

REVISTA
EUROLATINOAMERICANA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 9 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2022 | ISSN 2362-583X



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



¿La universidad estatal es un servicio público?

Is the state university a public service?

MARIANO OSVALDO CARBAJALES ^{1,*}

¹ Universidad Católica de Temuco (Temuco, Chile)

mcarbajales@uct.cl

<https://orcid.org/0000-0003-3207-199x>

Recibido el/Received: 04.08.2022 / 4 August 2022

Aprobado el/Approved: 16.12.2022 / 16 December 2022

RESUMEN

En el presente trabajo, a partir de un caso suscitado ante el Tribunal Constitucional Chileno, se intenta revisar si la universidad estatal ha de considerarse como un servicio público. Para ello, se pasará una somera revista de este concepto político-jurídico, tanto desde el punto de vista jurídico como de las ciencias económicas. Ello así pues consideramos que el aporte de esta última ciencia puede contribuir a limitar la indeterminación y politización que ha sufrido este concepto a lo largo de la doctrina y la jurisprudencia y, de este modo, contribuir a salvaguardar la naturaleza de la primera y dar un contenido material y verificable al segundo. En pocas palabras, fortalecer el Estado de Derecho.

Palabras clave: universidad; servicio público; análisis económico del derecho; autonomía universitaria; estado de derecho.

ABSTRACT

In this paper, based on a case brought before the Chilean Constitutional Court, an attempt is made to review whether the state university should be considered as a public service. For this, a brief review of this political-legal concept will be passed, both from the legal point of view and from the economic sciences. Thus, we consider that the contribution of the latter science can help to limit the indeterminacy and politicization that this concept has suffered throughout the doctrine and jurisprudence and, in this way, contribute to safeguard the nature of the former and give a material and verifiable content to the second. In short, strengthen the rule of law.

Keywords: University; public service; economic analysis of law; autonomy; rule of law.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* CARBAJALES, Mariano Osvaldo ¿La Universidad estatal es un servicio público? **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 9, n. 2, p. 343-371, jul./dic. 2022. DOI 10.14409/redoeda.v9i2.11861

* Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, España). Académico de la Universidad Católica de Temuco, Chile. E-mail: mcarbajales@uct.cl



SUMARIO

1. Introducción; **2.** Acerca del concepto económico de bienes y servicios públicos; **3.** El servicio público como concepto jurídico; **4.** La Universidad estatal ¿servicio público?; **5.** La Universidad estatal no es un órgano de la Administración del Estado; **6.** Conclusiones. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El 6 de enero de 2011, el Rector de la Universidad de Chile, dedujo un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad¹ de la parte final del inciso primero del artículo 2° de la Ley N° 20.285, de Transparencia y Acceso a la información pública (en adelante La Ley) el cual, establece que : *Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las Municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*²

El recurso de inaplicabilidad tiene su causa en la decisión del Consejo de la Transparencia (en adelante El Consejo) -entidad autónoma del Estado- ante la interposición de amparo de un estudiante en contra de la Universidad, fundado en la denegatoria de la casa de estudios de entregar copia íntegra y fiel de las Actas de la Comisión *Ad-Hoc* de Claustro y copia íntegra y fiel de la nómina del personal que desempeña sus funciones en la Facultad de Derecho, incluyendo la remuneración, beneficios, función, cargo, grado y el inicio de sus funciones, requeridas por el amparista. El Consejo estimó que las causales de reserva o secreto invocadas por la Universidad para denegar la solicitud deben ser interpretadas de manera estricta, toda vez que limitan un derecho fundamental, por lo que cuando se invoca una de las causales prescritas tanto en la Constitución como en la Ley de Transparencia, corresponde probar su concurrencia a quien la alega, lo que no ocurre en el caso³.

Ante tal decisión, la Universidad interpuso un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelación de Santiago⁴. En sus fundamentos, alegó que el Consejo no tenía competencia para ordenar a la Universidad entregar la información requerida y que su decisión

¹ El requerimiento o la acción de inaplicabilidad ha sido definida por el Tribunal Constitucional chileno como aquella acción procesal destinada a obtener del Tribunal Constitucional la declaración de inaplicable de un precepto legal (en un asunto judicial concreto —gestión—, seguido ante un tribunal ordinario o especial y que se encuentra pendiente), mediante un examen concreto, por el cual es necesario determinar si tal precepto alegado, de ser aplicado en la gestión pendiente, produce efectos contrarios o no a la Carta Fundamental (Cfr. Art. 93 de la Constitución Política de la República)

² cFR. Rol TC: 1892-11-INA

³ El art. 21 de la ley 20.805 establece que: - *Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: 1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido*

⁴ Art. 28 de la Ley.



violaba el art. 33 de la Ley 20.285⁵, el cual establece las funciones y atribuciones de ese órgano del Estado. Además, consideró que este inciso de la ley no le es aplicable sino el inciso 4°, el cual establece que: “Los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente”

La Corte de Apelaciones rechazó el reclamo interpuesto por la Universidad, afirmando que la Ley de Transparencia era plenamente aplicable a la Universidad por ser ésta: “un servicio público creado para el cumplimiento de su función administrativa”, lo que motivó que la Universidad se alzara en Queja ante la Suprema Corte de Justicia, fundándose para ello en el actuar fallido y abusivo de la Sala de la Corte al momento de interpretar la Ley de Transparencia y afirmando que la Universidad es un órgano de Administración del Estado al que no le es aplicable el principio de transparencia en la función pública sino su propia ley orgánica, tal como establece la propia Ley de Transparencia en su art. 2 inc. 4⁶. Además, consideró que no es un órgano ni un servicio creado para el cumplimiento de la función administrativa sino un órgano del Estado, autónomo, tal como indica expresamente el art. 1° del Decreto con Fuerza de ley 3, de 2006, del Ministerio de Educación Superior: *La Universidad de Chile, Persona Jurídica de Derecho Público Autónoma, es una Institución de Educación Superior del Estado de carácter nacional y público, con personalidad jurídica, patrimonio propio, y plena autonomía académica, económica y administrativa, (...)*, añadiendo a continuación que la institución

⁵ Artículo 33.- El Consejo tendrá las siguientes funciones y atribuciones: a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas. b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley. c) Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación. d) Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación. e) Formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información que posean. f) Proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información. g) Realizar, directamente o a través de terceros, actividades de capacitación de funcionarios públicos en materias de transparencia y acceso a la información. h) Realizar actividades de difusión e información al público, sobre las materias de su competencia. i) Efectuar estadísticas y reportes sobre transparencia y acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y sobre el cumplimiento de esta ley. j) Velar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado. k) Colaborar con y recibir cooperación de órganos públicos y personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, en el ámbito de su competencia. l) Celebrar los demás actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. m) Velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado.

⁶ Art. 2.: “Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa (...). Los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente.



universitaria se aleja de los elementos consustanciales y formales de un servicio público y que el TC, en su sentencia rol 523, consideró que las universidades, sean públicas o privadas, constituyen cuerpos intermedios y autónomos.

Asimismo, en el rol 1295, el mismo Tribunal sentenció que: *los grupos intermedios, que pueden realizar funciones públicas, son distintos de los servicios públicos creados para el cumplimiento de una función administrativa* y, a diferencia de éstos últimos, gozan de autonomía máxima, por la naturaleza de su función. La recurrente entendió además que la autonomía universitaria encuentra su fundamento, además de en el art. 1 inc. 3° de la Constitución Política de la República⁷, en su art. 19.1, el cual garantiza la libertad de enseñanza, que, entre otras, cosas, implica el derecho de las instituciones educativas a autogobernarse, organizarse y dictar sus propias normas, sin más limitación que las normas de la moral, el orden público, las buenas costumbres y la seguridad nacional.

Sin embargo, en este caso, el TC, avaló la decisión de la Corte de Apelaciones. Al respecto, en una primera aproximación, cabe preguntarse el porqué de este cambio del criterio que, a nuestro juicio, denota un error tanto del concepto de función administrativa como del concepto de servicio público. Es dable destacar que los precedentes citados por la recurrente son casi diez años posteriores al invocado en este caso por el propio TC al considerar a la Universidad como un órgano de la Administración del Estado para el cumplimiento de una función administrativa, en una interpretación más que amplia del art. 1 de la LOCBAGE.

Para arribar a tal conclusión, el TC consideró que siendo la Universidad de Chile una institución pública, con personería jurídica propia, debe ser encuadrada dentro de alguna de las categorías con que la Constitución le otorga a la organización del Estado y, toda vez que no forma parte del Poder Judicial ni del Poder Legislativo, “ni tampoco es expresamente considerada con una categoría especial y diferenciada como lo son el Ministerio Público o el Tribunal Constitucional”, la doctrina y la jurisprudencia es conteste, afirma el TC, en considerarla como “servicio público descentralizado de la Administración del Estado”.

Por su parte, el amparista, en su calidad de parte interesada en el recurso, alega que es la propia Universidad la que se hizo sujeto pasible de la Ley al invocar la reserva temporal de entrega de información prevista en la letra b) del numeral 1° del artículo 21 y solicita se declare improcedente. Entre los argumentos invocados, nos interesa destacar el que considera que la Universidad de Chile es un servicio público. En este sentido, sostiene que la Constitución ha sujetado a la institución de educación superior a los principios de legalidad, probidad, publicidad y transparencia, prescritos en sus art.

⁷ “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”



6, 7 y 8, por considerarla un órgano de la Administración del Estado y que en ese mismo carácter está incluida en la Ley Orgánica Constitucional de Bases de Administración General del Estado⁸, equiparando los rectores de la Universidad Pública a “los jefes de servicio”. Añade que a la Universidad le es íntegramente aplicable el inciso 2° del artículo 2 de la Ley de Transparencia y no el inciso 4°, como pretende la requirente, y precisa que la Ley ha previsto expresamente aquellos órganos que se regirán por sus propias leyes orgánicas como lo demuestra la inclusión del Congreso, el Banco Central, la contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional. Concluye sosteniendo que tanto el TC, en su sentencia rol 352 como la Contraloría General de la República, en diversos de sus dictámenes, han manifestado invariablemente el carácter de servicio público de la Universidad, junto con su carácter de órgano descentralizado de la Administración General del Estado.

Los argumentos expuestos precedentemente me llevan a considerar que el concepto de servicio público adoptados tanto por la Corte de Apelaciones como por el TC no es estricto dejando así un amplio margen de discrecionalidad para su definición e interpretación. El fallo, no obstante, el tiempo transcurrido y los comentarios a los que el mismo ha dado lugar, contiene una enseñanza sobre la naturaleza de la Universidad estatal y del servicio público que hemos considerado fundamental reconsiderar en tiempos constituyentes como los que está atravesando Chile. A ello, cabe añadir que, en el caso en comento, queda seriamente dañada la autonomía universitaria.

Por otro lado, cabe reflexionar sobre el considerando quinto del caso, donde el TC sostiene que las “universidades estatales poseen todos los rasgos peculiares y distintivos que caracterizan a los servicios públicos de la Administración del Estado si, al mismo tiempo, tenemos presente que en el rol 523, consideró que las universidades, sean públicas o privadas, constituyen cuerpos intermedios y autónomos y en rol 1295 sentenció que: *los grupos intermedios, que pueden realizar funciones públicas, son distintos de los servicios públicos creados para el cumplimiento de una función administrativa.*

Ante tal cambio de criterio, no puede sino concluirse que el concepto de servicio público, tal como muchos autores han sostenido, es un concepto cargado de un contenido histórico y político ineludible,⁹ y si esto es así, entonces, carecería de un contenido material (y jurídico), siendo el legislador o, bien, el juez a través de su interpretación quienes deciden qué ha de considerarse un servicio público.

⁸ Concretamente, sus artículos 1, 32 y 40.

⁹ Cfr. entre otros, MELIÁN GIL, J, El servicio público como categoría jurídica, **Cuadernos de Derecho Público, núm. 2 (septiembre-diciembre 1997)**, Madrid, p. 75-86.



2. ACERCA DEL CONCEPTO ECONÓMICO DE BIENES Y SERVICIOS PÚBLICOS

Desde el punto de vista económico una actividad se califica como servicio público cuando reúne dos características: ausencia de rivalidad y de excluibilidad. Por la primera, se significa que una actividad carece del incentivo económico necesario para que sea emprendida o desarrollada por un particular, por lo cual su emprendimiento resulta económicamente inviable. Por la segunda, que resulta imposible excluir del uso del servicio a quienes no pagan la contraprestación debida. Un típico ejemplo de esta última característica bien lo puede constituir el faro que alumbró la senda de navegantes nocturnos. Su iluminación es para todo aquel navegante en la oscuridad de la noche, sin poder excluir o individualizar quien lo usa y quién no y así, quienes podrían pagar por su uso finalmente dejarán de hacerlo al saber que otros que no pagan hacen uso del mismo servicio.

Con relación a los bienes, se consideran públicos aquellos cuyo consumo por parte de un individuo no reduce, ni real ni potencialmente, su cantidad disponible para otro individuo. En otras palabras, no es un recurso escaso. Al no ser un recurso escaso no existe rivalidad entre los consumidores para la consumición de tal bien. La doctrina económica ha denominado a este tipo de bienes como bien público puro.

Otra de las características del bien público es la no exclusión. Es decir, es imposible evitar que otros, que no pagan por él, usen el mismo servicio o consuman el mismo bien (o al menos su costo es más alto que los beneficios que con él se podrían obtener si se pretende cobrar por su uso).

Una tercera y última característica de los bienes públicos es que su mayor uso implica mayores costos, pero no mayores beneficios (independencia de los costos). Como típico ejemplo de bien público puro podemos citar la defensa nacional (que por ello presta el Estado). Este servicio reúne claramente las tres características de los bienes públicos puros que hemos mencionado: no rivalidad, no exclusividad y costos independientes del número de beneficiarios. En el mismo caso se encuentra el servicio policial.

Estas características de los bienes públicos: no rivalidad, no exclusividad, y costos independientes de su uso, hacen que no sean bienes aptos para ser prestados por el mercado y es por ello que requieren la intervención del Estado. En términos económicos, ello se explica indicando que el coste marginal de consumir un bien, es nulo y entonces, el consumidor puede ofrecer un precio muy bajo al productor por el derecho a consumir su producto. Así, puesto que todos los consumidores se comportan de forma similar, el pago ofrecido por ellos será insuficiente para cubrir los costes de producción y, en consecuencia, no se producirá nada o será de forma ineficiente. Este fenómeno explica que la mayoría de los bienes públicos no sean suministrados por los mercados privados, ya que éstos tienen dificultades para garantizar que se produzca la cantidad correcta.



El problema fundamental de los bienes públicos radica en que la regla económica que nos dice que el Precio (P) debe igualar al Costo marginal (C_{ma}) para hallarse en equilibrio, lleva a una oferta nula o insuficiente por parte del mecanismo de los precios (oferta y demanda en el mercado) pues el coste de una unidad adicional del bien, una vez que ya se está produciendo, es cero. Por ello el sistema de mercado no es apto para proveerlos y se requiere de la intervención del Estado. En otras palabras, en la competencia entre bienes públicos y privados no se podría cumplir el equilibrio u “óptimo paretiano”, situación en la cual ninguna redistribución admisible de los productos o factores podría aumentar el nivel de utilidad de una economía sin disminuir el nivel de otras puesto que, como hemos visto, el consumo de un bien público no excluye ni reduce la posibilidad del uso o consumo por un tercero

El bien (o servicio) público, será producido (o provisto) en la cantidad apropiada cuando el precio correspondiente sea igual a la suma de las cantidades que los distintos individuos están dispuestos a pagar por una unidad adicional del bien. Esta condición de eficiencia se debe a que el consumo de un individuo no compite con el de otros, esto es, todos los individuos se benefician simultáneamente de cada una de las unidades del bien público. Es aquí donde radica el problema de los bienes públicos: en la imposibilidad o dificultad de disponer de unos precios personalizados que, además, correspondan con las verdaderas preferencias individuales.

Por este motivo es que suele argumentarse que la provisión de este tipo de bienes ha de financiarse con impuestos, destinados específicamente a tal fin y que recaigan directamente sobre los propios usuarios de modo que éstos estarán interesados en revelar sus reales preferencias sobre tal bien o servicio. Esto, sin embargo, puede acarrear problemas de solidaridad o equidad (justicia distributiva) y, además, no parece solucionar satisfactoriamente el problema de la ineficiencia de la provisión de bienes públicos a menos que el esquema impositivo esté personalizado de tal manera que cada usuario pague con arreglo a su valoración del bien. Como he adelantado, un sistema de estas características es muy difícil, o casi imposible de llevar a la práctica dados sus elevados costos de aplicación.

3. EL SERVICIO PÚBLICO COMO CONCEPTO JURÍDICO

3.1. HISTORIA DE UNA INDETERMINACIÓN

Abordar el concepto de servicio público lleva consigo el peculiar desafío de delimitar su alcance y asignarle un significado que permita abarcar una cierta cantidad de actividades que creemos que deben quedar regulador con un régimen jurídico de excepción y, en consecuencia, excluir otras que deberían tener otro régimen. Desde su surgimiento hasta la actualidad, una cuestión ha quedado clara: existen tantas definiciones



como doctrinarios trataron el tema. El esclarecimiento del concepto ha sido motivo de controversias, concepciones antagónicas y numerosas confusiones. En cierto sentido, se trata de un concepto que presenta, por lo menos, dos desafíos. El primero es el de definir el Servicio Público, el cual no surge de ninguna fuente positiva. El segundo, una vez resuelto el primero, es determinar qué actividades merecen ser consideradas alcanzadas por el régimen bajo análisis.

En este apartado nos proponemos evitar que el concepto Servicio Público se convierta en un concepto jurídico vago o indeterminado, sujeto a la absoluta discrecionalidad legislativa, imbuida de condicionamientos políticos o partidistas, sin sustento material (más allá de su evidente e inevitable flexibilidad), y procurar determinar las notas jurídicas típicas que caracterizan a este instituto de derecho público, no sin antes advertir que parte de la doctrina ha considerado, ya desde hace más de 20 años, que nos encontramos frente a una crisis en el Servicio Público, reflejada en tres aspectos: 1) El fin que el servicio cumple, 2) la persona que lo presta y 3) el régimen que lo regula.

A mi entender, la imprecisión y la flexibilidad del concepto, forman parte de la esencia del Servicio Público. Es decir, su naturaleza indica que la institución debe ser flexible ante los distintos contextos históricos, demostrando la capacidad para cubrir bajo su régimen disímiles supuestos de hecho. CASSAGNE ha preferido hablar de una “evolución” del servicio público que plantea ciertos problemas como el de actividades de interés público cuya titularidad originaria recae en el sector privado. Para el autor argentino, no puede haber crisis en el fin que se persigue con la institución, ya que se trata de un elemento susceptible de ampliación o restricción conforme a los requerimientos de cada momento histórico, como así tampoco en la persona que atiende el servicio público (tratándose de un privado sería una ampliación de la institución), ni del régimen jurídico¹⁰

Por tal motivo, a fin de dotar a tal concepto de una noción más precisa, es que en el apartado siguiente nos abocaremos a lo que en la ciencia económica ha definido como un servicio público, considerando su conformidad con las leyes propias de dicha rama del saber.

El concepto jurídico de servicio público parece tener su nacimiento jurisprudencial y formal en el célebre caso “Blanco” del Tribunal de Conflictos francés, de 8 de febrero de 1873, con el que se inicia el enunciado de la teoría de la responsabilidad de la Administración, al considerar que la responsabilidad en que puede incurrir el Estado por los daños causados a los particulares, por la actuación de las personas que emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil, que rige las relaciones de particular a particular, estableciéndose que los tribunales

¹⁰ CASSAGNE, J. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción). **Revista de Administración Pública** Núm. 140. Mayo-agosto, 1996, p- 98-104.



judiciales ordinarios son incompetentes para conocer de las demandas formuladas contra la Administración en razón de los servicios públicos, que sólo son asumidos, precisamente, por los tribunales administrativos.

Con posterioridad, el caso “Terrier”, de 6 de febrero de 1903, consagra la tesis del Derecho Administrativo basado en el servicio público, puesto que adopta el criterio del servicio público como definidor de la competencia entre los tribunales ordinarios y los tribunales administrativos, resaltando la autonomía del Derecho al aplicar estos últimos como un ordenamiento propio, derivado de la actuación administrativa de los servicios públicos. En este célebre caso cabe resaltar las conclusiones del comisario de gobierno Romieu: *todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos generales o locales(...) constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza del dominio de la jurisdicción administrativa. (...) Todas las acciones entre las personas públicas y los terceros o entre las personas públicas, y fundadas en la ejecución o inejecución o la mala ejecución de un servicio público son de la competencia administrativa*

A partir de estos dos casos, el Consejo de Estado francés, y el Tribunal de Conflictos, han desarrollado aún más la teoría del servicio público y así se puede manifestar en el caso “Feutry”, de 28 de febrero de 1908, que hace valer ante el Tribunal de Conflictos la doctrina de la responsabilidad del poder público y la trascendencia del Derecho de los servicios públicos y finalmente, el caso “des Vosges” de 31 de octubre de 1912, que ha de fundamentar su resolución en la teoría de la cláusula exorbitante típica de la prestación de los servicios públicos y del régimen de las reglas jurídicas administrativas, de peculiar incidencia en dicho ámbito¹¹.

Sin embargo, según Corvalán, el nacimiento del servicio público, tiene sus orígenes mucho antes del mentado “arrét Blanco”. El autor sostiene que: *Los verdaderos servicios públicos surgen en el siglo XVII y se ubican principalmente en el área de las infraestructuras. El primer ámbito de intervención de las actividades organizadas a gran escala por la “potencia pública” está fundado en la necesidad de la organización colectiva en ámbitos vitales, esenciales para la vida en colectividad y la protección de la vida individual (...)*¹²

En definitiva, la noción de servicio público, aparece en claro a principios del siglo XVII. Es a partir de Carlos VII y de Enrique IV, cuando surgen iniciativas exitosas y sistemáticas en el ámbito de los servicios públicos. En concreto, la apertura de líneas de transportes públicos fluviales, servicio de locación de caballos, apertura del correo al público y secamiento de los pantanos.” Desde el ámbito jurisprudencial, Corvalán afirma que la noción de servicio público no tiene lugar con el famoso fallo “Blanco” sino

¹¹ Para una buena síntesis de esta evolución ver: ROMERO PÉREZ, J. La primera fase histórica del servicio público. **Revista de Ciencias Jurídicas** 138 (135-160) Setiembre-diciembre 2015, al que nos remitimos

¹² CORVALÁN, J. La definición de servicio público, Buenos Aires, **Diario de Jurisprudencia LA LEY**, 02/11/2007.



varios años antes con las causas, Delorme 27 de junio de 1835, Causa Pommier, le 1er juin 1849, Causa Delalain CE 5/1/1850 y la causa Clause CE 18 janvier 1851”.

De lo expuesto, puede desde ya inferirse que el concepto está sujeto al acontecer de los tiempos. Es un concepto, si se puede llamar así, “viviente”. Aun así, y con el fin de aproximarnos a un concepto que nos permita reunir sus caracteres comunes y, de este modo, procurar más precisión, mayor determinación y, consecuentemente, más seguridad jurídica, podemos adelantar que el Servicio Público es un régimen jurídico regulador de actividades en la esfera del derecho público. En este sentido, cabe destacar que, desde sus orígenes hasta nuestros días, se identifican dos posiciones básicas a su respecto: Una posición orgánica y una posición funcional.

El criterio orgánico, entiende al Servicio Público como la actividad desarrollada por el Estado a través de sus organismos. Desde esta postura si las autoridades públicas no se hacen cargo de la actividad, la necesidad pública quedaría insatisfecha, mal satisfecha o insuficientemente satisfecha. Por otro lado, el criterio funcional pone el foco en la necesidad a satisfacer. Para esta posición, existe servicio público siempre que se satisfaga aquella necesidad con sus características particulares, con independencia de la persona que lo preste¹³.

Partiendo de la base de alguno de los criterios expuestos, los doctrinarios han adoptado diversas definiciones

Marienhoff, considera que *servicio público es toda actividad de la Administración Pública o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal*¹⁴. Para el autor la creación del Servicio Público puede derivar tanto de un acto formal, como así también de un hecho o comportamiento de la autoridad pública, o de la propia naturaleza de la actividad. En ese sentido, se enrola en la doctrina funcionalista, al igual que Bielsa¹⁵ y Greca¹⁶.

En cuanto a las necesidades a satisfacer, el administrativista argentino desestima que la necesidad deba ser colectiva, ya que en su esencia ésta sólo se limitaría a las necesidades que se desprenden de la vida en comunidad, dejando de lado otro tipo de necesidades que emergen de necesidades fisiológicas como la alimentación, la salud, etc.¹⁷

¹³ En Chile, la ley Orgánica de la Administración del Estado, 18575, en su artículo 1° parece adoptar una postura que conjunta ambas posiciones: “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, (la cursiva es nuestra)

¹⁴ MARIENHOFF, M, **Tratado de derecho administrativo**, T. II. p.18, p.306 Disponible en: https://www.academia.edu/39682692/Tratado_de_Derecho_Administrativo_Miguel_Marienhoff_Tomo_II

¹⁵ BIELSA, R: **Derecho Administrativo**, T. 1º, Buenos Aires, p. 154-155, 1947.

¹⁶ GRECA, A.: **Derecho y Ciencia de la Administración Municipal**, V. 4 p. 192-193, 1948. Disponible en: <https://books.google.com.ec/books?id=VWJCAAAAIAAJ&dq=editions:UOM35112101994400&hl=es&pli=1>

¹⁷ MARIENHOFF, *ob. cit.* p.6.



Otros autores, consideran como esencial la declaración por ley formal. En ese sentido, Gordillo estima *que alguien la llame servicio público antes de existir la regulación legal de derecho público, expresa sólo su opinión personal de que convendría que esa actividad fuere objeto de regulación por el derecho público*¹⁸. Idéntica opinión asume Silva Cimma quien expresa que *es de responsabilidad grave del legislador manifestar cuáles necesidades, en determinada coyuntura histórica concreta, hacen imprescindible su sometimiento a un régimen de derecho público como única forma de asegurar su cobertura a la generalidad de la población*.¹⁹ Coincidentemente, Cassagne considera que “el acto de creación del servicio público debe ser llevado a cabo mediante una ley del respectivo parlamento (nacional o provincial)...”²⁰. Su fundamento se centra en la naturaleza que posee la ley, en la restricción a la propiedad y a la libertad que implica tal declaración y, en los casos de servicios públicos impropios, en la transformación de una actividad esencialmente libre a una actividad reglamentada.

En ese orden, los servicios públicos se clasifican en “propios”, según sean prestado por la Administración Pública o por intermedio de concesionarios y en “impropios” según si la actividad satisfactoria de un interés general es ejecutada por privados.

Garrido Falla en su obra “Las Transformaciones del Régimen Administrativo”²¹, al hablar de la crisis de la noción de servicio público, nos dice que la noción tradicional de servicio público se caracteriza por una cierta indeterminación de su contenido y pasa revista a la noción elaborada por autores como Duguit, para quien el servicio público es el centro de gravedad mismo del Derecho Público en cuyo papel debe sustituir al viejo concepto de soberanía definiéndolo como: “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado, y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de dicha actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y que es de tal naturaleza que no puede realizarse completamente si no es por la intervención de la fuerza gubernamental.”

Hauriou, por su parte, por otras vías y en una definición que llega hasta nuestros días, arriba a la misma conclusión: “El servicio público, dice el jurista francés, es la obra a realizar por la Administración; el Poder Público es el medio de realización”. La idea del poder público como poder central del Derecho Administrativo no tiene justificación más que por la realización del servicio público, el cual se rige por tres reglas fundamentales: 1) La regla de la continuidad en el servicio público; 2) La regla de la adaptabilidad

¹⁸ GORDILLO, A. **Teoría general del derecho administrativo**, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, T. 8, cap. 11, Servicios Públicos, p.406, 2013. Disponible en la web del autor: www.gordillo.com

¹⁹ SILVA CIMMA, E, **Derecho administrativo chileno y comparado**, t. IV, El Servicio Público. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 1-24,1995.

²⁰ CASSAGNE, J. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. II, cap. III, 2002. p. 361-373

²¹ GARRIDO FALLA, F. **Las transformaciones del régimen administrativo**, Madrid: Instituto de Estudios Políticos., 1962, p. 141



constante del servicio público; 3) La regla de la primacía del servicio público". Otros autores como Rolland definen al servicio público en un sentido amplio como "la empresa o institución de interés público, que, bajo la alta dirección de los gobernantes, está destinada a la satisfacción de necesidades colectivas del país."²²

La consecuencia de todas estas definiciones, es que muchos autores han llegado a la conclusión de que el servicio público no es una figura jurídica verdadera y propia. Así, por ejemplo, para el profesor Meilán, por ejemplo, nos dice que: "el servicio público es el resultado jurídico de determinados compromisos ideológico-políticos, económicos y sociales bajo la exaltación del progreso que las innovaciones tecnológicas hicieron posible. Responde a un determinado entendimiento de la relación Estado-Sociedad"²³. MALARET, por su lado, considera que el "servicio público es un mito legitimador de la acción del Estado"²⁴

3.2. HACIA UNA CONCEPCIÓN RESTRICTIVA DE SERVICIO PÚBLICO.

Frente a la noción "amplia" de servicio público existe también una noción restrictiva cuyo origen, de modo arbitrario, podemos situar en la doctrina sentada por Waline, Alessi, Vedel y, en el caso español, Garrido Falla, Gaspar Ariño, J. M López Muñoz, Juan Miguel De La Cuétara y el mismo Tribunal Supremo español que en su sentencia del 24 de Octubre de 1989 cuando definió al servicio público como: "forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua."

Para Garrido Falla, hay servicio público "cuando una colectividad administrativa, estimando que la iniciativa privada no provee convenientemente a una carga de necesidad o utilidad pública, ha decidido proveer a esa carga por medio de una empresa gestionada, sea directamente por ella a riesgo y ventura, sea bajo su control, distribuyéndose los riesgos con un explotador asociado financieramente, estando colocada esta empresa, total o parcialmente, bajo un régimen de Derecho Público que exorbita del común"²⁵

²² HAURIUO M, **La gestión administrativa**, trad. española publicada bajo el título Obra escogida, pág. 71, citado por Cassagne, ob. cit.

²³ MEILÁN, J. El Servicio Público en el Derecho Actual, **Revista de Derecho Administrativo**, número 15, Buenos Aires, p. 343,1994

²⁴ MALARET, E. Servicios Públicos, Funciones Públicas, Garantías de los Derechos de los Ciudadanos: Perennidad de las Necesidades, Transformación del Contexto, **Revista de Administración Pública**, número 145, Madrid, p.50, 1998, (citado por KRESALIJA ROSELLÓ, B. en "El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos", Themis, 39, disponible en: Dialnet-EIRolDelEstadoYLaGestionDeLosServiciosPublicos-5110169.pdf

²⁵ GARRRIDO FALLA, ob. Cit, p. 141.



Waline, en su Manual de Derecho Administrativo, distingue las siguientes formas de actividad administrativa: las policías; el estímulo o apoyo a la iniciativa particular (lo que, en otros países, se conoce con el nombre de “fomento”) y, por último, el servicio público. Este último es pues, “una” actividad administrativa pero no “toda” la actividad administrativa²⁶.

Alessi, divide a la actividad administrativa en cuatro grupos: 1º) Una actividad que se refiere a la organización jurídica objetiva o subjetiva del ente administrativo; 2º) Una actividad para conseguir los medios necesarios para el funcionamiento de la “maquinaria” estatal; 3º) Una actividad dirigida a asegurar el orden jurídico y seguridad social en las relaciones internas y la seguridad del Estado en las relaciones externas; y 4º) Actividad dirigida a proporcionar utilidad a los particulares, bien de orden jurídico, bien de orden económico social en relación con las necesidades físicas, económicas, intelectuales, espirituales, etc...de la población. Para este autor, el servicio público, en sentido amplio, se refiere a la tercera y cuarta de las actividades antes señaladas y en sentido estricto, sólo debe referirse al cuarto grupo. A su vez, dentro del servicio público, continúa este autor, hay que distinguir los servicios que se prestan “uti universi” y los “uti singuli”; para estos últimos, dice, hay que construir una teoría jurídica para la cual la noción que tenemos de servicio público no es suficiente, sino que debe quedar entregada en la más amplia “teoría de las prestaciones administrativas a los particulares”²⁷

Para Jordana de Pozas, en una clasificación similar a la de Waline, la actividad administrativa se escinde en actividad de policía, fomento y servicio público. En este sentido el servicio público tiene un valor jurídico concreto porque viene a definir un tipo de actividad administrativa frente a otros posibles tipos de actividad administrativa²⁸.

Para Vedel, el servicio público puede ser definido de dos modos: de un modo orgánico o formal o de un modo material. En su sentido orgánico o formal, el servicio público se caracteriza por una cierta organización: en este sentido, el servicio público es una empresa llevada a cabo por la Administración. En un sentido material, hace referencia a la naturaleza de la actividad, considerada independientemente de la organización que la ejerza. Luego, el autor define al servicio público como la actividad que tiende a satisfacer una necesidad de interés general. No obstante, señala el autor, tómesese uno u otro sentido, el servicio público siempre implica una actividad de interés general. y más adelante señala: “...los problemas con el concepto de servicio público han devenido por la disociación de estas dos nociones (el material y la formal) y que puede observarse en aquellas actividades que las personas públicas han desarrollado (y aún desarrollan) y

²⁶ RIVERO J et WALINE J, **Droit Administratif**. 19ª ed., París, Ed. Dalloz, 2002, p. 8.

²⁷ ALESSI, R. **Instituciones De Derecho Administrativo** t. I, 3º ed, Barcelona: Bosch. 275p. 1970.

²⁸ JORNADA DE POZAS, L, Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo, **Revista de Estudios Políticos**, Madrid. vol. XXVIII, pp. 42, 1949



que no son estrictamente un servicio público y, a la inversa, actividades que son servicios públicos llevados a cabo por particulares²⁹.

A continuación, el mismo autor trae a pie de página un interesante caso del Consejo de Estado Francés, que creemos oportuno traer a colación por su aporte al concepto que estamos analizando. En él, la Alta Asamblea establece cuáles han de ser los caracteres que ha de reunir el servicio público para configurarse como tal. Estos son: 1. Un servicio público cumple una misión de interés general. Es esta una condición necesaria pero no suficiente, para que una actividad constituya un servicio público; 2. La Administración ejerce un derecho de vigilancia sobre las modalidades de cumplimiento de esta misión de interés general. Esto se da en la hipótesis en la cual la Administración no le es permitido proteger o ayudar, pero se reserva un derecho de control sobre la manera en que el servicio es cumplido. 3. El organismo encargado de la gestión del servicio público es investido de prerrogativas de derecho público. 4. Como contrapartida a esas prerrogativas, la Administración dispone de un poder de tutela que ejerce al proponer la nominación de los miembros del Consejo de Administración y, por intermedio de un comisario del Gobierno, sobre las decisiones tomadas por los órganos de gestión.

En esta síntesis, Vedel señala que la problemática de la identificación de un servicio público se remite a dos casos:

El primero, relativamente simple, es aquél en el cual, orgánicamente, una actividad es asumida por una persona pública o, como en el caso de la concesión, por su cuenta. Se trata entonces de saber si tal actividad corresponde a un asunto de interés general. En este sentido, dejando aparte la gestión de dominio privado, las misiones de las que son investidas las personas morales de derecho público son misiones de interés general: La coincidencia del criterio funcional o material y orgánico o formal conduce a la certidumbre de que estamos en presencia de un servicio público.

El segundo caso es aquel en el cual un organismo no tiene el carácter de derecho público y es investido de una misión de interés general. Aquí, los criterios sentados por el Consejo de Estado en el caso "Narcy" encuentran su verdadero valor³⁰. En este caso convendrá examinar hasta dónde la Administración se ocupa de seguir el funcionamiento del servicio público también confiado a un organismo privado para determinar si hay o no verdaderamente un servicio público.

Gaspar Ariño ha definido al servicio público como: "aquella actividad propia del Estado (titularidad) o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, en régimen de Derecho Público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por empresa privada, de un servicio económico indispensable para la vida social"³¹

²⁹ Ver VEDEL G, DEVOLVÉ P. **Droit Administratif**, París, ed. PUF, Tome 2, Chapitre II, 1992

³⁰ CONSEJO DE ESTADO (CE), 28 de junio, de 1963, *Sieur Narcy*, A.J, 1964

³¹ Ver en **Contratación Pública II, Segundas Jornadas de Valladolid** (Coordinadores: J.L. Martínez López Muñiz y J.C. Lagunas de Paz). Ed. Marcial Pons, Valladolid, España. 1997. En idéntico sentido en **Economía y Estado**. Cap. IX, Madrid. Ed Marcial Pons, 1993.



Para el académico español, la esencia del servicio público está en lo que dice la ley: y es que estamos ante una actividad indispensable para la sociedad. servicios públicos son aquellas industrias, actividades, prestaciones, sin las cuales hoy nuestra vida no podría subsistir. Esto ocurre con el abastecimiento de agua, con el transporte público, con la energía eléctrica, con el servicio telefónico, con la recogida de basuras en una ciudad, con el transporte ferroviario y hoy, podríamos agregar a internet, a pesar que aún son pocas las legislaciones que así lo han admitido.

Hay actividades o industrias que no han sido siempre servicios públicos ni tienen por qué seguir siendo siempre servicios públicos, pero que, en un momento determinado de la evolución de la sociedad, la vida de las gentes descansa sobre ellas. Por tanto, el Estado las “publica”. Es decir, las declara mediante una ley – por la importancia que tiene esta decisión tiene que ser hecha por ley –, las declara servicio público. Así hemos asistido en los últimos años, a solemnes declaraciones legales en las que actividades como las telecomunicaciones, el gas, la energía eléctrica, el transporte regular, y hasta la televisión, entre otra, han sido declaradas “servicio público”, lo que supone que el Estado las incorpora a su quehacer, a su ámbito de actividad, las reserva para sí y la extrae del ámbito de libertad de los particulares.

La segunda nota es que servicios públicos son siempre actividades de contenido económico y técnico. Es decir, actividades que no son esencialmente estatales. servicio público no es la justicia, que es una actividad soberana; no es la milicia; no es la hacienda; no es la diplomacia. Éstas son ejercicio de funciones soberanas que han constituido siempre la esencia del Estado. El servicio público son actividades que no fueron estatales en su origen, ni suponen ejercicio de autoridad, pero que en un determinado momento de la evolución económico-social han sido asumidas por el Estado como propias del mismo. Segunda nota, pues, es que el servicio público no es una actividad soberana, sino que es una actividad de contenido económico y técnico.

La tercera nota es que, declarado servicio público una actividad, queda eliminada, queda extinguida o suprimida la libertad de empresa respecto de aquel sector. Por lo tanto, queda vetada la entrada en ese sector a cualquier empresa privada que no reúna un título habilitante suficiente para acceder a dicha actividad. A este título en España se le ha dado en llamar “concesión administrativa”

Finalmente, de cuanto se ha dicho se deduce que el servicio público es siempre de carácter temporal, mientras que siga siendo servicio público. Y por eso el título por el cual uno ejerce esa actividad no es permanente, sino que tiene un plazo de tiempo al final del cual se produce la extinción de esa relación o de ese contrato, y el servicio revierte a su titular y el patrimonio o instalaciones sobre los que el servicio está montado, revierten igualmente al titular del mismo. Por tanto, el servicio es también temporal. No hay servicios públicos permanentes como lo son las actividades libres, económicas.



Para Rodolfo Barra, el servicio público debe reunir los siguientes caracteres: a) que la actividad sea de competencia estatal (titularidad o “publicatio”); b) que tal competencia no pueda ser compartida con los administrados (“publicatio” plena) y c) que la ejecución de la actividad (no así la titularidad de la competencia) puede ser transferida a los administrados sin afectar ninguno de los atributos esenciales del poder estatal. Respecto de esto último, el mismo autor distingue lo que ha denominado “delegación trans-estructural de cometidos”, que supone la transferencia por parte del Estado del ejercicio de cometidos sobre los cuales se operó la “publicatio”, a favor de un administrado.³²

En Chile, la Ley 18.575 Orgánica Constitucional Básica de Administración General del Estado (LOCBAGE) deja al legislador la exclusiva competencia de crear servicios públicos y la LOCBAGE define a estos con un criterio orgánica (art. 25)³³. Sin embargo, lo que se gana en certeza y claridad, se puede perder en razonabilidad y libertad. En efecto, al quedar en manos del legislador la calificación de una actividad como servicio público, el concepto se convierte en un concepto más político que estrictamente jurídico. Si bien ello es una realidad inevitable en un sistema de gobierno democrático también es propio de este sistema que el poder, incluso el del legislador, esté sujeto a controles. Por ello, el dotar al concepto de una mayor precisión y justificación permitirá un mayor control.

En el caso de Chile: la forma del control de legislador se ejerce, según la constitución de 1980, a través del control preventivo de constitucionalidad por el cual se puede impedir que una norma aprobada por el parlamento se incorpore al sistema jurídico. Para que tal impugnación logre su cometido, es necesario demostrar que la norma en cuestión viola un derecho constitucional.

3.3. EL SERVICIO PÚBLICO Y EL PRINCIPIO DE “FAVOR LIBERTATIS”

José Luis Martínez López Muñiz al referirse al servicio público, afirma que: “despublificar” servicios no tiene por qué suponer repliegues en las conquistas sociales alcanzadas por el llamado Estado de Bienestar. El objetivo, continua el catedrático español, ha de ser, más bien, el contrario, favoreciendo las condiciones para que sean los mismos ciudadanos quienes se comprometan directamente, en la mayor medida posible, ejerciendo su libertad y su responsabilidad personales, en la sustentación de las cotas alcanzadas y en su mejora, ejerciendo la Administración su acción complementaria con

³² Ver BARRA, R. “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público” en **Revista Jurídica Argentina La Ley**, t. 1982-B, pág. 370-373, Secc. Jurisprudencia (nota comentario al fallo dictado en la causa “Fundación San Marín de Tours” por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en fecha 15 de septiembre de 1981)

³³ “Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”



un sistema de garantías últimas cuando sean necesarias.” Y en otro lugar nos que es el “favor libertatis”, el principio rector.³⁴

El favor libertatis, es un principio que se vincula directamente con la inherente dignidad de la persona humana, de la cual se deriva su libertad. Por ello, El Estado, al momento de realizar una actividad o prestar un servicio debe favorecer o dar prioridad a que la misma sea desarrollada por los particulares. Y ello así aun cuando dicha actividad o servicio revista cierto interés público. En la esfera constitucional, no existe expresa y “latamente” un derecho a la libertad, sino la protección y garantía de “libertades concretas”: libertad de expresión, de ejercer toda industria lícita, de enseñanza, de tránsito, entre otras...

Lo antes dicho adquiere una trascendencia aún mayor si se trata de una institución histórica y constitucionalmente autónoma, como es la Universidad. En efecto, la Universidad, desde sus orígenes, ha nacido con una autonomía absoluta frente al Estado, y así ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico chileno y en el de la mayoría de los Estados de América Latina y también europeos³⁵.

En la Unión Europea, se ha hecho una distinción fundamental, de forma más precisa, el Libro Verde sobre servicios de interés general, COM (2003) 270 final, establece que los servicios de interés general son servicios que «las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público». A lo que añade que «abarcan un amplio espectro de actividades de diverso tipo —desde actividades propias de las grandes industrias de redes (energía, postales, transporte y telecomunicaciones) hasta la sanidad, la educación y los servicios sociales —de dimensiones diversas, unas de ámbito europeo, incluso mundial, otras de ámbito simplemente local— y de diferente naturaleza, sometidas o no a la disciplina de mercado».

De todo lo hasta aquí expuesto, puede concluirse, como lo hace Garrido Falla, que la noción de servicio público ha caído en un alto grado de indeterminación. Esta indeterminación - me permito agregar- parece ser una consecuencia, como no podía ser de otra manera tratándose de un área de estudio estrechamente vinculada a concepciones filosófico-políticas, de un cambio (o un “retorno”, según la perspectiva de la teoría política adoptada) de la noción de Estado y el rol que éste debe cumplir en la sociedad.

Sin embargo, más allá de las distintas posiciones adoptadas y la inherente mutabilidad del concepto, podemos hallar en él ciertos caracteres comunes en los que la mayoría de la doctrina parece coincidir, a saber: Continuidad, regularidad, igualdad, generalidad y obligatoriedad.

³⁴ MARTINEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. en su artículo: Nuevo Sistema Conceptual, en el **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Privatización, Liberalización de Servicios** (coord. Gaspar Ariño Ortiz), pag.141, Madrid, 1999.

³⁵ A modo simplemente ilustrativo, puede consultarse en la enciclopedia abierta on line Wikipedia, para observar una extensa enumeración de estados latinoamericanos que consagran la autonomía universitaria a nivel constitucional o legal.



4. ¿ES LA UNIVERSIDAD UN SERVICIO PÚBLICO?

Si consideramos lo afirmado en el acápite II acerca de la historia y la indeterminación jurídica del concepto de servicio público, podríamos responder a la pregunta que encabeza este apartado como “depende.” Sin embargo, ateniéndonos a la finalidad que nos hemos propuesto en el presente, cual es de la de dotar de mayor precisión, consistencia y control el concepto de servicio público, para lo cual nos hemos servido de las ciencias económicas, veremos a continuación que la historia y naturaleza propia de las Universidades nos llevan a arribar a una respuesta negativa.

“Las universidades nacieron como expresión del renacimiento intelectual iniciado en el siglo XI en torno a la filosofía y teología. Se formaron de las escuelas principalmente de las escuelas catedralicias llamadas a dar una enseñanza superior. La universidad nació no de una idea preconcebida, sino de la paulatina convergencia de circunstancias históricas. En último término fueron dos corrientes: la de los que querían aprender y la de los que estaban dispuestos a enseñar. Antes de que se constituyeran los estados europeos modernos, los estudiantes migraban por Europa en busca de la universidad de su interés. Allí empezaron a ser acogidos en hospicios llamados colegios, creados para dar albergue a los estudiantes, de regla, faltos de medios de sustento. Estas comunidades estaban tuteladas por maestros. La joven corporación universitaria luchó desde un comienzo por su autonomía frente a las autoridades locales, y en esta lucha encontró el apoyo de la Iglesia. La universidad se fundaba entonces por una bula pontificia. Entre los privilegios estaban, desde luego, el autogobierno, la potestad de conferir títulos, el *ius promovendi*, y en el siglo XIII se hizo un principio la gratuidad de los estudios”³⁶.

La universidad, tal como hoy la conocemos en todo el mundo, nace en la Edad Media, donde se la definió como *Studium Generale*. Un *Studium Generale* era una institución de educación superior fundada o, en todo caso, confirmada en su estatus por una autoridad de carácter universal, como el Papa o (menos frecuentemente) el emperador, cuyos miembros disfrutaban de un cierto número de derechos, igualmente universales en su aplicación, que trascendía todas las divisiones locales (tales como ciudades, diócesis, principados y estados)³⁷

Aranciba, refiriéndose a la autonomía universitaria, en opinión que suscribimos, considera que “La educación superior obedece (...), al despliegue natural de la capacidad intelectual y asociativa del hombre. Siendo el oficio universitario esencialmente de personas, el permiso que obtiene el académico para desempeñarlo es una simple autorización o fuero para ejercer un derecho del que ya es titular, bajo el supuesto que cumple las condiciones legales de interés público. No se trata, por tanto, de una «concesión»

³⁶ BENEDICTO CHUAQUI, J. Acerca de la historia de las universidades. **Revista chilena de pediatría**. v.73 n.6 Santiago nov. 2002.

³⁷ VERGER J. **A History of Universities in Europe**, Cambridge University Press, UK, 1991. edit on line 2013, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511599507>.



del Estado porque este no puede conceder algo que ya pertenecía a la persona. El sujeto licenciado para desarrollar dicha función no lo hace «por» y «a nombre» del Estado, como ocurre en las concesiones, sino por sí mismo. Esta distinción es fundamental y es la que explica, por ejemplo, que las primeras universidades del mundo fueron corporaciones o gremios sujetos a un régimen de licenciamiento de la autoridad civil o religiosa conforme a la ley, sin perjuicio de haber recibido apoyo fiscal. (...) Chile no ha sido la excepción, porque sus dos primeras universidades fueron de naturaleza gremial –en oposición a estatal– y sujetas a un régimen de autorización pontificia, imperial o real de sus estatutos según las leyes y constituciones indianas. 3 La primera, de Santo Tomás, fue constituida en 1622 por la orden de los dominicos en virtud de un privilegio concedido por el papa Paulo V a solicitud del rey Felipe III. 4 Asimismo, la segunda, de San Felipe, fue erigida en virtud de la «licencia» dada por el rey Felipe V en 1738 ante la solicitud de los vecinos y del obispo de Santiago. La prestación directa, en cambio, supone que el Estado asume por ley la titularidad de la actividad universitaria, y la desarrolla bajo una modalidad exclusiva o en conjunto con los particulares”³⁸.

Si bien Arancibia está pensando en la universidad de naturaleza privada, consideramos que sus palabras también pueden ser aplicables a la universidad estatal, pues el origen de la iniciativa, que puede responder a determinadas razones históricas, no quita a la institución universitaria su naturaleza intrínseca. El Estado, como garante y promotor del bien común, puede tener iniciativas que sean de un origen y naturaleza esencialmente privadas, siempre que en tales iniciativas no disminuya el legítimo ámbito de libertad de los particulares, lo que implica que tales iniciativas deban estar sujetas a las mismas reglas que la Universidad privada a fin de no afectar el principio constitucional de igualdad.

Sobre este particular, el mismo autor señala que: “De ahí que la universidad estatal no sea de suyo o per se necesaria, pues solo se justifica ante la incapacidad de los esfuerzos gremiales en el largo plazo por satisfacer las necesidades públicas en materia de educación superior. Es el caso, por ejemplo, de la Universidad de Chile, que fue creada para afrontar las necesidades de educación superior con un claro sentido de cobertura, identidad y unidad nacional que, a juicio del legislador, la Universidad Real de San Felipe no era capaz de satisfacer”³⁹. Una realidad similar se observa en el resto de las universidades estatales, que son calificadas de «necesarias» por el legislador para suplir deficiencias educativas en una materia o territorio determinados”⁴⁰.

³⁸ ARANCIBIA J. La autonomía universitaria ante el derecho. **La universidad en debate. 18 miradas sobre una controversia**. Santiago de Chile, Ed: J.A. Guzmán, J.I Brito. Universidad de los Andes, p. 47, 2018.

³⁹ Cfr. SERRAMP S. **Universidad y nación Chile en el siglo XIX**, Editorial Universitaria, Santiago de Chile., 2016 (citado por ARANCIBIA, ob. cit.)

⁴⁰ ARANCIBIA, pone como ejemplo la Universidad Técnica del Estado fue creada por el Decreto 1.831 de Educación Pública de 1947 para impulsar el desarrollo de la educación técnico-profesional y la creación de las universidades estatales en las regiones del Libertador General Bernardo O’Higgins y de Aysén del General



Del relato precedente, podemos ver cómo la universidad nace como una comunidad de alumnos y profesores con vocación a cultivar el saber. Desde sus orígenes, es una entidad totalmente ajena al Estado⁴¹. Su autonomía está dada por su capacidad de autogobierno, autorregulación y autoadministración. Esta autonomía constituye la esencia de la Universidad y cualquier intervención del Estado atentaría contra ella, desvirtuaría su naturaleza⁴², la cual no reúne ninguna de las notas que la ciencia económica y jurídica han identificado como características de un servicio público.

4.1. LA UNIVERSIDAD NO ES UN SERVICIO PÚBLICO EN SENTIDO ECONÓMICO

La universidad no reúne las características de no exclusividad y no rivalidad puesto que la universidad tiene la capacidad de selectividad y excluibilidad, impidiendo su acceso a quienes no reúnan las condiciones que la propia institución universitaria establezca. Así, es posible evitar que otros ingresen y estudien en la Universidad y los beneficios obtenidos por sus dueños o emprendedores pueden ser superiores a los costos que representa su servicio. En otras palabras, la Universidad puede cobrar un arancel por sus servicios a quienes usen sus servicios y excluir o impedir el acceso a quienes no paguen por ello⁴³. En términos de análisis económicos, diremos que el precio (P) debe igualar al Costo marginal (Cm) y que el costo de producir una unidad adicional, una vez que el servicio se presta, no es igual a cero. En suma, la universidad presta un servicio que tiene un costo en todas sus unidades (facultades, carreras, etc...)

Por otro lado, la universidad es rivalizable. De hecho, existen muchas universidades compitiendo entre sí por captar alumnos a sus claustros y así poder mantener sus servicios tanto al alumnado como a la sociedad toda. En este último sentido, cabe mencionar

Carlos Ibáñez obedeció, principalmente, a razones de descentralización territorial ante la falta de oferta académica de calidad en esas zonas. Así lo menciona expresamente el Mensaje Presidencial núm. 189-362, de 17 de junio de 2014, que dio origen al proyecto de ley 9404-04, y que concluyó con la dictación de la ley núm. 20.842, (ARANCIBIA, ob.cit)

⁴¹ Al menos hasta cuando Napoleón decide romper con las universidades originarias y construir la “universidad imperial”, estatal, centralizada y privilegiada para enseñar a los ciudadanos lo que estos han de aprender.” (Cfr. B. Chuaqui, ob. cit.)

⁴² La Universidad, tal como hoy la conocemos en todo el mundo, nace en la Edad Media, donde se la definió como Studium Generale. Un Studium Generale era una institución de educación superior fundada o, en todo caso, confirmada en su estatus por una autoridad de carácter universal, como el Papa o (menos frecuentemente) el emperador, cuyos miembros disfrutaban de un cierto número de derechos, igualmente universales en su aplicación, que trascendían todas las divisiones locales (tales como ciudades, diócesis, principados y estados) (Cfr. VERGER J. A History of Universities in Europe, Cambridge University Press, Chapter I. p. 4-23, 1991.

⁴³ Estas reglas son también válidas para la Universidad pública o estatal que, por motivos de política pública, se puede ofrecer sin cobrar un arancel, o aún con ingreso irrestricto, pero, aun así, las reglas económicas que la rigen se mantienen. En este caso, los ingresos provendrán del presupuesto público, es decir, del impuesto de los ciudadanos u otras fuentes de financiamiento y sus costos deben ser cubiertos por su ingreso, sea cual fuere la fuente de las que provengan. De lo contrario, la Universidad entrará técnicamente en estado de quiebra o insolvencia.



que la universidad, en atención al interés público de su objeto, las hace merecedoras del aporte y el apoyo del Estado, como promotor del bien común. Esto es lo que en economía se conoce como “externalidades positivas”, es decir, sus beneficios rebalsan en toda la sociedad, excediendo el de sólo los estudiantes, individualmente considerados. En suma, la entidad universitaria es, por su propia naturaleza, excluyente⁴⁴ y rivalizable.

4.2. LA UNIVERSIDAD NO ES JURÍDICAMENTE UN SERVICIO PÚBLICO “SENSU STRICTO”

Desde la doctrina jurídica, tampoco la universidad reúne las notas características y constitutivas que la mayoría de los autores y juristas han considerado esenciales para calificar, desde el punto de vista sustancial o material, a un servicio como “público”. La universidad no está destinada a satisfacer necesidades generales inmediatas, concretas y necesarias y homogéneas, para la subsistencia de las personas, de modo permanente, regular, continuo e igualitario, sino que su finalidad es cultivar el saber, formar a las personas durante toda la vida, en forma diferenciada según las circunstancias personales de sus estudiantes y según su misión, visión y normas estatutarias (autonomía). Su formación se extiende, formalmente, a lo largo de un ciclo académico, durante el cual los estudiantes avanzan según sus capacidades y resultados (selectiva) y se gobierna, por sus propias autoridades electas según sus propios procedimientos (autogobierno). Como hemos visto, la universidad nace como un estamento privado, y no es de la titularidad propia ni originaria del Estado, aunque el Estado puede crear universidades de su propia titularidad, si así lo considera conveniente, sin por ello tener la necesidad de “publicificar” el servicio.

Sentado lo anterior, se torna necesario hacer una diferencia que consideramos fundamental entre “servicio público” e “interés público” y que guarda relación con las ya referidas externalidades positivas (en términos económicos) a las que nos referimos en el apartado II. al referirnos al concepto económico de servicio público y del beneficio que la actividad universitaria produce a la sociedad toda, más allá de quienes se forma en sus claustros. Al concepto de servicio público ya nos hemos referido in extenso en el apartado II y III, por lo cual no abundaremos en él. El concepto de interés público, merece ahora algunas aclaraciones.

Para GORDILLO, “El interés público no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad

⁴⁴ Usamos el término “excluyente” desde el punto de vista de la ciencia económica, es decir, que es una actividad que, por la naturaleza del servicio que presta, permite “excluir” a aquellos que no reúnen los méritos que según sus estatutos sean exigibles, o bien que paguen un arancel o cualquier criterio de “exclusión” que la universidad adopte para sí. No debemos confundir esta acepción económica con el sentido socio-político de la palabra exclusión. En este sentido, una universidad puede adoptar una política “inclusiva” en cuanto puede, por ejemplo, facilitar el acceso a aquellas personas que por condiciones socio-económicas, no tienen posibilidad de acceso a la educación universitaria



imprecisable; es sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes y por ello la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redundan en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad. Debe tratarse, también, de intereses coincidentes lato sensu, esto es, homogéneos” Seguidamente, el autor enumera al azar una serie de ejemplos que consideramos oportuno reiterar para notar la diferencia con el servicio público (...) “Hay interés público en los servicios de transporte, correos, teléfonos, electricidad, porque en definitiva cada individuo de una mayoría de habitantes tiene un interés personal y directo en viajar, comunicarse por escrito y por teléfono y tener energía eléctrica y ese interés público consiste en que cada individuo sea bien atendido en la prestación del servicio. *Adviértase que no queremos sostener con esto que sólo hay servicio público cuando se atienden intereses individuales en forma directa, pues ello responde a una doctrina ya superada y no podría negarse la existencia de algunos servicios que no se traducen en prestaciones individuales a personas determinadas,*(la cursiva es nuestra) pero sí debemos advertir que cuando un servicio efectivamente se traduce en prestaciones individuales, entonces el destinatario de esa prestación es fuera de toda duda el objeto principal del servicio, y es a él que el régimen jurídico debe proteger.”⁴⁵

Rafael BIELSA, propuso distinguir las funciones públicas de los servicios públicos. “Las primeras constituyen lo abstracto y general y los segundos lo concreto y particular. Las llamadas funciones públicas son esenciales para la defensa de la soberanía del estado, por ejemplo, la paz interior, el bienestar general y el afianzamiento de la justicia”⁴⁶. El servicio público, implica toda actividad pública o privada regulada por ley con el objeto de satisfacer necesidades colectivas. En este sentido, las razones que el legislador puede tener en un momento concreto y determinado para calificar a una actividad como servicio público, pueden ser otras que las de estricto interés público, como lo son las funciones públicas, de indudable interés público.

En el caso de las universidades, el interés público es inherente a su actividad: la formación de futuros profesionales que ejercerán su profesión en el seno de una comunidad, pero ello no tiene ni debe llevar a calificar a tal actividad como servicio público, ni aun cuando dicha actividad sea prestada por una universidad estatal (así como tampoco se considera servicio público una empresa pública).

Llegados aquí, cabe recordar que aún sin reunir todas las características que la doctrina jurídica y económica han considerado esenciales para que una actividad sea considerada como un servicio público, el legislador, en un Estado Democrático de Derecho, siempre tendrá la posibilidad de hacer que una actividad adquiera ese carácter por el

⁴⁵ En Teoría General del Derecho Administrativo, ob. cit.

⁴⁶ BIELSA, R ob. cit.



ministerio de la ley como es el caso de Chile⁴⁷, y tantos otros países del entorno latinoamericano. En este punto es donde nuestra tesis cobra vigor, puesto que una ley que declare a una actividad como “servicio público” sin una debida o adecuada justificación jurídico-económica, podría ser pasible, de ser revisada o impugnada por inconstitucional, al amparo de la legislación chilena por ser contrario al Art. 1° inc.3 de la Carta Fundamental⁴⁸. La declaración de una actividad como “servicio público” merece ser declarado por ley formal, en atención a las libertades que conculca, restringe o limita. En suma, se trata de aplicar el ya referido principio de “favor libertatis”.

5. LA UNIVERSIDAD ESTATAL COMO ÓRGANO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Finalmente, toca hacer ahora referencia a un argumento esgrimido por la Universidad en el recurso que ha dado motivo al presente, al considerar que la Universidad de Chile es un órgano de la administración del Estado al que ha de aplicarse el inciso 4° de La Ley⁴⁹. Argumento este que fue utilizado por su contraparte, para sostener que la Ley de Transparencia sí le es aplicable a la Universidad. Esta afirmación podría pasar desapercibida si no fuera por sus graves implicancias, si pretendemos ser consistentes con nuestra argumentación.

La teoría del órgano es una ficción jurídica que explica la forma en que se vincula jurídicamente el poder público y los individuos a fin de determinar la responsabilidad del accionar administrativo, a través de sus agentes y funcionarios. En otras palabras, es una teoría de imputación de responsabilidad. En el fallo *Caro Silva* (de 19 de octubre de 2005) la Corte Suprema dice que “la teoría del órgano se limita a constatar para hacer nacer la responsabilidad extracontractual del Estado, si el daño ha sido causado a consecuencia de la actuación, la omisión, del retardo o del funcionamiento parcial de un servicio, excluyendo del análisis si el daño resultante es imputable a culpa o negligencia del funcionario público”⁵⁰ lo que trasluce una confusión entre un órgano del Estado y un servicio público.

Según Claudio Illanes, la primera sentencia nacional que habría acogido la teoría del órgano corresponde a *CA Santiago, 26.01.1984, Banco Continental c/ Bahamondes*

⁴⁷ El art. 1 de la L. 18.885 (LOCBAGE) en su parte pertinente establece que: “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa (...). Y en su artículo 25 define al servicio público como “órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”

⁴⁸ “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos

⁴⁹ “Los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente.

⁵⁰ CS, 19.10.2005, *Caro Silva c/ Fisco*, GJ N° 304, 2005, p. 70. En el mismo sentido, CS, 20.03.2006, *Vargas Grandón c/ García Hernández*, GJ N° 309, 2006, 59



y otros, RDJ N° 81, 1984, II, 2ª, p. 11 y de la que el autor es el redactor.⁵¹ Desde entonces, es un recurso muy utilizado en la argumentación del contencioso administrativo. Sin embargo, su desarrollo doctrinal ha sido más bien escaso. Naturalmente, en este apartado no pretendemos hacer una investigación acabada sobre esta construcción teórica sino tan solo ver en qué medida la Universidad estatal puede ser considerada un órgano de la Administración del Estado.

Al respecto, debemos señalar que la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, no obstante hacer uso del término, no sólo no nos otorga una definición del mismo, sino que su utilización es algo confusa. Así, se puede observar en su artículo 1, al definir la Administración del Estado, hace una distinción entre “órganos” y “servicios públicos”⁵². Sin embargo, más adelante, en su artículo 25, parece asimilarlos⁵³. Tal confusión se puede observarse también en los artículos 35, 48 in fine⁵⁴ Y 58 ter⁵⁵ y también en el art. 9 donde, al referirse al acto administrativo, la ley se refiere al órgano como la misma autoridad que emite el acto. Sin embargo, también se consideran órganos de la Administración al Estado a entidades públicas enteras, sin importar si tienen o no personalidad jurídica, como es el caso de las FFAA sin personalidad jurídica y el Banco Central, con personalidad jurídica (ambos, sin embargo, dotados de autonomía según la Constitución) o bien cuando la ley utiliza la expresión “organismo, confundiendo así ambos términos.

La utilización que el texto constitucional hace de los entes autónomos no parece coincidir con la utilización legal. En esta última, los ‘términos de órgano y organismo, se confunden. Según Martínez Robledos^{56*} la doctrina tradicional señala la diferencia principal entre órgano y organismo es su nivel de independencia. Así, atribuye al órgano las siguientes características principales: a) tiene confiada una actividad directa e inmediata del Estado; b) está coordinado, pero no subordinado a ninguno de los tres Poderes del Estado o a otros órganos; c) se encuentra en el vértice de la organización

⁵¹ “Responsabilidad civil del Estado y de sus dependientes” en **Revista de Derecho-U. Católica del Norte**, n°6, Coquimbo, Chile, p.7, 1999.

⁵² “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”

⁵³ “Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”

⁵⁴ “Los funcionarios públicos podrán ser designados en comisiones de servicio para el desempeño de funciones ajenas al cargo, en el mismo órgano o servicio público o en otro distinto, tanto en el territorio nacional como en el extranjero. Las comisiones de servicio serán esencialmente transitorias, y no podrán significar el desempeño de funciones de inferior jerarquía a las del cargo, o ajenas a los conocimientos que éste requiere o al servicio público”.

⁵⁵ Asimismo, son incompatibles con el ejercicio de la función pública las actividades particulares de las autoridades o funcionarios que se refieran a materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenezcan”

⁵⁶ MARTINEZ ROBLEDOS, M. Órganos y organismos constitucionales autónomos: una reforma pendiente. ¿Fortaleza o debilidad del Estado? **El Cotidiano**, 2015. UNAM, México



estatal y goza de completa independencia. El organismo, por su parte, se caracteriza por ser una unidad administrativa que pertenece a alguno de los tres Poderes del Estado, constituyendo una manera de organización administrativa que se relaciona estrechamente con la prestación de un servicio público o la realización de una actividad pública relevante.

La naturaleza jurídica y administrativa de los órganos y organismos autónomos, así como la relación que guardan frente a los Poderes del Estado, determinan su grado de autonomía. Así podemos afirmar que, para los efectos que nos ocupan, el término autonomía no puede ser usado de manera genérica ni es absoluto, en tanto que no es igual ni tiene el mismo significado para todos los entes que la ostentan, lo cual resulta claro para la teoría, aunque no lo es para la norma.

En efecto, LA LOCBAGE no precisa ni distingue entre los términos órganos y organismos por lo que hay que recurrir a la doctrina para matizar la diferencia. Así, debemos distinguir tipos de autonomía –plena, técnica, de gestión, jurídica, presupuestaria, de gobierno, jurisdiccional, entre otras (en el fallo del TC bajo nuestro comentario, al referirse a la Universidad se habla de una autonomía “académica”). El grado de autonomía está relacionado con la naturaleza del ente y con el grado de independencia que guarde frente a los Poderes del Estado. En otras palabras, no es lo mismo la autonomía de un ente del Estado que la de un ente de la administración pública; sin embargo, tal distinción parece haber pasado desapercibida para la mayoría de los autores y desde ya, tampoco ha sido considerada ni en la LOCBAGE.

Por tales razones, cuando la LOCBAGE habla de órganos y organismos, queda en duda no sólo la denominación del ente, sino también su calidad o nivel de autonomía y su posición dentro de la Administración del Estado. Por ello, cabe preguntarse: A qué se refiere el TC cuando se refiere a la Universidad como un servicio público destinado a cumplir funciones administrativas, ¿a un ente autónomo del Estado o a un organismo de la Administración Pública?. Al hablar de “autonomía” académica parece referirse a un ente autónomo y, por tanto, debería serle aplicable el inciso 4° de la Ley de Transparencia, como argumentó la Universidad. En el segundo caso, cabría preguntarse si al referirse a la Universidad como un servicio público destinado a cumplir funciones administrativas, está asimilando el mismo con un “organismo” de la Administración Pública y entonces, entraría en contradicción con lo que establece la ley de Universidades estatales 21.094, especialmente sus artículos 1, 2 y 3⁵⁷.

6. CONCLUSIONES

La Universidad nace como un estamento o grupo social y es preexistente a la creación de Estado, tal como la conocemos hoy. Este hecho histórico, de por sí, debería

⁵⁷ Promulgada el 25-MAY-2018 y publicada el 05-JUN-2018 -Última modificación: 04-jun-2021 - Ley 21346



llamarnos a reflexión acerca de su auténtica naturaleza y revisar el fallo del TC que le ha dado el carácter de servicio público considerándola como un “órgano de la Administración”. Afirmar que la Universidad (estatal) es un órgano de la Administración del Estado es, por lo menos, confuso si se observa la utilización que del término “órgano” hace la LOCBAGE.

En el Rol 1295, el TC clasificó a la Universidad como un grupo intermedio y aclaró que: *los grupos intermedios, que pueden realizar funciones públicas, son distintos de los servicios públicos creados para el cumplimiento de una función administrativa*, y que, a diferencia de estos, gozan de autonomía máxima, por su naturaleza. Aquí, el TC distinguió claramente entre un servicio público y una función pública. lo cual creemos es más acorde con el principio de subsidiariedad y la consolidación de la vida democrática al no dejar sólo en manos del Estado el ejercicio de actividades de indudable interés público. La razón por la cual en el fallo que aquí comentamos tal distinción se ha perdido, nos es desconocida.

Desde lo anterior, se muestra conveniente, que la Constitución chilena incorpore a la Universidad dentro de la categoría de entes autónomos, al modo de la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Consejo Nacional de Televisión o el Servicio Electoral, y, siendo así, debería regirse por sus leyes propias y estatutos. a fin de salvaguardar su plena autonomía e instituir la como un pilar del sistema democrático y republicano de gobierno.

La educación no reúne los elementos característicos que la ciencia económica ha determinado que requiere un servicio para que pueda calificarse como público. La universidad no posee las características de rivalidad y excluibilidad. Desde lo jurídico, si analizamos la génesis y la historia del concepto, la universidad no es un servicio público “stricto sensu” pues sus funciones no son satisfacer necesidades generales homogéneas, inmediatas, esenciales para vida como lo son el agua, la electricidad, o el sistema de red de comunicaciones, por ejemplo. Por tal razón, la legislación de la Unión Europea, reuniendo la experiencia de muchos años de los países que la integran, ha distinguido claramente entre servicios públicos, servicios esenciales y servicios de interés general.

El Derecho ha de regular la economía, pero no se opone ni debe ser contradictorio con los postulados propios y específicos de ésta rama del saber, so pena de incurrir en conceptualizaciones jurídicas que no se ajustan a la naturaleza de las instituciones y realidades que está llamado a regular, provocando así una alteración del buen funcionamiento de una sociedad auténticamente libre y democrática y la aplicación del principio de subsidiariedad. Si queremos que las decisiones jurídicas reduzcan su grado de arbitrariedad y, en concreto, el concepto de servicio público pase a ser un concepto jurídico indeterminado, debemos considerar la naturaleza económica del servicio que se presta.



Si queremos desarrollar una doctrina jurídica consistente con la realidad material y sustancial sobre el servicio público, que permita poner límites al poder político y a la discrecionalidad al momento de calificar con tal carácter servicios que, por su propia naturaleza, no reúnen sus elementos esenciales que lo definen, se debe reconsiderar la naturaleza de la Universidad, considerando su inherente interés público, sus externalidades positivas, y su indudable contribución al bien común.

Por tales razones puede y debe ser promovida y, llegado el caso sostenida, por el Estado, a través de su actividad de fomento y sin que ello signifique “publicar” la actividad pues lo “público” no ha de ser monopolizado por el Estado. En este sentido, gobernar, en los tiempos que transitamos es un trabajo conjunto entre instituciones estatales y no estatales, los actores públicos y privados, participando, y a menudo cooperando en la formulación y la aplicación de políticas públicas. En otras palabras, es un tipo de acción colectiva donde la cooperación de actores logra empresas colectivas como es lo público de las políticas públicas⁵⁸. Si esta moderna forma de gobernar es atendida, no existe necesidad que justifique que el Estado tenga que prestar directamente y por sí el servicio de educación, sino brindar todos los medios para que éste sea posible y accesible a toda la ciudadanía.

La injerencia del Estado sobre la Universidad, tanto pública como estatal, ha de ser la mínima indispensable y necesaria para el buen cumplimiento de su finalidad, toda vez que sus servicios son de claro interés público, se proyectan al público y tiene directas consecuencias sobre lo público. En cualquier caso, el principio rector ha de ser el del “favor libertatis”. Siendo así, la aplicación de los estatutos de la Universidad, cuya aprobación compete al gobierno, debe primar sobre cualquier injerencia o intervención del Estado.

EL TC, en el fallo comentado, realiza una argumentación por “descarte”, al considerar a la Universidad como servicio público para el cumplimiento de funciones administrativas, al no hallarse la institución de educación superior en ninguna de los entes autónomos que la LOCBAGE enumera, asumiendo así que es un órgano de la Administración del Estado. Sin embargo, la no inclusión de la universidad en la enumeración legal no puede atribuirse a un descuido del legislador porque este no se presume. Además, este argumento no luce consistente si consideramos la indeterminación que el término órgano hace la LOCBAGE, a veces identificado como servicio público y otras diferenciándolos y porque la teoría del órgano es un constructo que tiene como fin atribuir responsabilidad. LA LOCBAGE también llama órganos de la Administración del Estado a entidades autónomas que desarrollan funciones públicas (no servicios públicos)

⁵⁸ Cfr. MARIÑEZ NAVARRO, F. “¿Estado regulador o autorregulación social? Una reflexión sobre el rol del Estado en las redes de política. Estado, Gobierno, Gestión Pública- **Revista Chilena de Administración Pública** / N° 13 junio 2009.



En el momento de escribir el presente, Chile se encuentra ad portas de un plebiscito que decidirá la aprobación, o no, de un nuevo texto constitucional. Lamentablemente, el texto sometido a plebiscito no prevé la incorporación de la Universidad como una entidad autónoma, tales como el Banco Central, la Contraloría General de la República, el Consejo Nacional de Televisión o el Ministerio Público Fiscal, restando así la posibilidad de que, al momento de calificar a un servicio como público, sea el criterio político, antes que el jurídico, el que prime, cuestión que se torna más gravosa cuando se trata de la institución universitaria, fuente de progreso civilizado y democrático.

REFERENCIAS

ALESSI, R. **Instituciones De Derecho Administrativo**, t. I. trad. de la 3ª ed. Barcelona, Casa Editorial Bosch. 275 p. 1970.

ARANCIBIA J. La autonomía universitaria ante el derecho. **La universidad en debate. 18 miradas sobre una controversia**, Santiago, Ed: J.A. Guzmán, J.I Brito, I. Llanes. Universidad de los Andes, p. 47, 2018.

ARIÑO ORTIZ, G. **Contratación Pública II Segundas Jornadas de Valladolid** (Coordinadores: J.L Martínez López Muñiz y J.C Lagunas de Paz). Valladolid, España. Ed: Marcial Pons. 1997; - **Economía y Estado**. Cap. IX, Madrid. Ed Marcial Pons, 1993.

BARRA, R. Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público. **Revista Jurídica Argentina La Ley**, Buenos Aires, t.1982-B, Secc. Jurisprudencia, pág. 363

BENEDICTO CHUAQUI J. Acerca de la historia de las universidades. **Revista chilena de pediatría**. Santiago, v.73 n.6 nov. 2002.

BIELSA R. **Derecho Administrativo**, T. 1º, Buenos Aires, págs. 154-155, 1947.

CASSAGNE, J. **Derecho Administrativo**, t. II, Buenos Aires, ed. Lexis Nexis, 2002. p. 361-373.; El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción). **Revista de Administración Pública** Núm. 140. Mayo-agosto p. 98-104, 1996.

CORVALÁN, J. La definición de servicio público, Buenos Aires, **Diario de Jurisprudencia LA LEY**, 02/11/2007.

GARRIDO FALLA, F. **Las transformaciones del régimen administrativo**, Madrid. Instituto de Estudios Políticos. P. 141, 1962.

GORDILLO, A, **Teoría general del derecho administrativo**, Buenos Aires, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, t. 8º, capítulo 11, Servicios Públicos, p.406, 2013. Disponible en la página web del autor: www.gordillo.com



GRECA, A. **Derecho y Ciencia de la Administración Municipal**, V. 4 p. 192-193, 1948. Disponible en versión digitalizada: <https://books.google.com.ec/books?id=VWJCAAAAIAAJ&dq=editions:UOM35112101994400&hl=es&pli=1>

HAURIUO M. **La gestión administrativa**, traducción española publicada bajo el título Obra escogida, pág. 71 (citado por Cassagne en El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado. Hacia una nueva concepción. **Revista de Administración Pública Núm. 140**. Mayo-agosto 1996.

JORNADA DE POZAS, L, Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo, **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, v. XXVIII p. 42, 1949

LÓPEZ MUÑIZ, J. Nuevo Sistema Conceptual en **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid: Privatización, Liberalización de Servicios**, 1999, pág. 141.

MALARET, E. **Servicios Públicos, Funciones Públicas, Garantías de los Derechos de los Ciudadanos: Perennidad de las Necesidades, Transformación del Contexto**. En: Revista de Administración Pública, Madrid, 1998, n° 145, p. 50.

MARIENHOFF, M. **Tratado de derecho administrativo**, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. II, p.18, 1975, p.306

MARTÍNEZ NAVARRO, F. Estado regulador o autorregulación social? Una reflexión sobre el rol del Estado en las redes de política. Estado, Gobierno, Gestión Pública- **Revista Chilena de Administración Pública** / N° 13 junio.

MARTINEZ ROBLEDOS, M. **Órganos y organismos constitucionales autónomos: una reforma pendiente. ¿Fortaleza o debilidad del Estado?** **El Cotidiano**, UNAM, México, 2015.

MELIÁN GIL, J, El Servicio Público en el Derecho Actual. En: **Revista de Derecho Administrativo**, número 15, Buenos Aires, p. 343. 1994; - El servicio público como categoría jurídica, **Cuadernos de Derecho Público**, núm. 2 (septiembre-diciembre 1997), Madrid, p. 75-86

RIVERO J et WALINE J, **Droit Administratif**. 19ª ed. París, Ed. Dalloz, 2002, p. 8.

ROMERO PÉREZ, J. **Revista de Ciencias Jurídicas** N° 138 (135-160), setiembre-diciembre 2015.

SILVA CIMMA, Enrique, **“Derecho administrativo chileno y comparado. El Servicio Público”**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 1-24, 1995.

VEDEL G. y DEVOLVÉ P. **Droit Administratif**. Presses Universitaires de France. 12ª ed., t. 2, Chapitre II.

VERGER J. A **History of Universitos in Europe**, Cambridge University Press, Chapter I, p. 4-23, 1991. Ed. On line Ridder-Symoens, H.1991.