular, sujetas al control y a la regulación estatal mínima y necesaria, a través de agencias estatales o federales. Ésta modalidad se basa en el aprovechamiento máximo de la ganancia, la satisfacción de necesidades particulares, que no pueden ser ejecutadas por la Administración Pública, con el objetivo de generar competencia que resulte en la prestación de mejores servicios para la colectividad. Siendo así que, la forma de ejercer la actividad prestacional varía en relación al servicio público; sin embargo, las *public utilities* y los servicios públicos tienen algo en común: la satisfacción del interés público o colectivo. La necesidad de intervención estatal en este tipo de modelo obedece al control del mercado, regulación de monopolios, y control de la calidad de los servicios prestados; y a diferencia de los servicios públicos, el fundamento de la actividad prestación no tiene origen en la norma fundamental, si no en leyes o regulaciones específicas.

Por otro lado, la noción de servicio público europeo se remonta a la prestación de servicios y políticas encaminadas al transporte, contemplados en el artículo 77 del Tratado de Roma. Posteriormente, los servicios públicos comenzaron a verse influenciados por ideas sustentadas en la eficacia de los servicios privados, desmonopolización, libre concurrencia de intereses económicos y libre mercado, de donde surgió la idea de servicios de interés económico general.

Finalmente, en los EE.UU, los servicios universales tienen el objetivo de poner a disposición de los usuarios servicios básicos con cualidades y precios determinados y accesibles. El factor diferencial de este tipo de servicio, a comparación de servicios públicos de interés económico o de interés general, es el enfoque de mercado, el cual fija precios accesibles al usuario y que permitan el desarrollo de las actividades prestadas para la satisfacción de una necesidad determinada de la colectividad¹¹.

¹¹ MEDAUAR, O. Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral. In: Moreira, D. Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo (obra em homenagem a Eduardo Garcia de Enterría). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 115-126.

El servicio público obedece al cumplimiento de un mandato fundamental que ordena al Estado velar por la satisfacción de un interés general. Los servicios de interés general contribuyen a la consecución de los derechos sociales como expresión de solidaridad e igualdad de sus ciudadanos, como expresa ALEXY, “*la prestación en sentido estricto*”¹². Con el tiempo, los servicios de interés general pueden traducirse en una mayor cohesión económica y social entre los administrados; es decir, podría haber mayores posibilidades para el progreso equitativo de cada uno de los miembros de la sociedad, puesto que las grandes mayorías tendrían la oportunidad de desarrollar más y mejores competencias y habilidades, y no enfocar sus esfuerzos para la satisfacción de necesidades básicas para todo ser humano.

Los conceptos de solidaridad e igualdad son también parte de los objetivos de la Comunidad Europea; de tal manera que sus ciudadanos consideran los servicios públicos de interés general como verdaderos derechos sociales, a los cuales su acceso debe ser equitativo y a un precio razonable, donde la contraprestación responde a necesidades fundamentales para el desarrollo individual y social. El carácter y grado económico que el servicio público de interés general pueda tener no altera el fundamento del servicio público; es decir, el fundamento de los servicios públicos está en la concretización de un derecho fundamental, y en el respeto a la dignidad humana como una condición para el desarrollo democrático¹³. De acuerdo con este raciocinio, el servicio de interés general se convierte en el medio para la materialización y efectividad de los derechos sociales fundamentales.

Las discusiones sobre la forma en que la Administración Pública debería o no participar en la satisfacción de los intereses colectivos a través de la prestación de servicios siempre han existido. Algunos consideran que la Administración Pública debería (y está obligada a) intervenir directamente en la prestación de servicios y satisfacción de intereses de sus administrados; otros consideran que únicamente debería actuar como un árbitro que promueva la libre circulación, la competencia entre oferentes y regule los precios de los servicios públicos. A partir de la noción de las *public utilities*, surge la idea del *nuevo servicio público*, que consiste en la negación del Estado-Providencia para ser regulado por un tercero. El papel del Estado y de la Administración Pública

¹² ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. 2. ed. p. 481.

¹³ ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. 2. ed. p. 482.

sería entonces la de un árbitro que busca equilibrar el juego económico en la prestación de bienes y servicios, sin involucrarse en la ejecución o producción, per se, de los servicios¹⁴.

4 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Influenciados por las ideas expuestas anteriormente, la doctrina brasileira ha querido incorporar estos conceptos y modalidades al ordenamiento jurídico brasileiro. Ante esa posibilidad, ¿será que las modalidades de actividad económica privada de prestación de servicios para la satisfacción de necesidades generales, usadas en Europa o en EE.UU., podrían adoptarse plenamente en Brasil? ¿Representan estas alternativas un modelo y una solución para enfrentar la crisis económica brasileña? Recortar los presupuestos o recortar las prestaciones derivadas de los servicios públicos, ¿es una medida de política pública eficaz de austeridad nacional? Según algunos autores, restringir o eliminar la exclusividad que tiene la Administración Pública para la prestación de servicios sería incompatible con el marco jurídico brasileiro vigente¹⁵. Al respecto, la Constitución Federal de 1988 en el artículo 175, hace una diferenciación entre servicio público y actividad económica, al decir que:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre a través de licitação, a prestação de serviços públicos.¹⁶

Igualmente la Constitución brasileña, en el artículo 173¹⁷, inclusive es bastante específica al expresar los casos excepcionales en que la actividad económica será permitida:

¹⁴ MARCONDES, R. Regulação Administrativa a luz da Constituição Federal. São Paulo: PC, 2011. p. 181.

¹⁵ DI PIETRO, M. S. Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. (Traducción libre: Art. 175. "Incumbe al Poder Público, de acuerdo con la ley, directamente o bajo régimen de concesión o permiso, siempre a través de licitación, la prestación de servicios públicos").

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. (Traducción libre: Art. 173. "En los casos previstos en esta Constitución, la explotación directa de actividad económica por el Estado sólo será permitida cuando sea necesaria a los imperativos de la seguridad nacional o relevante al interés colectivo, conforme definidos en ley").

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

La exclusividad y presencia estatal, de acuerdo a la redacción de la Constitución, es imprescindible para la prestación del servicio público; la actividad económica, desarrollada por el sector privado bajo libre iniciativa, sería una actividad excepcional permitida en aquellos casos relevantes al interés colectivo o a la seguridad nacional. Es decir, el marco constitucional no impide totalmente la concurrencia de la gestión privada; sin embargo, la restringe para aquellos casos que sean de beneficio del interés público, y de eficacia para los derechos sociales garantizados en la misma Constitución; esto quiere decir que dicha actividad económica seguirá estando regulada bajo el régimen de Derecho Público¹⁸. En otras palabras, el carácter social de los servicios públicos debe estar presente en toda expresión de la actividad pública, por sobre los intereses económicos y particulares. En una interpretación más amplia y moderna de servicio público, Celso Antonio Bandeira De Mello, de define al servicio público con las siguientes palabras:

Serviço Público é, portanto, toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.¹⁹

De acuerdo con el concepto anterior, las *“prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos”*, es decir, la supremacía del interés público, sería el conjunto de intereses individuales de los administrados, considerados como una colectividad singular, donde los intereses de la colectividad se convierten en el

¹⁸ SILVA, J.A. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2001. 19. ed. rev. atual. e ampl. p. 770.

¹⁹ MELLO, C. A. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. 32 ed. p. 695. (Traducción libre: “Servicio Público es, por tanto, toda actividad de ofrecimiento de utilidades o comodidades materiales destinadas a la satisfacción de la colectividad en general, más ofrecimiento de utilidad o comodidad material destinada a la satisfacción da colectividad en general, más gozado singularmente por los administrados, que el Estado asume como pertinente a sus deberes y presta por sí mismo o por quien le haga las veces, bajo un régimen de Derecho Público, por tanto, consagrado de prerrogativas de supremacía y de restricciones especiales, instituído em favor de los intereses definidos como públicos em el sistema normativo”).

fundamento de la Administración Pública²⁰. De allí deriva la noción de la intervención estatal como fundamento del servicio público, como factor regulador y de protección de los intereses generales, de derechos y garantías fundamentales.

El interés público es principio y fundamento del servicio público; es tanto principio, en el sentido que, para el análisis de casos concretos sobre la determinación de los intereses que fundamentaran la prestación o no prestación de servicios, el interés público sirve para la ponderación de los intereses en conflicto, de acuerdo con la teoría de la ponderación de intereses de ALEXY²¹. A su vez, es fundamento en el sentido que la prestación de servicios deriva de una norma fundamental, la cual garantiza la protección, garantía y eficacia de los derechos sociales e individuales, y que sumados representan también los derechos e intereses de la colectividad.

El interés y objetivo de la Administración Pública debe ser, a la luz de la norma fundamental, la atención y satisfacción de los intereses de la colectividad; de tal manera que su actividad no privilegie intereses secundarios o privados por sobre los intereses públicos o colectivos, al momento de determinar el régimen jurídico que fundamentará la prestación de servicios y la satisfacción de las necesidades públicas. Por tanto, aun tratándose de la prestación de servicios por entes privados, la intervención y regulación estatal- necesaria y proporcional- sigue siendo importante para asegurar la satisfacción del interés y necesidad pública para el desarrollo y cohesión social. Reducir las funciones y obligaciones constitucionales de la Administración Pública, respecto a la prestación de los servicios, debilitaría la garantía constitucional sobre la satisfacción de los intereses públicos; y bajo tal escenario, dicha satisfacción podría quedar supeditada a las fuerzas del mercado y a la actividad privada.

Por otra parte, una de las características y fundamento del servicio público, es la satisfacción de la colectividad en general; según la norma fundamental, el Estado está obligado a garantizar la satisfacción de los derechos fundamentales y sociales, y por tanto, tiene también el deber de asegurar su eficacia. Es decir, que la idea de dejar la prestación de servicios bajo un régimen estrictamente basado en la libre concurrencia de la iniciativa privada, representaría una transgresión a la aplicabilidad restricta a la que hace referencia el

²⁰ GABARDO, E., WUNDER, D. O suposto caráter autoritária da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica”. São Paulo: Atlas. 2010. p 39.

²¹ ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. 2. ed. p. 107.

texto constitucional. En otras palabras, limitar a la Administración Pública a un mero árbitro de las prestaciones de servicios es contraria a las obligaciones estatales derivadas de la Constitución, particularmente, respecto a la garantía de satisfacción de los derechos sociales fundamentales.

5 IMPACTO DE LA CRISIS ECONÓMICA

Las crisis económicas globales han avivado la discusión sobre el mejor modelo para la satisfacción de las necesidades de los administrados, sobre la supuesta mayor eficacia de los servicios privados frente a los servicios prestados por el Estado; y sobre todo, despertó la urgencia de implementar políticas públicas y medidas de austeridad en los gastos públicos.

Los servicios públicos precisan de la capacidad de inversión, y también representan gastos públicos que, en contextos de austeridad y crisis económicas, podrían ser recortados del presupuesto general de una nación. Aún en los casos en que el Estado no tenga las posibilidades, la capacidad o los medios para la prestación de determinados servicios públicos -en el tiempo, espacio y calidad adecuados- las prerrogativas de la Administración Pública para la satisfacción de las necesidades públicas no deberían trasladarse exclusivamente al sector privado, pues como vimos anteriormente, el servicio público sigue siendo una actividad exclusiva del Estado de acuerdo con la Constitución Federal; y excepcionalmente y subsidiariamente del sector privado de acuerdo al artículo 175 de la Constitución, fundamentada en la garantía de satisfacción de la necesidad de la colectividad. En otras palabras, aún en un contexto de crisis económica, los Estados deberían buscar soluciones congruentes con los mandatos constitucionales y con el interés común.

La finalidad u objeto de la prestación de servicios públicos, por una parte, se fundamenta en la satisfacción de una necesidad o interés público; es decir, que no todos los individuos van a necesitar que dicho servicio sea prestado²². Por otra parte, se fundamenta también en el interés solidario y colectivo, que vendría a estar representado por las ventajas de vivir en una sociedad más desarrollada y con mejores índices de estabilidad general como efecto del bienestar común de las mayorías. Es decir que, la satisfacción de necesidades de las mayorías, de acuerdo con los ideales de solidaridad e igualdad francés, representa un interés a posteriori; de tal manera que, el interés de la porción de individuos

²² GORDILLO, A. Derecho administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho administrativo, 1951. p. 467.

que no tenían una determinada necesidad al momento de la prestación del servicio, no radicaría en recibir los beneficios de la prestación del servicio en sí, sino que radicaría en el interés solidario y colectivo. El ideal francés de la solidaridad como fundamento para la prestación del servicio público, como podemos ver, amplía y generaliza las posibilidades de desarrollo de las mayorías, pues la idea de servicio público contribuye a la solución de problemas vitales de las mayorías²³. Sumado a ello, los derechos sociales y fundamentales, sea que estos estén expresamente categorizados como tales en los textos constitucionales o solo como derivación del derecho y principio de la dignidad humana, dotan de fuerza y fundamento propio al derecho de exigir al Estado la prestación adecuada de los servicios públicos para la satisfacción de las necesidades básicas²⁴.

Las crisis económicas globales actuales podrían haber favorecido pensamientos a favor de la intervención de la actividad económica privada frente a la actividad administrativa estatal, teniendo como efecto directo o indirecto, una aparente crisis y desatención a los fundamentos que legitima al servicio público. El lucro en la prestación de servicios, no es contraria a los principios constitucionales, ya que el mismo texto constitucional permite la aplicación de figuras de derecho privado en la actividad administrativa; sin embargo, la norma fundamental es enfática al establecer la excepcionalidad de este tipo de autorizaciones, permisos o concesiones en manos privadas.

CONSIDERACIONES FINALES

Como hemos visto, el servicio público, se vuelve el medio para la garantía de eficacia de los derechos sociales de la colectividad, y para el desarrollo igualitario y equitativo de una sociedad. Los fundamentos axiológicos y jurídicos del servicio público, es decir, el interés común y el bienestar colectivo, aún continúan vigentes. La satisfacción de las necesidades e intereses colectivos responden a una realidad social, y a la garantía de cumplimiento de un mandato constitucional. Entonces, frente a esfuerzos dirigidos a la reducción de las actividades estatales para desmonopolizar los servicios públicos -debido a la supuesta eficacia y mejor capacidad del sector privado de ampliar y brindar mejores servicios a los administrados- se enfrentarán con el ejercicio de las

²³ MOREIRA, D. Uma Avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 71.

²⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, J. El Derecho administrativo ante la crisis (el Derecho administrativo Social). Santa Fe: Revista Eurolatinoamericana de Derecho administrativo, 2015. vol.2 no.2. p. 13.

prerrogativas de la Administración Pública dadas por la Constitución, respecto a la regulación estatal como un contrapeso necesario en defensa y representación de la voluntad de la colectividad.

Si bien la crisis económica replantea la planificación presupuestaria nacional, las medidas y políticas públicas de austeridad gubernamental, necesariamente deben abordarse tomando en cuenta el interés colectivo. Los recortes a los presupuestos que financian la prestación de servicios públicos, o la preferencia por la prestación de servicios por entes privados, debe ser analizado bajo un enfoque de derechos sociales fundamentales, que considere los efectos sociales a largo plazo de tales medidas; puesto que el retorno de la inversión de fondos públicos en la prestación, implementación, y funcionamiento de los servicios públicos se traduce al final en el bienestar y desarrollo de las mayorías, para que en el futuro tengan una mejor capacidad de resiliencia frente a posibles crisis económicas.

REFERENCIAS

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. 2. ed.

DI PIETRO, M. S. **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DUGUIT, L. **Traité de droit constitutionnel**. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. 1928. ed. 3. t. 2.

GABARDO, E., WUNDER, D. **O suposto caráter autoritária da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica**. São Paulo: Atlas. 2010.

GORDILLO, A. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Fundación de Derecho administrativo, 1951.

MARCONDES, Ricardo. **Regulação Administrativa a luz da Constituição Federal**. São Paulo: PC, 2011.

MARIENHOFF, M. **Tratado de Derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. t. 2.

MEDAUAR, O. Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral. In: MOREIRA, D. **Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo** (obra em homenagem a Eduardo Garcia de Enterría). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. 32ª ed.

MONTAÑA, A. **El concepto de servicio público en el derecho administrativo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

MOREIRA, D. **Uma Avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. **El Derecho administrativo ante la crisis** (el Derecho administrativo Social). Santa Fe: Revista Eurolatinoamericana de Derecho administrativo, 2015. vol.2 no.2

SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001. 19. ed. rev. atual. e ampl.

SORACE, D. Servizi Pubblici e Servizi (Economici) da Pubblica Utilità, Diritto Pubblico. 1999. Citado por PIGNATARO, S. **Il pubblico servizio nel diritto interno**: nozione, classificazione e risvolti (con particolare riguardo alla realtà degli Enti locali). Disponibile en: http://old.sentenzeitalia.it/uploads/news_attachment/file/903/903/Articolo_PIGNATARO_Sergio_Pubblico_servizio.pdf. Acceso: 5 oct. 2016.