

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 7 | n. 2 | julho/dezembro 2016 | ISSN 2179-8214

Periodicidade semestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



Servicios públicos: caracterización, fundamentos y evolución en el derecho argentino

Public services: characterization, foundations and evolution in Argentine Law

Miguel Andrés Goldfarb*

Universidad Nacional del Nordeste (Argentina)

Recibido: 21/09/2016
Received: 09/21/2016

Aprovado: 07/11/2016
Approved: 11/07/2016

Resumen

Los servicios públicos constituyen una verdadera institución del derecho. Es objeto de estudio de las ciencias jurídicas junto con otras ciencias sociales. Es relevante precisar su concepto a los fines de definir en la praxis qué actividades son efectivamente servicio público, puesto que estas serán reguladas por un subsistema diferenciado de derecho público con

Como citar este artículo/How to cite this article: GOLDFARB, Miguel Andrés. Servicios públicos: caracterización, fundamentos y evolución en el derecho argentino. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 175-197, jul./dez. 2016. doi: 10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.07.002.AO09

* Docente categorizado Investigador de Derecho Financiero y Tributario y Derecho Administrativo I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes, Argentina). Doctor en Derecho Público, Política y Gobierno – Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes, Argentina). Master en Derecho Tributario – Universidad de Barcelona. Abogado – Universidad Nacional del Nordeste. Especialista en Derecho Administrativo – Universidad Nacional del Nordeste. Especialista en Docencia Universitaria – Universidad Nacional del Nordeste. Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas – Universidad de Buenos Aires. Abogado. Integrante del Cuerpo de Abogados del Estado Nacional (Procuración del Tesoro de la Nación).

grandes implicancias prácticas. La publicatio constituye hoy una herramienta útil a tales fines. La intervención del estado en la economía a través de la técnica servicio público tiene hoy sustento constitucional y se sostiene en el enorme impacto social de las necesidades que estas prestaciones cubren. Finalmente, en Argentina se ha demostrado que el rol del estado fue mutando conforme cambiaron los tiempos políticos y las ideologías imperantes en cada etapa de la historia del país por lo que ha quedado expuesta la estrecha relación entre la institución con la política y la economía, consolidándose en los últimos años un esquema mixto dotado de pragmatismo.

Palabras-clave: servicios públicos; regulación; evolución; intervención estatal; Argentina.

Abstract

Public services constitute a true institution of law. It is the object of study of legal sciences along with other social sciences. It is important to clarify its concept in order to define in the praxis what activities are effectively public service, since these will be regulated by a differentiated subsystem of public law with great practical implications. The publicatio today constitutes a useful tool for such purposes. The intervention of the state in the economy through the public service technique has today constitutional support and is sustained in the enormous social impact of the needs that these benefits cover. Finally, in Argentina it has been demonstrated that the role of the state was mutating as the political times and ideologies prevailing at each stage of the country's history changed, so that the close relationship between that institution and politics and the economy has been exposed, consolidating in the last years a mixed scheme with pragmatism.

Keywords: public services; regulation; evolution; state intervention; Argentina.

1. Introducción

Pocas instituciones han sido tan largamente debatidas y estudiadas en las ciencias jurídicas (y otras) como la noción de servicios públicos. Sucede que nos encontramos en presencia de una verdadera institución con peso e historia propia con enormes implicancias prácticas en la vida cotidiana de la población.

Agua potable, gas, electricidad, comunicaciones, transporte, etc. constituyen hoy, en pleno siglo XXI, una auténtica pléyade de actividades directamente relacionadas con la calidad de vida de los habitantes y su acceso en condiciones de igualdad reviste un papel relevante en la cons-

trucción del respeto al derecho humano a una vida digna que a todos nos asiste.

El objeto del presente trabajo consiste en analizar la noción de servicio público, los fundamentos de la intervención del estado a través de esta técnica y la evolución que todo ello ha tenido en Argentina. Las cuestiones señaladas serán analizadas desde una visión integral y sistémica.

En primer término me referiré a las cuestiones conceptuales que plantea el instituto, sus antecedentes y diversas posiciones doctrinarias que se esgrimieron al respecto. En la segunda parte describiré los fundamentos teóricos que intentan explicar y justificar la intervención del estado en la economía y en la sociedad a partir de la titularización de los denominados servicios públicos. Finalmente describiré los principales vaivenes que en la praxis interventora estatal tuvo el servicio público en Argentina, siempre al compás de los tiempos políticos y económicos que nos rodearon.

Es de esperar que la concepción integral del análisis propuesto le permita alcanzar al lector una visión completa y compleja de tan especial temática que, dada la complejidad del mundo “postmoderno” forma parte esencial de nuestras vidas.

2. Antecedentes: La impronta francesa

Es propicio recordar, que la institución posee una historia estrechamente vinculada con los orígenes mismos del Derecho Administrativo y que se nutre además de postulados de la ciencia política, la economía y la sociología.

Sabido es que la doctrina francesa construyó en el último cuarto del siglo XIX y primeros años del siglo XX la teoría de los servicios públicos. Como escenarios generadores es preciso hacer referencia al importante crecimiento de Europa a partir de la revolución industrial y las consecuencias negativas se intentaban paliar. Vastos sectores de la sociedad se encontraban con deficiencias materiales y culturales.

Por aquellos tiempos, con poca diferencia de años, Ortega y Gasset escribía su célebre obra “La Rebelión de las Masas”, en Rusia se producía la revolución bolchevique y estaba por estallar la Primera Guerra Mundial. Eran tiempos agitados. La preocupación de Burdeos (con Leon Duguit a la cabeza) consistía en encontrar una justificación del poder estatal que vincu-

lara al estado con la sociedad y el individuo, a partir de un cambio de sujeto acreedor en dicha relación.

En la doctrina francesa Duguit sostenía que el servicio público podía ser entendido como toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado reglado y controlado por el estado. Es indispensable para la interdependencia social y tan sólo es realizable con la intervención del estado. Se ubicó al Derecho Administrativo y a toda la actividad del estado dentro de la noción de servicio público.

Gastón Jeze vinculó directa y estrechamente la noción de servicio público con la de cierto procedimiento del derecho público utilizado para dar satisfacción a necesidades de interés general. Desde su concepción el servicio público presume una serie de reglas jurídicas de tipo especial que tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del servicio público. Existen necesidades de interés general que únicamente satisface la administración con exclusión de los particulares, y otras de modo concurrente.

Son dos los procedimientos que suelen utilizarse para satisfacer las necesidades: uno de derecho privado y otro de derecho público. Esto implica la vigencia de un régimen jurídico especial y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio.

En todo servicio público se verifica la existencia de reglas jurídicas especiales y teorías especiales que tienen por finalidad el funcionamiento regular y continuo del servicio público, satisfaciendo de la forma más rápida y completa las necesidades de interés general.

Para Hauriou, quien polemizó con la escuela de Burdeos, el Derecho Administrativo se encuentra orientado a la gestión de los servicios públicos, entendidos estos, como el fin de la administración. Desde su ponderable visión el poder público es el medio o instrumento para alcanzar tales fines. No asimila a los servicios públicos como un elemento constitutivo del estado ni lo define a este como una cooperación de servicios públicos.

Con el transcurso del siglo XX el servicio público ha dejado de ser el objeto central de regulación e inclusive la razón de ser del propio Derecho Administrativo. No obstante ello, constituye aún una institución fundamental en la órbita de esta rama del derecho público.

Hoy, el inciso nueve del preámbulo de la Constitución de Francia de 1946 que se ha incorporado por la Constitución de la V República declara que todos los bienes y todas las empresas, cuya explotación tiene o posee

los caracteres de un servicio público nacional o de monopolio de hecho, deviene en propiedad pública. Los servicios públicos son de titularidad del estado. En este punto, se reconoce a los autores franceses el origen de la institución que, naturalmente, ha mutado con el devenir de las décadas pero sus posiciones han dejado su fuerte impronta en las visiones de los autores del derecho continental europeo a lo largo de todos estos años.

Estas enseñanzas y doctrinas han tenido gran impacto en nuestros maestros del Derecho Administrativo argentino a punto tal de que se ha sostenido largamente que nuestros servicios públicos, desde el punto de vista doctrinario pero también operativo, se corresponden con la noción que nació en Francia a fines del siglo XIX e inicios del XX. De todos modos, como lo veremos luego –y es natural que así fuera- el concepto se ha ajustado a los tiempos y evolucionó de modo complejo a lo largo de tantos años.

3. Precisiones acerca de la noción *servicios públicos*: el largo camino hacia su concepto

Parafraseando a Juan Carlos Cassagne (2006) es dable afirmar que el concepto de servicio público ha sido objeto de trascendentes debates doctrinarios. Incluso se ha señalado la existencia de una profunda crisis en esta institución. Desde mi perspectiva No es una institución en crisis sino en evolución.

De por sí que ambos términos se conjugan en forma ambigua de tal forma que los problemas del lenguaje obstaculizan la posibilidad de alcanzar una definición o un concepto cerrado que permita englobar todo lo que la legendaria alocución “servicio público” representa o significa. Cabe interrogarse: ¿a qué hace referencia? ¿a un sujeto que realiza algo? ¿a una actividad? ¿a un subsistema normativo? Qué nos dice la expresión “público” cuando califica al término “servicio? No pocas líneas se han escrito.

Asimismo es necesario dejar establecido ab initio que no es menor la importancia de la precisión del concepto o la determinación de los alcances de su contenido. La categorización de cierta actividad como servicio público importa para ella dotarla de una serie de caracteres directamente vinculados con la trascendencia social de las necesidades que atiende. Así, la doctrina ha sido unánime al afirmar que las notas esenciales de todo

servicio público son la regularidad, continuidad, obligatoriedad e igualdad en el acceso al servicio. De allí la importancia de precisar cuándo y cuáles actividades efectivamente constituyen servicio público.

En los albores del Derecho Administrativo argentino Rafael Bielsa (1939) 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.

En aquel razonamiento el servicio público implica toda actividad pública o privada regulada por ley con el objeto de satisfacer necesidades colectivas. La doctrina también distinguía a los servicios públicos propios (prestados por el estado directamente o a través de un concesionario, pero siempre se trata de una actividad cuya titularidad es del estado) de los impropios (aquellos servicios públicos prestados directamente por los particulares, como el caso de los taxis) y se asimilaba la noción de servicio público a los propios. Así los define a estos como toda acción o prestación realizada por la administración pública activa directa o indirectamente para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurar la prestación por el poder de policía. Benjamín Villegas Basavilbaso (1951) entendía al servicio público como toda actividad directa o indirecta de la administración cuyo objeto es la satisfacción de las necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público.

Conforme Miguel A. Marienhoff (1994) existen dos criterios para conceptualizar a los servicios públicos. Por un lado aquellos de naturaleza orgánica y por el otro los de tipo funcional, material o sustancial. En relación a los primeros se sostiene que para conceptualizar a los servicios públicos es necesario recurrir al órgano del cual emana cierta actividad. En ese sentido será servicio público aquella actividad del estado cuyo cumplimiento se encuentre asegurado, reglado y controlado por la administración pública. De hecho este concepto es amplio por un lado y estrecho por otro, puesto que por una parte el estado no solo presta servicios públicos y por el otro, no solamente la administración tiene a su cargo los servicios públicos.

Para este autor lo que define al servicio público es su aspecto material, puesto que revestirá la condición de servicio público aquella actividad tendiente a satisfacer necesidades de la colectividad. Así el

término “público” no hace referencia al sujeto que presta el servicio, sino su destinatario. (servicio al público)

En el caso en particular es una actividad que se despliega para satisfacer una serie de necesidades emergentes de la sociedad, necesidades que se reconocen como propias del interés general.

Marienhoff explica que los servicios públicos tienen por objeto satisfacer necesidades generales. La determinación de las necesidades atendibles por medio de servicios públicos es una cuestión de política propia del país o estado.

Las circunstancias, la realidad y los mandatos sociales son los que imponen al gobernante las directrices que este debe seguir.

Su tesis funcional, donde un servicio es público conforme el destinatario de la actividad, también le permite distinguir servicios públicos propios e impropios, de modo análogo a los que antes expliqué.

Es relevante tener presente dos elementos esenciales que debe contener un concepto de servicio público: a) el ejercicio de una actividad material tendiente a satisfacer necesidades generales o colectivas y b) un elemento jurídico que transforma a esa actividad en una sometida a un régimen exorbitante del derecho común tendientes a asegurar su continuidad y regularidad conforme veremos luego. Con relación al elemento normativo, en párrafos siguientes analizaré la técnica jurídica de la publicatio. A ello Gordillo le agrega que el servicio importa una actividad prestada en condiciones de monopolio o exclusividad prestada bajo un régimen de derecho público y un marco regulatorio de rango legal.

Corresponde hacer una especial mención al modelo adoptado por los Estados Unidos de Norteamérica, el cual difiere por completo del francés; diferentes escuelas que han despertado en nuestro derecho intenso debate acerca del modelo argentino.

A contracara del esquema estatista francés, el sistema norteamericano parte del reconocimiento de la titularidad privada de los servicios públicos. Rige, en principio, el derecho común y sólo se reconoce sobre tales actividades privadas la potestad estatal para controlar y regular. No hay titularidad pública de la actividad.

De este modo cuando el legislador concede determinados privilegios a una particular clase de empresas de negocios y establece

simultáneamente ciertos tipos de control sobre dichas empresas estas devienen en *public utility*¹.

Es conveniente resaltar que no hay un consenso generalizado sobre la significación exacta de la expresión. En un principio toda actividad en la que se encontraba involucrado el interés público (*affected with a public e interest*) siempre que el legislador lo hubiere así declarado, implicaba una *public utility*; pero ante su expansión, sostiene Mairal (1993) que ahora se ha comenzado a reservar la noción para aquellas actividades que, además de cumplir con las condiciones anteriores, están íntimamente conectadas con los procesos de transporte y distribución.

Sus caracteres son:

- a) Se encuentran basadas en la actividad privada.
- b) La determinación de su carácter está dada por la decisión del legislador o juez siempre que la actividad se encuentre comprendida por el interés público.
- c) Acceso restringido a su prestación: los mecanismos son: *license*, *franchise*, *certificate of necessity* y *convenience* emanados de la autoridad pertinente
- d) Permanente colaboración entre la administración y las empresas prestatarias.
- e) Sólo en casos excepcionales el estado asume el servicio
- f) Las obligaciones de la *public utility* son: a) prestar el servicio a quien se lo demande; b) Igualdad entre los usuarios y c) Precio Justo y razonable.

La teoría norteamericana ha tenido singular importancia en el proceso de reforma del estado de los años noventa en Argentina, a la cual luego me referiré con mayor detalle, en donde parte de la doctrina nacional y extranjera (Mairal en Argentina y Ariño Ortiz en Europa) postuló un cambio de paradigma en la materia en virtud de la cual el sistema habría girado hacia el modelo realmente privatista de los Estados Unidos².

¹ Célebre concepto emanado de la doctrina de la Corte Suprema de U.S.A. en el ya legendario precedente *Munn vs Illions* en el que se debatía la potestad pública de regular tarifas de almacenamiento en los puertos de Chicago. El máximo tribunal determinó que al tratarse de instalaciones de uso público destinadas a almacenar granos, se estaba en presencia de un interés común que habilitaba al poder ejecutivo a fijar precios máximos. Como es posible notar, este análisis dista mucho de la noción de titularidad del estado sobre la actividad, tal como sí sucede con la escuela de Burdeos y la noción francesa de "servicios públicos".

² Cabe recordar las expresiones de Ariño Ortiz cuando postulaba que el servicio público había muerto y que le cabría un digno entierro.

En la doctrina argentina la tesis del profesor Jorge Salomoni (1999) difiere de las anteriores. Sostiene este autor que, sin perjuicio de la influencia francesa posterior, el origen y los fundamentos de los servicios públicos se hallan en el Derecho Patrio.

Para sostener esto, Salomoni parte de la denominada cláusula de prosperidad, consagrada en el viejo artículo 67 inc. 16 de la Ley Suprema (hoy art. 75. Inc. 18 en tanto le prescribe al Congreso dictar todo lo conducente al bienestar del país, etc.). El antecedente de esta norma fue aportado por Alberdi. A este inciso se le debe agregar también el mandato del actual inciso 19 que obliga al congreso a dictar normas para propender al “desarrollo humano”. ¿Qué son los servicios públicos sino mecanismos indispensables para asegurar condiciones dignas de vida?³

En relación a la estricta génesis del artículo sostiene Salomoni que éste posee dos aspectos perfectamente bien diferenciados: Por un lado, el estímulo y el fomento de la actividad privada como motor de la economía .- libertad económica y su debido respeto- y por el otro la correspondiente obligación de prestación de ciertas actividades o servicios, per se o a través de terceros.

La cláusula de prosperidad no ha variado sustancialmente con el tiempo en su contenido y la titularidad de los servicios públicos no se discute en la doctrina mayoritaria. Desde los albores de la organización Nacional se le reconoció a los servicios públicos un régimen jurídico distinto del derecho privado.

Siguiendo los lineamientos de autores como Bielsa, Marienhoff y Cassagne, considero que en la construcción del servicio público argentino es de indudable aporte e importancia la doctrina francesa, sin perjuicio de las particularidades que el Derecho Patrio le pudiera haber dotado al instituto, así como que es de innegable relevancia –al fijar un activo rol del estado en la materia- el antiguo artículo 67 hoy 75 ya comentado.

Lo cierto es que la cuestión del rol activo del estado en materia de servicios públicos ha quedado definitivamente establecida a partir del

³ Corresponde al Congreso: art 75. 18”... Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. Art. 75 . 19 Proveer lo conducente al desarrollo humano...”

mandato del artículo 42 del texto constitucional, en tanto por primera vez los regula y expresamente establece el deber del estado de dictar los marcos regulatorios, controlar los monopolios y propender a la calidad y eficiencia de tales servicios⁴.

4. Una herramienta: ¿La *publicatio*?

A los fines de la adecuada conceptualización de la compleja expresión “servicios públicos” es necesario recurrir al criterio formal. Es la norma jurídica –y/o el subsistema normativo que regula la actividad- quien la califica, de modo expreso o tácito como servicio público. La técnica ha sido llamada “*publicatio*”.

No es pues, ni la titularidad, ni la finalidad del bien lo que determina el régimen jurídico al cual el queda sometido, sino que ello depende sólo y exclusivamente de lo que establece la ley. El término “público” no hace referencia a un sujeto o una función, sino a un subsistema jurídico determinado caracterizado por ciertas notas que le es de aplicación a una determinada actividad. El elemento normativo define a la actividad o a la obra como pública.

Sin perjuicio del elemento formal, deben existir dos elementos más que vienen a completar la noción: La expresión público no hace referencia a la actividad o al fin que se persigue, sino que apunta a establecer que subsistema jurídico le será aplicable: un régimen exorbitante del derecho privado.

Consecuentemente explica Agustín Gordillo que el concepto servicio público implica tres elementos o componentes: el fin, la persona que lo presta y el régimen jurídico aplicable. La persona y el régimen se encuentran en plena crisis.

⁴ Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

A través de la publicatio, los servicios públicos se constituyen en actividades cuya regulación y titularidad le corresponde al estado. Se desplaza a la iniciativa privada a partir de una declaración legislativa que emana del estado. A partir de allí, este se hace de la titularidad del servicio, pudiendo prestarlo directamente o bien a través de concesionarios o licenciatarios.

Los servicios públicos – propios –, vendrían a ser actividades de “contenido económico”, que, atento su carácter esencial e importancia se trasladan a la órbita del estado, quien asume su titularidad. El servicio es retirado de las leyes del mercado y es regulado por normas especiales, exorbitantes del derecho común. Ahora bien, sin perjuicio de ello, las prestaciones pueden ser encomendadas a empresas privadas, a través de las técnicas de la concesión o licencia, pero la actividad no deja de ser pública.

La publicatio no implica la existencia de un derecho real del estado, solo la titularidad sobre la actividad motivada en razones de interés público. Su fundamento es el interés público que esa actividad representa y no alcanzan a los denominados servicios públicos impropios.

Gaspar Ariño Ortiz (2005) sostiene que el acto de declaración de una actividad o de un sector como público, como servicio público, es lo que Villar Palasí ha llamado publicatio, “acto de publicatio” y significa que tal actividad queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de actuación de los particulares sin previa concesión. Se plasma allí la máxima forma de intervención del estado en la economía de mercado, a través de la “publicación” de esa actividad que el legislador la ha considerado esencial al quehacer social.

La adopción del criterio formalista o jurídico para la definición del servicio público implica su categorización a partir del elemento jurídico, el retiro de esa actividad del ámbito del derecho privado y su sujeción a un régimen exorbitante.

Por su parte, para finalizar cabe destacar la opinión de Julio Oyhanarte (2001), que en opinión que refrendo, expresó claramente que “... es exacto que no existen actividades que sean servicios públicos de una manera ineluctable y por propia virtualidad. La presencia o la ausencia del servicio público depende por entero de una decisión legal *latu sensu*, que puede ser expresa o tácita. Cuando es expresa, por supuesto, el texto de la ley suprime las dificultades interpretativas... Mientras tanto, cuando la decisión es tácita, la voluntad de erigir determinada actividad en servicio público debe desentrañarse mediante el examen de la particular situación jurídica

de que se trate; análisis que a su vez requiere el empleo de ciertos índices externos, aptos...”

Entonces, el requisito de la existencia de ley formal o material bien puede, para parte de la doctrina, surgir en forma expresa o tácita⁵.

Siguiendo a Oyhanarte, está claro entonces que la publicatio constituye una herramienta útil que nos permite de modo acabado categorizar a una actividad como servicio público para dotarlas así de un régimen jurídico exorbitante y de los caracteres esenciales (regularidad, continuidad, obligatoriedad e igualdad.)

Sentado este criterio -que hago propio- me referiré en los párrafos siguientes a los diversos fundamentos que se han esgrimido para justificar y comprender la intervención del estado en un sector de la economía a través de la compleja técnica de los servicios públicos.

4.1. La intervención estatal y la regulación de los servicios públicos: fundamentos

¿Por qué interviene el estado en la economía? ¿En qué supuestos el mercado no puede operar libremente? ¿Cuáles son los fundamentos de la regulación estatal de los denominados servicios públicos?

En la búsqueda de respuestas no debemos perder de vista que el estado tiene como fundamento último de su propia existencia alcanzar la justicia y procurar el bien común en la sociedad. Esta máxima importa una serie de poderes, potestades y prerrogativas en favor del estado en virtud de los cuales este puede conjugar su accionar con el sector privado en aras de alcanzar aquellos nobles cometidos.

Recuerda Dromi (2006) que el estado puede efectuar la intervención a través de dos modalidades: a)directiva –de sentido orientador u ordenador- y b)directa, en cuyo caso es prestacional, a través de empresas públicas y del poder de policía.

La denominada intervención directa se puede dar a su vez por el estado o bien por medio de los particulares. Básicamente bajo formas de empresas.

La creación de las denominadas empresas públicas, el traspaso al sector privado de otras, el grado de participación en y del mercado, el rol

⁵ Cabe citar a manera de ejemplos el caso de los marcos regulatorios de la energía eléctrica y del gas en la República Argentina, puesto que las leyes 24.065 y 24.076 – sus respectivos marcos normativos- expresamente califican como servicio público al transporte y distribución de la energía y el gas.

sobre cuestiones tarifarias, la presión fiscal y el control de la eficiencia en la prestación, entre otros aspectos, constituyen las pautas que nos permiten evidenciar cuanto y de que modo el estado interviene en la economía a través de la regulación de los servicios públicos.

El sistema definido originariamente por Adam Smith, en virtud del cual, a través de la mano invisible, los intereses de productores y consumidores convergen necesariamente, de modo tal que se logra una posición de equilibrio y bienestar general, no es perfecto ni se da en la realidad de modo ideal. Existen pues, tal como lo anticipé diversos supuestos en los cuales aparecen las denominadas “fallas de mercado”. Esto es, que la máxima e ideal relación resultado - recurso no es posible y el libre juego del mercado no lo resuelve.

Se ha sostenido que en las denominadas fallas del mercado, los demandantes no satisfacen sus necesidades adecuadamente y aún dispuestos a pagar un precio más alto, tampoco su necesidad será resuelta, encontrándonos ante un caso de ineficiencia económica que la acción del estado debería subsanar.

Entre las grandes fallas de mercado encontramos: a) bienes públicos⁶; b) contaminación ambiental⁷ y c) monopolios naturales.

Un mercado monopolístico es aquel que por determinadas circunstancias se limita a tener un solo oferente o bien existe uno que detenta una posición de dominio en ese mercado. El monopolio es considerado disvalioso desde el momento en el que facilita el abuso del actor fuerte del mercado contra los intereses de los usuarios y consumidores, e incluso contra potenciales consumidores y competidores.

Una empresa monopolística maximiza al igualar el ingreso marginal con su costo marginal, siendo el precio mayor que el costo medio. Opera en eficiencia x (para él) pero no en eficiencia del sistema, puesto que al no haber otros oferentes, no opera el costo medio mínimo.

Recuerda Macon (2002) que Estados Unidos dictó a fines del siglo XIX la ley Sherman anti-trust, a partir de los cuales se resolvieron varios

⁶ Bienes públicos: son aquellos que no tienen precio, donde las personas no pueden revelar sus preferencias y que aún sin pagar, una vez prestados, los recibirán. Verbigracia: defensa o relaciones exteriores. Esta clase de bienes poseen dos características fundamentales: a) No exclusión y b) no rivalidad.

⁷ Una falla de mercado de más reciente aparición es la derivada de la contaminación ambiental. En este caso tampoco parece eficiente el mecanismo de precios para resolver la disputa de intereses entre, por ejemplo, empresa contaminante y vecinos afectados.

casos: stándar oil, Rockefeller y ATT. Este autor explica también que la motivación de las normas antimonopólicas no son sólo de naturaleza económica, sino también políticas: el estado busca evitar que se rompa el equilibrio social y de poder, el cual es fundamental para el sistema democrático.

En términos puramente económicos, el monopolio es denominado “natural” cuando se caracteriza porque al alcanzar un elevado volumen de producción la incidencia de los costos fijos se reduce respecto de cada unidad adicional, reduciéndose el costo medio y produciéndose economía a escala. Es el caso de la llamada “economía a escala”.

El costo marginal es menor que el costo medio promedio; es decir que alcanzando cierto volumen de producción (economía a escala) los costos disminuyen. Consecuentemente el mercado es más eficiente en la medida en la que cuenta con un solo oferente. Consecuentemente, esta especie de monopolios, a diferencia de los otros, opera en el campo de los costos decrecientes. Dos empresas operan con costos medios mayores que una.

Generalmente, son las empresas de servicios públicos las que asumen la calidad de monopolio natural, asumiendo costos de inversión de capital altos y costos hundidos.

El sistema de redes de gas, agua potable, cloacas o electricidad constituyen ejemplos por antonomasia de monopolios naturales⁸. Por su parte, la tecnología satelital ha permitido liberalizar el servicio telefónico que ya puede prescindir del cableado. El caso de transporte presenta escenarios dispares (trenes, aeronaves, transporte fluvial o vial puede o no según el caso constituir un monopolio natural).

Los marcos regulatorios que el estado debe propiciar en los casos de monopolios naturales implican un doble desafío, en razón de que además de proteger a los usuarios de prácticas abusivas en materia de tarifas, calidad y cantidad del servicio ofrecido, también debe tutelar a la empresa prestataria, evitando la entrada de competidores que desmiembren el mercado, tornándolo antieconómico.

⁸ La doctrina ha elaborado las siguientes notas distintivas del monopolio natural, a saber: a) existencia de una elevada inversión de capital inicial; b) producción de bienes considerados de primera necesidad (p.e. agua potable); c) imposibilidad de almacenamiento en casos de baja demanda d) necesidad de una conexión física (cañerías o alguna red) y e) mercado atractivo para obtener rentas. En un sentido más amplio se considera monopolio natural también a aquel en donde la producción de una sola empresa representa costos menores que la producción de varias empresas por separado.

La situación de monopolio natural, a menudo, ha sido tratada con tres posibles soluciones:

- Empresas públicas, en donde ante una situación deficitaria, esta asumida por los contribuyentes. (Típico caso de empresas públicas que bajo diversas formas jurídicas toman a su cargo el servicio tal como sucede hoy en Argentina con el agua potable y saneamiento – salvo algunas jurisdicciones excepcionales – ; el correo, el servicio ferroviario, entre otros. Pueden constituir entes descentralizados, empresas, sociedades anónimas con participación estatal, operar o no en el mercado de capitales etc.);
- Empresas privadas subsidiadas, en cuyo caso, también al existir situación de déficit, esta es soportada por las cuentas fiscales. (El modelo argentino para los casos de la electricidad y el gas desde 2002 a la fecha);
- Empresas privadas reguladas por el estado sin régimen de subsidios. En este caso, la situación posible de déficit no es afrontada por el gasto público.

Ahora bien si en la mayoría de los casos los servicios públicos constituyen actividades de economía a escalas en los cuales el régimen de competencia no es viable cabe interrogarse sobre el fondo de la cuestión : ¿cuáles son los fundamentos para la intervención pública? ¿Es sólo una matriz económica que obliga a la publicación de la actividad o median también cuestiones sociales?

Jorge Eduardo Bustamante (1993) ha sostenido que se han desarrollado diversas teorías a los efectos de justificar la regulación estatal.

En primer lugar, se desarrolló teoría del interés público, que a su vez ha sido la más aceptada, y que encuentra como fundamento de la regulación de un sector de la economía la necesidad de que el estado asegure el “bien común”, corrigiendo las ineficiencias del mercado⁹. Tal sería el caso del servicio de agua y saneamiento, de indudable impacto social y con estrecha relación en desarrollo humano que el estado debe tutelar como garante del interés público.

En el caso de los servicios públicos el estado ha tomado dos caminos: a) creado empresas públicas o b) a otorgar la gestión y organización del servicio a una empresa privada; siempre a través de la técnica jurídico administrativa de la concesión. En párrafos subsiguientes veremos de qué

⁹ Criterio que comparto.

modo Corrientes afrontó la disyuntiva recurriendo, precisamente a la forma de empresa pública y luego a la concesión.

Siempre siguiente a Bustamante, encontramos la teoría del acuerdo colectivo, en razón de la cual, la intervención estatal halla fundamento en el famoso “dilema del prisionero”, donde se permitiría desbloquear los dilemas de acción colectiva (juego de conveniencias) a través de las regulaciones que suplantán la voluntad de todos los actores, incluso la de aquellos que se oponen a un acuerdo por motivos estratégicos, aún sabiendo de su conveniencia (*free riding*) De este modo, la regulación estatal vendría a forzar un acuerdo colectivo o social.

Bustamante critica esta última teoría, pues considera que desvirtúa la dinámica del libre consenso y postula la tesis de los costos de transacción, según la cual la verdadera reforma institucional consiste en eliminar o reducir los costos de transacción.

Constituyen costos de transacción –en sentido muy amplio– aquellos aspectos institucionales y fácticos, así como todas las circunstancias que dificultan llegar a un acuerdo sobre un interés en común. En este orden de ideas, las regulaciones estatales constituyen costos de transacción .

Desde esta óptica, el fundamento de la regulación esta dado, no por la creación de restricciones al mercado, sino por la creación de instituciones que tienden a fortalecerlo; tales como han sido para la economía el dinero, la letra de cambio o la responsabilidad limitada. Para este autor, serán las instituciones que impulsen la competencia aquellas que eliminen las fallas del mercado, y no las tradicionales restricciones regulatorias.

Finalmente, encontramos la denominada teoría económica de las regulaciones, partiendo de dos premisas: a) toda regulación tiene costos b) la regulación puede explicarse desde la ley de la oferta y la demanda.

En efecto, desde esta concepción el estado es demandado por regulaciones, pues mejora así la rentabilidad de los sectores beneficiados, siendo esto consecuencia de la natural búsqueda de la maximización.

Habrà que ver entonces en cada caso, quienes o cuales son en cada caso, los realmente favorecidos por las regulaciones de los distintos sectores de la economía y del sector productivo del país.

De todos modos, la razón de ser de la intervención del estado es, de una manera o de otra, la tutela del bien común, elemento que nos conduce a la noción de bienestar general y resguardo del interés público.

Hoy, en nuestro país, desde el punto de vista jurídico existe un fundamento constitucional claro para sostener la necesaria intervención del estado en los servicios públicos y a través de ellos. Es el sabio mandato del artículo 42 que al consagrar la jerarquía constitucional de los derechos de los usuarios y consumidores parecería volcarse al concepto social y no puramente economicista que fundamenta la necesidad de que el estado asuma con fuerza la regulación de ciertas actividades encargadas de brindar ciertas prestaciones que ya no son un lujo sino que revisten incluso, en ciertos casos, la naturaleza de un derecho humano protegido por la Constitución.

5. Los servicios públicos en la praxis: su evolución en Argentina

Los servicios públicos se ubican en una zona gris que pone de manifiesto la delicada –y compleja– relación entre el derecho, la economía y la política. En efecto, las ideas políticas imperantes en cada momento determinaron los modelos de intervención pública y de prestación de los servicios. El estado gendarme, interventor, las nacionalizaciones, las concesiones, los rescates. Asistimos a diversos escenarios en la materia que se fueron generando a partir de los modelos ideológicos de turno.

A partir de la conformación del estado constitucional de 1853, hasta el inicio de la primer década de este siglo, nuestro país ha afrontado al menos tres grandes etapas perfectamente identificables en materia de intervención y regulación de servicios públicos:

- Transnacionalización (1853-1930);
- Intervención y posterior Nacionalización (1930-1989);
- Privatización (1989 en adelante)¹⁰.

Como consecuencia los procesos de inestabilidad política, social y económica de los años setenta y ochenta, la República Argentina concluyó la década de los años 80 sumida en una profunda crisis económica y social caracterizada por el estancamiento económico, la hiperinflación y episodios de violencia social. En el mes de julio de 1989 el mandato de Carlos Menem se inició con una fuerte impronta reformista que se sustentó

¹⁰ Podemos agregar aquí que a partir de 2003 una serie de empresas concesionadas fueron rescatadas por el estado quien reasumió la prestación directa del servicio como en el caso de Correo, trenes, aerolíneas entre otras, lo cual podría plantear una cuarta etapa caracterizada por el pragmatismo y una especie de “neoestatismo”.)

en las denominadas políticas neoliberales del consenso de Washington: Se anunció el fin del estado ineficiente, deficitario y descapitalizado. Se impuso la tesis del estado mínimo.

En el marco de las reformas estructurales del sistema económico y abriendo el paso al fortísimo proceso de privatizaciones se sancionó en aquel año de 1989 la Ley de Reforma del Estado 23.696 – definida como un verdadero Estatuto de las Privatizaciones – y la Ley de Emergencia 23697.

Explica Gaspar Ariño Ortiz que el contexto político e ideológico que sostuvo este cambio de paradigma se inició incluso veinte años antes de la década de los años ochenta.

Señala este autor que en los años sesenta economistas de la escuela de Chicago y politólogos de Virginia iniciaron las críticas a la concepción estatista que predominaba en Occidente como “encarnación de la ida moral y la justicia” que se arrastraba desde Napoleón y Hegel. Así, frente al poder del estado se proclamó, dice Ariño Ortiz en posición que defiende luego, la vigencia del mercado y el ejercicio de la libertad individual. Se postuló la liberalización de los servicios públicos.

Este fue en esencia el fundamento ideológico que dio origen a los fuertes procesos de reformas que, en una especie de “tourant de l’histoire” se tradujo luego en el regreso de las ideas liberales imperantes durante el siglo XIX.

Desde la teoría filosófica política encontramos como fundamento de las reformas los postulados de Robert Nozick quien sostuvo la existencia – y vigencia- del estado mínimo como aquel único susceptible de ser justificado. Desde la concepción citada, toda extensión del estado por sobre aquella mínima existencia significa afectación o recorte de derechos individuales. Coetáneamente, en un proceso casi dual, fueron surgiendo determinadas manifestaciones jurídicas de contenido social, tales como la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y el nuevo texto de la Constitución Nacional que incorporó una serie de nuevos derechos y garantías propios del estado social de derecho. En este contexto apareció la consagración, primero legal y luego constitucional de la protección de la persona en las relaciones de consumo junto con un vastísimo universo de derechos y garantías que fueron incorporados al derecho positivo en lo que representó un cambio de paradigma o giro copernicano en materia de derechos sociales.

La noción de “estado social” se vincula con un rol más comprometido del estado con la realización de la justicia. Al respecto señala muy lúcidamente Muñoz Machado (1999) que “...se suele citar a Von Stein como precursor de la idea de estado social, aludiendo a un texto suyo de 1850 en el que aparecía la democracia social como forma política del futuro. Pero la formulación concreta de la noción de Estado Social se debe a H. Heller. Enfrentado a la crisis de la democracia y del Estado de Derecho, apunta que la única solución para salvarlos de la dictadura, que ya se avizoraba en los horizontes europeos, no es liquidar el Estado de Derecho, sino darle un contenido social. Se lo que se trata es de conseguir que se lleve a cabo una redistribución de los bienes en el seno del Estado. El brazo ejecutivo y gestor del Estado, la Administración Pública se responsabilizará, como acertó a resumir Forsthoff, de la Daseinvorsorge, de la procura existencial, es decir, de facilitar a los ciudadanos el conjunto de bienes y servicios que son necesarios para el desenvolvimiento de la vida humana en su tiempo...”

El premio Nóbel Joseph E. Stiglitz (2012), en su obra “Los felices 90” defiende la relación equilibrada entre mercado y estado, justificando la justa intervención de éste. Afirma el economista: “...Yo veo al mercado como un instrumento poderoso para hacer el bien... pero que no ha alcanzado su potencial, sino que, en el proceso, se ha dejado algo por el camino y en realidad ha hecho que algunos estén bastante peor. Esta visión implica una función equilibrada del Gobierno, un esfuerzo por alcanzar la justicia social a todos los niveles –a nivel global y nivel local- al mismo tiempo que fomenta un sentido de la responsabilidad nacional e individual...”.

Retomando la cuestión puntual del proceso privatizador autores como Mairal anunciaron la desaparición del servicio público como tal, abrogando por su total privatización y asimilación a las actividades privadas del mercado sujetas a regulación estatal (Una especie de asimilación a las *public utilites*)

Este fenómeno no es inocuo en materia de usuarios de servicios públicos, puesto que no sólo modificó la concepción de estos servicios y el rol del estado en las actividades de contenido económico, comercial e industrial, sino que significó un profundo cambio conceptual que ve en el administrado y/o usuario, un cliente que participa de un menú de supuestas opciones en una economía de mercado. Bajo esta idea se concibieron los derechos de las personas a ser protegidas en sus relaciones de consu-

mo, tal como expresamente, con un contenido social, lo establece nuestra propia Constitución.

La transformación del sistema de prestaciones de servicios públicos en Argentina produjo un aparente cambio conceptual con relación a las personas que utilizan estos servicios y obras públicas: de usuario a cliente. Ahora bien, este cambio es superficial, puesto que en la mayoría de los casos (verbigracia concesiones viales) no existe un mercado, sólo un monopolio dentro del cual la persona es cautiva. En tales condiciones, la idea de cliente, tal como lo haré notar, se diluye aunque lo hace sin perjuicio de los aportes que las normas y principios del derecho privado en materia de relaciones de consumo le hacen a su situación.

Con el proceso de reformas emprendido desde 1989 el estado de bienestar cedió.

Bajo el nuevo paradigma la regla ya no es la intervención, sino la desregulación. En materia de servicios público, se proyecta el principio de subsidiariedad, en mérito del cual el estado posee un rol secundario dado que son las fuerzas vivas de los particulares – el mercado – quienes en principio toman a su cargo la satisfacción de sus propias necesidades.

Se sostuvo en un estudio hecho a partir de la concesión de los servicios de agua potable, que entre los principales argumentos que se brindaron a favor de la privatización de los servicios se encuentran los siguientes: a) la idea de que el mercado asignará más eficientemente los recursos escasos (por ejemplo el agua); b) Ineficiencia de las empresas públicas en la prestación de los servicios, motivado ello en la falta de inversión en infraestructura y mantenimiento del sistema, descalabros financieros debido a falta de medición del consumo, y control de consumidores, tarifas desajustadas con los costos y costes, personal excesivo así como intervención de la política y de los políticos.

El mensaje de elevación de la Ley 23.696 incorporó el concepto de subsidiariedad del estado en la prestación y gestión de los servicios públicos.

La norma no previó expresamente nada en relación con los usuarios y a esa fecha tampoco existía la Ley 24.240 (protección del consumidor) ni el actual artículo 42 de la Constitución Nacional. Es decir una ausencia de tutela absoluta.

Se habilitó la escisión, transformación, disolución y fusión de las empresas del estado o de sus participaciones societarias. Naturalmente que autoriza al PEN a privatizar total o parcialmente –art.11- o conceder en

iguales términos los servicios, obras o prestaciones a cargo del estado en todas sus formas¹¹.

Finalmente, lo cierto es que dada las urgencias del caso y la legitimidad del nuevo Gobierno que se iniciaba por aquellos años, la Ley de Reforma de Estado fue sido aprobada a pesar de las críticas de sectores que en aquel momento carecían de mayor peso político.

A partir del año 2003 el estado reasumió una serie de servicios¹² pero no la totalidad de ellos, por lo que la regla dejó de ser puramente la del estado regulador o subsidiario sin que ello hubiera significado un retorno al estatismo clásico en materia de servicios públicos. La historia nos dirá que sendero seguirá esta cuarta etapa que aún nos encontramos atravesando o si habrá ahora nuevo giro hacia otros escenarios en donde la confluencia entre el sector público y privado deje atrás los tradicionales esquemas ya analizados.

6. Reflexiones finales

La cuestión de los servicios públicos ha suscitado intensos debates con relación a su concepto y naturaleza. El componente político ha jugado también un papel importante al momento de analizar esta verdadera institución del Derecho Administrativo y de las ciencias jurídicas.

Como corolario de décadas de debate acerca de de la categorización y definición del servicio público pareciera ser que la figura de la publicatio ha venido a poner fin, cuanto menos, a la discusión conceptual del instituto. Comparto esta posición y postulo que el ejemplo citado de los marcos regulatorios de los servicios de energía y gas en el plano nacional

¹¹ En el debate parlamentario realizado sobre el estatuto privatizador –Ley 23696–, los sectores opositores criticaron los siguientes aspectos:

- Limitación al control parlamentario sobre el proceso y las empresas.
- ¿Los contratos de privatización importaban transferencia de activos?
- Cuáles son los criterios de valuación de los bienes existentes y de las empresas públicas?
- Cuál será el destino de los fondos provenientes de la venta de las empresas del estado?
- Cómo asegurar o regular la calidad de la prestación de los servicios?
- Porqué asegurar la rentabilidad de las empresas concesionarias? –en alusión al artículo 15 de la Ley 23.696 de Reforma del Estado.

¹² Cabe recordar por ejemplo el Decreto 1075/2003 que rescindió por culpa de la concesionaria el contrato de concesión sobre el correo Argentino o el Decreto 303/06 a través del cual, en idénticos términos se rescindió el contrato que recaía sobre el servicio de agua y saneamiento para Buenos Aires (más de diez millones de usuarios) o la Ley 26466 de expropiación de Aerolíneas Argentinas.

deberían adaptarse al resto de los servicios públicos. La categorización de las actividades como servicios públicos a través de la norma jurídica clara brindará certeza y seguridad al universo de usuarios, empresarios y operadores jurídicos y económicos en la materia, aportando de esta manera un escenario más justo y equitativo a los actores del sistema.

Senado lo anterior, es dable afirmar que sin perjuicio de los postulados economicistas que justifican la intervención pública en los monopolios naturales que revisten la calidad de servicios públicos, subyace un concepto social sostenido hoy en el mandato del artículo 42 de la Constitución Nacional. La regulación estatal se sostiene en el interés público comprometido y en la ratio del estado: el bien común.

Finalmente desde el campo de la praxis el rol del estado en la materia ha oscilado de conformidad con los tiempos políticos y las sucesivas ideologías que llegaron al poder. Tal situación no hace más que poner de manifiesto el alto contenido político que posee la materia y su estrecha relación con las variables económicas que el país afronta en su devenir histórico.

No se deberá soslayar que hoy los servicios públicos constituyen instrumentos de igualdad y en no pocos casos, su acceso en condiciones de igualdad y calidad es un verdadero derecho humano, por lo que el rol del estado es central para asegurarlo y resguardarlo en condiciones de equidad y eficiencia.

Referencias

ARIÑO ORTIZ, Gaspar; CASSAGNE, Juan Carlos. *Servicios Públicos Regulación y Renegociación*. Lexis Nexis – Abeledo Perrot: Buenos Aires 2005.

BIELSA, Rafael. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Abeledo: Buenos Aires, 1939.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Editorial Lexis Nexis: Buenos Aires, 2006

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 11^{ma} Edición. Ciudad Argentina: Buenos Aires, 2006.

GORDILLO, Agustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Capítulo VI. Fundación de Derecho Administrativo.

MACON , Jorge. *Economía del Sector Público*. Ed. Mc Graw Hill Interamericana: Bogotá, Colombia, 2002.

MAIRAL, Héctor A. *La ideología del servicio público*. R.D.A. n° 14, 1993.

MARIENHOFF, Miguel Angel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III B. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1994.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio Público y Mercado*. Tomo I: Los fundamentos. Editorial Civitas: Madrid, 1999.

OYHANARTE, Julio. *La expropiación y los Servicios Públicos en Julio Oyhanarte: recopilación de sus obras*. La Ley: Buenos Aires, 2001.

SALOMONI, Jorge. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Editorial Ad Hoc: Buenos Aires, 1999.

STIGLITZ, Joseph E. *Los felices 90: la semilla de la destrucción*. Taurus: Buenos Aires, 2012.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. *Derecho Administrativo*. Tomo III: Instituciones Fundamentales: Servicios Públicos, Función Pública. Tipográfica Editora: Buenos Aires, 1951.