

EL RESURGIMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO Y SU ADAPTACION EN LOS SISTEMAS DE ECONOMIA DE MERCADO (Hacia una nueva concepción)

Por
JUAN CARLOS CASSAGNE

SUMARIO: 1. El servicio público en el proceso de transformación del Estado.—2. Ideología del servicio público.—3. Hacia una nueva concepción del servicio público.—4. El requisito de la «publicatio».—5. Nuevas tendencias y principios de interpretación.—6. La política europea que excluye las ayudas a las empresas públicas prestatarias de servicios públicos marca el final de una época.—7. La evolución del servicio público en la experiencia argentina y recapitulación sobre la concepción actual.

1. EL SERVICIO PÚBLICO EN EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO

Pocas instituciones —como el servicio público— han soportado tanto el peso de los cambios operados en el campo de la economía. Su adaptación a los diferentes sistemas pudo llevarse a cabo gracias a la extraordinaria versatilidad instrumental que caracteriza a las instituciones del Derecho administrativo, cuya velocidad de mutación corre pareja con el crecimiento de las necesidades sociales y de las innovaciones tecnológicas. No obstante, por las causas que más adelante veremos, el servicio público padeció una crisis tan extrema que casi provocó su desaparición de la escena jurídica.

Su resurgimiento, en el marco de las economías basadas en la libertad de mercado, viene a ubicar a esta institución dentro de límites más acotados y precisos, pues si bien, en cierto modo y en alguna época, su régimen encarnó principios contrarios, actualmente tiende hacia una compatibilización con la libre actuación de los agentes económicos.

Como es sabido, de un tiempo a esta parte se viene asistiendo a un proceso de transformación de las principales instituciones que hacen a la dinámica administrativa, el cual se ha generalizado en la mayoría de los países adelantados del mundo (1).

(1) Se ha dicho que los comienzos de la década de 1980 «marcan el tiempo de la universalización de la economía de mercado o economía libre de empresa, o sea de la autorre-

La filosofía que preside las grandes transformaciones que caracterizan a este proceso se apoya, básicamente, en el principio de subsidiariedad o suplencia, cuya incorporación en los distintos ordenamientos positivos no siempre ha sido explícita, tal como sucedió en los Estados Unidos de Norteamérica, donde, no obstante los problemas provocados por la grave crisis económica de 1929 y, sobre todo, durante la época en que prevaleció la política del *new deal* impulsada por el Presidente Roosevelt, no se puede desconocer que ha sido uno de los principios más arraigados del sistema imperante si nos atenemos al examen de la realidad económico-social. En este sentido, cuadra advertir que el intervencionismo americano —el denominado Estado de Bienestar— no condujo a una nacionalización generalizada de empresas privadas como técnica de participación del Estado en la economía.

En Europa e Hispanoamérica, las cosas ocurrieron de distinto modo y el proceso intervencionista fue precisamente el inverso. En vez de limitarse a la adopción de medidas de regulación económica, dio origen a una ola de nacionalizaciones de la que recién nos estamos reponiendo. Esa ola ahogó las iniciativas privadas barriendo las estructuras e instituciones que encontró a su paso, diseñadas para sistemas tanto de gestión como de propiedad privadas.

Pero no sólo suprimió las libertades, sino que también implicó la quiebra del servicio público como institución jurídica. Es que el servicio público —como institución jurídica del mundo actual— sólo adquiere sentido si se lo concibe en base a un sistema de gestión privada circunscrito a aquellas prestaciones vitales de índole económica que no puedan realizarse bajo un régimen de libertad. La razón de ello estriba en el hecho, advertible a simple vista, de la confusión que se opera cuando el Estado gestiona directamente los servicios públicos entre su calidad de dueño o accionista de la empresa pública con la condición de titular de la potestad regulatoria, en la que la primera termina desplazando a la segunda por una suerte de natural tendencia contraria al establecimiento de autorregulaciones dentro de la propia Administración, aun cuando fueran para beneficio de los habitantes. ¿Qué sentido tendrían en este esquema la potestad regulatoria y los órganos reguladores? (2).

gulación del mercado como modelo de racionalidad funcional» (Jorge A. AJA ESPIL, en el Prólogo a nuestro libro *La Intervención Administrativa*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1994, pág. 13).

(2) En Inglaterra se ha atribuido la decadencia de la empresa pública como gestora de servicios públicos a la insuficiencia de los medios de control y responsabilidad pública: véase Francisco José VILLAR ROJAS, *Privatización de Servicios Públicos*, Madrid, 1993, pág. 85. En Francia, donde los principales servicios públicos continúan prestados por empresas públicas, el esfuerzo de modernización se ha orientado a mejorar los cuadros generales y

Aunque los juristas forjados en las concepciones del tradicional régimen de Derecho público resistieron, en un principio, la introducción de los cambios que necesariamente se introducían para transitar de un sistema a otro y adaptar las instituciones a las transformaciones que iban ocurriendo, los esquemas y criterios que reclama la nueva situación han terminado por imponerse, sin que ello implique sostener su inmutabilidad temporal.

El proceso de transformación, aún no completado en muchas partes, se revela por la quiebra del sistema estatista y autoritario que regía la economía y la vida social, caracterizado por la intervención estatal creciente y su desplazamiento por un sistema basado en la economía de mercado, que privilegia el principio de la libertad en sus diversas manifestaciones y estimula el consenso, junto con los mecanismos naturales de formación de los precios de los bienes y servicios.

Ese cambio no se ha ceñido al retiro del Estado del escenario industrial y comercial. Es más amplio y significativo al comprender, entre otras cosas, la aparición de nuevas funciones estatales originadas en la necesidad de promover y proteger la competencia a través de la prohibición y limitación, en su caso, de los monopolios y de aquellas regulaciones distorsionantes del mercado.

Por eso, no tendría que causar asombro el hecho (por cierto, paradójal) de que para desregular y desmonopolizar determinadas actividades (los llamados —en el Derecho comunitario europeo— servicios económicos de interés general) se acuda a los marcos regulatorios a fin de encauzarlas bajo los principios de la nueva óptica económica y sociopolítica.

Y con el bagaje proveniente de las regulaciones y desregulaciones —al par que con las privatizaciones— (3) se entra de lleno en la era del Estado subsidiario (4).

las relaciones de las empresas con los usuarios: véase *Le Service Publique? La voie moderne* —Colloque de Cerisy—, bajo la dirección de Albert DAVID y otros, París, 1995, págs. 85 y ss.

(3) El tema de las privatizaciones también ha ocupado, en los últimos tiempos, la atención de la doctrina francesa: véase Didier LINOTTE, Achille MESTRE y Raphael ROMI, *Services publics et droit public économique*, 2.ª ed., París, 1992, págs. 241 y ss.

(4) Juan Carlos CASSAGNE, *La Intervención Administrativa*, págs. 109 y ss., con sus respectivas citas. El principio de subsidiariedad sólo justifica la regulación en la medida en que sea necesario que el Estado deba intervenir (con su actividad legislativa y reglamentaria) para garantizar la continuidad y regularidad de los servicios públicos y armonizar las relaciones entre los prestadores del servicio y los usuarios. En cambio, cuando el funcionamiento del mercado permite la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, sin que concurren posiciones dominantes que lo distorsionan, la regulación carece de sentido, como así también cuando es posible la llamada autorregulación o los acuerdos entre los sectores involucrados. Los mecanismos espontáneos o de consenso resultan siempre preferibles a cualquier regulación proveniente de los funcionarios, muchas veces alejada de la realidad o influida por criterios tanto políticos como ideológicos. Sobre

2. IDEOLOGÍA DEL SERVICIO PÚBLICO

En un trabajo anterior (5) sostuvimos que resulta erróneo atribuir a DUGUIT la paternidad de la teoría del servicio público. Más aún, el servicio público (6) no recibe una sola impronta ideológica, constituyendo una técnica instrumental que, como categoría histórica, traduce una dialéctica entre Sociedad y Estado.

En la misma línea de esa idea ha señalado recientemente MEILÁN (7) que, aun cuando resulta en cierto modo paradójico, el origen de la noción doctrinaria pertenece al Decano HAURIUO.

En rigor, lo cierto es que, principalmente, se han ido cruzando en el campo aplicativo dos corrientes antagónicas.

Para HAURIUO el Derecho administrativo se encuentra más orientado hacia la gestión de los servicios públicos que a la pura policía (8) y constituye una noción capital del «régimen administrativo», junto con el poder público. Mientras el servicio público configura el fin que persigue la obra que lleva a cabo la Administración Pública, el poder público implica el medio de realización de dicha finalidad que autolimita el poder por la «*idea de servicio*» (9). Como puede apreciarse nada más lejos de la concepción estatista que desarrolló la denominada Escuela de Burdeos, con DUGUIT a la cabeza, que idealizó al Estado como titular de derechos objetivos anteriores a éste. Además, al desplazar la idea de poder público, con fundamento en una concepción pretendidamente antiautoritaria y solidarista, y hacer del Estado una especie de cooperativa de servicios públicos se dio otra paradoja pues, en definitiva, desaparecieron los límites materiales del poder público, el que pudo ser ejercido discrecionalmente por el

el principio de subsidiariedad en los servicios públicos, FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, «El servicio público y el principio de subsidiariedad», pronunciada en Mendoza el 12-10-94, en prensa.

(5) En *Reflexiones sobre la Legislación Económica y el Servicio Público*, publicado en «El Derecho» del 8 de febrero de 1995. Sin embargo, MAIRAL ha sostenido lo contrario (*Ideología del servicio público*, en «REDA» —Buenos Aires—, núm. 14, págs. 359 y ss.). En la doctrina francesa se han publicado distintos trabajos que confirman nuestra postura: véase André DE LAUBADÈRE, trabajo publicado en el libro *Le pensè du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, París, 1969, págs. 209 y ss.; puede verse también, en el mismo sentido, Jean RIVERO, «Hauriou et l'avènement de la notion du service public», en *Etudes en honneur d'A. Mestre*, París, 1956, págs. 462 y ss.

(6) Sobre las diversas concepciones del servicio público, véase Rubén Miguel CITARA, *El servicio público*, Buenos Aires, 1995, Parte I, págs. 21 y ss.

(7) José Luis MEILÁN GIL, *El servicio público en el derecho actual*, «REDA» (Buenos Aires), núm. 17, 1995 (en prensa), punto II.1.

(8) Maurice HAURIUO, *La gestion administrative*, trad. española publicada bajo el título *Obra escogida*, pág. 71.

(9) *Precis de Droit administratif et de Droit public général*, 11.ª ed., París, 1927, en publicación citada en nota anterior, pág. 117.

Estado con el objeto de cumplir con sus responsabilidades sociales en aras del interés general (10).

Se ha sostenido que «*la concesión del servicio público, es decir, su gestión por los particulares, es el único medio que el Estado entendía entonces para satisfacer esas demandas*»... de una sociedad cada vez más industrial y urbana (11). Pero la ideología socialista que latía en la concepción de DUGUIT, al transformarse en una concepción autoritaria y estatista, generó una quiebra profunda en el sistema de la concesión, al punto que el Estado terminó haciéndose cargo de la gestión directa de los servicios públicos (12). Es lo que se conoce como el proceso de nacionalización de los grandes servicios públicos (especialmente los llamados industriales o comerciales), que más tarde, en la era del «Estado de Bienestar», alcanzó un nivel de generalización prácticamente total, siendo muy pocos los países que pudieron sustraerse al influjo estatizante.

A partir del proceso de transformación del Estado, en un marco ideológico que tiende a reducir la categoría del servicio público a los servicios esenciales o primordiales, se observa, de una parte, el repliegue del Estado, que se traduce en el abandono de la gestión directa, y, de otra, la aparición de la competencia como fundamento de la eficiencia con base en la ideología de la libertad de mercado, actuando los derechos fundamentales como límites naturales que acotan el alcance de la institución.

Esta idea, que en cierto sentido es una vuelta a la concepción de HAURIUO, armoniza plenamente con el principio de subsidiariedad y comienza a incorporarse en las legislaciones y textos constitucionales.

Un reflejo nítido de ello se advierte en nuestra Constitución nacional reformada (en su art. 42), que impone a las autoridades proveer «*a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales*» y «*al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos*».

En una línea que guarda semejanza con la nuestra, la Constitución española, si bien no ha asignado rango positivo al principio de subsidiariedad que figuraba anteriormente en el ordenamiento español, ha prescrito que las empresas públicas creadas por el Estado

(10) Se ha dicho que «*el servicio público como técnica jurídica nace en el ambiente creado como consecuencia de un determinado entendimiento de las relaciones entre Estado y Sociedad, en cuya construcción teórica habría que citar, además de a Rousseau, a Locke y a Hegel*» (cfr. José Luis MEILÁN GIL, *op. cit.*, cap. II, punto 3).

(11) Cfr. José Luis MEILÁN GIL, *La cláusula del progreso en los servicios públicos*, Madrid, 1968, págs. 20 y ss.

(12) Una situación similar padeció nuestro país a raíz del predominio de las tesis propugnadas por BIELSA.

para gestionar servicios públicos deben actuar con arreglo al principio de economía de mercado establecido en el artículo 32, el que opera de este modo como un límite a la acción interventora del Estado.

Por lo demás, la evolución operada en materia de servicios públicos no puede prescindir de su punto de partida, que es la figura de la concesión, cuyo retorno, como consecuencia del proceso de privatizaciones llevado a cabo en Argentina y en otros lugares del mundo, demanda la adaptación del instituto a las nuevas circunstancias históricas, para no caer en los errores del pasado.

3. HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Si se penetra en el centro del problema se advierte que la institución del servicio público precisa de una justificación y delimitación adecuadas para atribuirle sentido en un mundo que vuelve, con todos los matices y peculiaridades diferenciales, al juego de las leyes del mercado, aunque ahora bajo el arbitraje de un Estado que actúa en defensa de la competencia.

Esa delimitación (que achica el campo de la noción tradicional) se opera en tres sentidos, al circunscribirse, en primer lugar, a las actividades que resultan primordiales (13) o esenciales (14) para la satisfacción de las necesidades de la comunidad que no resulta posible llevar a cabo mediante un régimen de libre competencia. Estas actividades económicas deben ser gestadas por los particulares. No es función del Estado perseguir el lucro ni crear la riqueza (como decía HAURIU), y en esta idea subyace otra clarísima aplicación del principio de subsidiariedad.

Por otro lado, mientras la técnica del servicio público se limita a las prestaciones de naturaleza económica que crean o generan relaciones singulares con los habitantes, donde las inversiones se retribuyen con lo producido por la explotación de la actividad, en los llamados servicios sociales o asistenciales (15) el principio fundamen-

(13) Cfr. Juan Francisco LINARES, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1986, págs. 512-513, a quien seguimos en este punto. Véase también, en la línea doctrinaria que propugna una concepción restringida de la noción, Rodolfo Carlos BARRA, *Hacia una concepción restrictiva del concepto jurídico del servicio público*, «La Ley», 1983-B, pág. 363, y Juan Ramón DE ESTRADA, *Enseñanza privada y servicio público*, «El Derecho», T. 119, págs. 955 y ss.

(14) Cfr. José Luis MEILÁN GIL, *El servicio público en el derecho actual*, «REDA» (Buenos Aires), núm. 17, 1995 (en prensa), punto II.1.

(15) Véase Jorge H. SARMIENTO GARCÍA, «Noción y elementos del servicio público», en la obra colectiva *Los servicios públicos*, Buenos Aires, 1994, págs. 9-10; sostiene que no

tal aplicable es el de la solidaridad. En estos casos —a diferencia de los servicios públicos—, la responsabilidad por la satisfacción de las necesidades sociales recae directamente sobre el Estado, o bien resultan satisfechas por los particulares mediante el otorgamiento de subvenciones o subsidios.

El último de los resguardos que permite frenar la fuerza expansiva que había adquirido, en su momento, la institución del servicio público se vincula con el carácter obligatorio (16) que precisa reunir la prestación privada para ser regida por el Derecho administrativo a través de un régimen especial.

Como puede advertirse, las notas centrales de la noción (satisfacción de necesidades primordiales, contenido económico de la prestación y obligatoriedad) se encuentran estrechamente relacionadas con el nuevo sentido que persigue la figura al propugnar la competencia en todo el residuo de actividades privadas, las que, aun cuando sean de interés público, no se rigen, en tanto sea admisible el ejercicio de las libertades del mercado, por el régimen administrativo del servicio público.

El principio de la competencia explica la razón por la cual, también en aquellos supuestos donde los marcos regulatorios y las respectivas concesiones o licencias consagran privilegios de exclusividad, se imponga a los prestatarios la obligación de «*libre acceso*» (*open access*) a la red de transporte (gas, electricidad, telefonía básica) (17).

Pero aún no ha caído el telón en este vasto escenario jurídico que acota la noción jurídica del servicio público. Para completar la escena faltan todavía dos elementos: la *publicatio*, que requiere también de una adaptación al nuevo sentido del concepto, y el régimen especial o exorbitante (18) (del que sólo haremos referencia a determinados principios que deben regir en materia de interpretación).

considera conveniente englobarlos en la categoría del servicio público por ser su régimen diferente.

(16) Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1993, T. II, págs. 81-83; Juan Francisco LINARES, *op. cit.*, págs. 610-611. La nota de obligatoriedad ya había sido advertida, en Italia, por Arnaldo DE VALLES («I servizi pubblici»), en el *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, dirigido por ORLANDO, Milán, 1930, T. 6.º, págs. 614 y ss.).

(17) Tony GILLAND y Peter VASS, *Regulatory Review 1993*, Centre for the Study of Regulated Industries, London, 1993, explican el concepto de *open access* al sostener que la promoción de competencia en el mercado no trata sobre competencia para obtener redes alternativas de transporte, sino que trata de facilitar acceso en igualdad de condiciones a productores ubicados sobre la red que compiten entre sí, evitando conductas discriminatorias del propietario de la red en beneficio de su propia fuente de producción.

(18) Jean François LAUCHAME, *Grands Services Publics*, París, 1989, pág. 23, indica que el régimen exorbitante del Derecho privado constituye más una consecuencia de la presencia de un servicio público que un elemento de su definición.

4. EL REQUISITO DE LA *PUBLICATIO*

En efecto, la concepción del servicio público aparece, en las tendencias doctrinarias elaboradas en este siglo, completada con esas dos características, que pronto pasan a asumir un papel fundamental para dicha categoría jurídica. La primera, relativa al régimen jurídico especial del servicio público, fue desarrollada principalmente por la Escuela de Burdeos, destacándose actualmente, como aspecto principal y distintivo, el carácter obligatorio de la prestación. En cambio, la segunda nota, sostenida por VILLAR PALASÍ y la mayoría de la doctrina española, que abordó el tema a partir de 1950, pone el acento en la declaración formal de asunción de la titularidad de una determinada actividad por parte del Estado (*publicatio*).

Y cuando parecía haberse superado el llamado problema de la crisis del servicio público, que tuvo su génesis en las nacionalizaciones producidas al finalizar la segunda guerra mundial y la consecuente asunción de su gestión por el Estado, se produjo, en un movimiento circular, a raíz del proceso de privatizaciones, una vuelta de tuerca en la concepción del servicio público, que volvió a ser una técnica de gestión esencialmente privada (19).

Ese retorno no es casual. Antes bien, es el resultado de la necesidad de adaptar el régimen jurídico del servicio público, prestado hasta entonces por el Estado, a una realidad que plantea la limitación del poder público y la aparición de las cargas y garantías de los concesionarios en forma paralela a la protección de los derechos (sobre todo las libertades) de los usuarios.

Hay que puntualizar también que, al privatizarse algunas actividades que no satisfacen necesidades primordiales de los habitantes, se opera una transferencia de la titularidad pública hacia la privada (v. gr., la actividad de radiodifusión y televisión) sin escapar a la regulación estatal, justificada por el hecho de tratarse de actividades de interés público (20), lo que, en definitiva, implica acotar la tendencia expansiva que había alcanzado la institución del servicio público.

Este proceso ha desorientado a más de una cabeza doctrinaria y, por ahora, resulta incierto predecir cuál será la tesis que prevalecerá en el campo jurídico del futuro. En efecto, hoy están desde los que

(19) Nos hemos ocupado de este problema en dos trabajos: *Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público*, «ED» del 8 de febrero de 1995, y *El servicio público y las técnicas concesionales*, «La Ley» del 10 de julio de 1995.

(20) Juan Carlos CASSAGNE, *La intervención administrativa*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1994, págs. 38 y ss.

siguen aferrados al criterio clásico, los que proponen directamente suprimirlo o reemplazarlo con categorías provenientes del Derecho anglosajón —como el servicio universal—, hasta los que estamos intentando combinar los elementos originarios y sus notas complementarias con los principios de una nueva realidad económica, asumida como tal por la política legislativa.

En ese contexto, uno de los primeros intentos ha consistido en la pretensión de suprimir la *publicatio* como nota central de la categoría del servicio público (21), como si esta figura fuera la causante del régimen autoritario y estatista que llegó a caracterizar el servicio público en determinadas épocas históricas.

Sin embargo, lo único que implica la *publicatio* es la transferencia —fundada en la necesidad (22) y trascendencia social— de la titularidad privada a la pública, o bien, cuando de privatizaciones se trata, viene a fundamentar la regulación económica estatal, por el régimen del servicio público, a través de la gestión privada de una determinada actividad. Todo lo demás que suele achacársele a la *publicatio* no es más que aquello que es propio del régimen jurídico especial que tipifica a los servicios públicos y, a lo sumo, traduce discrepancias (en su mayor parte fundadas) con la decisión estatal de disponer la *publicatio* en sectores donde es posible un régimen de actividad económica abierto y competitivo. Por lo demás, la *publicatio* no implica atribuir al Estado derecho real alguno. En rigor, ella traduce la incorporación de una actividad al sistema del Derecho público y tan sólo expresa la decisión estatal de que una determinada actividad se sujete a las potestades administrativas mediante un régimen especial. En cualquier caso, esa declaración formal se encuentra limitada por el principio de subsidiariedad, del que se desprende, a su vez, la idea de acotar el servicio público a las actividades esenciales o primordiales que satisfacen necesidades públicas.

En una línea similar, en la doctrina española se ha sostenido que el principio del Estado Social de Derecho y el papel medular que, en dicho sistema, cumplen los derechos fundamentales imponen una

(21) Véase Juan Miguel DE LA CUÉTARA, *Servicio público y telecomunicaciones*, publicación de la Universidad Autónoma de Madrid, de 1995, que reproduce la conferencia del autor en las «Jornadas Internacionales de Servicios Públicos», realizadas en Mendoza en octubre de 1994.

(22) Para CITARA, la declaración formal que justifica la calificación legal de una determinada actividad como servicio público es «la conciencia pública de una necesidad comunitaria que, por los motivos propios de la situación del momento, se entiende debe ser satisfecha por el Estado» (*op. cit.*, pág. 93). Al respecto, puntualiza que esa necesidad no debe ser de aquellas que pertenecen primariamente al campo de acción de los particulares y que la declaración formal está limitada por el principio de subsidiariedad (*op. cit.*, pág. 60).

doble limitación al servicio público como título de intervención del Estado, por aplicación de la norma contenida en el artículo 128.2 de la CE, se encuentra limitado por la eficacia de los derechos fundamentales y el carácter esencial que tipifica la actividad (23).

En suma, la aclaración formal no posee contenido patrimonial alguno que le permita ejercer al Estado el dominio sobre el servicio concedido o los bienes a él afectados. Por esa causa, va de suyo que la *publicatio* nunca justifica el desplazamiento del concesionario y la correlativa asunción de la gestión directa del servicio público por parte del Estado.

En relación a este requisito se ha señalado que el gran cambio en los servicios públicos de los años noventa consiste en aceptar la compatibilidad de las cargas y prerrogativas de Derecho público con la competencia dentro y fuera del servicio (24), con lo que estamos de acuerdo. Pero de ahí a sostener que hay que abandonar la idea de la *publicatio* específica para reemplazarla por una noción ambivalente o, si se quiere, polifacética, como es la noción de regulación económica (25), media una gran distancia y sólo la tecnología del futuro nos dirá si la distribución del gas o de la electricidad —por ejemplo— podrán llevarse a cabo bajo un régimen abierto de competencia, como también si la exclusividad (26) o el monopolio y las prestaciones obligatorias desaparecerán de los futuros regímenes jurídicos a raíz de las innovaciones tecnológicas (27).

Mientras tanto, seguirá siendo necesario distinguir —en el campo de la regulación económica— los servicios públicos de las llamadas

(23) Jaime RODRÍGUEZ ARANA, «El concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo español», conferencia pronunciada en las Jornadas sobre Servicios Públicos organizadas por la Universidad Nacional de Cuyo y el Instituto de Derecho Administrativo de dicha ciudad, septiembre de 1994. Señala al respecto que el carácter esencial que les atribuye el artículo 128.2 de la CE a los servicios públicos «*impide la extensión del régimen jurídico de servicio público a otro tipo de actividades que no reúnan ese carácter; en otras palabras, impide considerar a cualesquiera empresas públicas como servicios públicos en todo caso*».

(24) Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Buenos Aires, 1993.

(25) El término regulación económica, o, en una de sus modernas acepciones, «*regulación incentiva*», significa simplemente la idea de que la mejor forma de regulación es aquella que alienta naturalmente a la empresa regulada a comportarse en el interés de sus clientes, suministrando calidad por dinero, sin que los reguladores se involucren en decisiones puntuales de la compañía (Sir Bryan CARLSBERG, *Incentive Regulation*, Centre for the Study of Regulated Industries, Londres, 1992, pág. vii).

(26) Véase Miguel S. MARIENHOFF, *Los «Privilegios en el Derecho Público» (Exclusividad; monopolio; exención impositiva). Lo atinente a la «reserva de zona». La «zona de influencia»*, «ED» del 1 de junio de 1995.

(27) S. KINNIE SMITH, JR., *Future Structures for the Regulated Energy Industries IN-TRAMUROS the United States*, «Journal of Energy & Natural Resources Law», vol. 13, núm. 2, mayo 1995, pág. 75, analiza la regulación del servicio público en el mercado energético del futuro.

actividades de interés público, porque el problema que plantea la nascente realidad no se resuelve con la unificación de todas las regulaciones, sino más bien con el reconocimiento de la especialidad y diversidad que posee el servicio público, en relación con otras actividades de interés público que no se imponen como prestaciones obligatorias. En la actualidad, el servicio público se desenvuelve en un marco tendente a segmentar los mercados y generar la máxima libertad compatible con la calidad y eficiencia de las respectivas actividades, que en algunos ordenamientos, como el argentino (28), se ha transformado en un deber del Estado.

5. NUEVAS TENDENCIAS Y PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN

En ese contexto surgen nuevos principios y criterios de interpretación, tales como: 1) el de subsistencia de la gestión privada (que constituye un derivado del de subsidiariedad), que impide que la reversión (29) y el rescate (30) configuren poderes implícitos, previniéndose en algunos regímenes (v. gr., el de electricidad) fórmulas de continuidad de la gestión privada al término de la concesión (31); 2) el de flexibilidad interpretativa a favor de la estabilidad de la concesión y su finalidad específica (incluyendo el equilibrio económico de la concesión) (32), habida cuenta el carácter de contrato en marcha, donde el intercambio prestacional no se produce ni se refleja al momento de celebrarse el contrato; 3) correlativamente, el de mutabilidad (33) consensuada, dado que las circunstancias reales, las necesi-

(28) Cfr. artículo 42 de la Constitución nacional. Se ha señalado que el mal funcionamiento de los servicios públicos deslegitima al Estado: Antonio MARTÍNEZ MARÍN, *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1990, págs. 17 y ss.

(29) Hace algunos años, GARCÍA DE ENTERRÍA sostuvo que la reversión no era una cláusula política, sino económica («El dogma de la reversión de las concesiones», en el libro *Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1974). En su momento, ARIÑO ORTIZ propició la atenuación del rigor del dogma de la reversión al propiciar la eliminación de la reversión gratuita cuando no se habían amortizado las inversiones del concesionario: véase *El Servicio Público como alternativa*, «REDA», núm. 23, págs. 537 y ss., especialmente pág. 556; en el mismo sentido, Iñigo DEL GUAYO CASTIELLA, *El servicio público del gas*, Madrid, 1992, pág. 211.

(30) Decreto 1738/92, artículo 4, inciso 5.

(31) Ley 24076, artículos 6 y 7.

(32) Véase Juan Francisco MESTRE DELGADO, *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992, págs. 66 y ss.

(33) SALA ARQUER, *El principio de continuidad de los servicios públicos*, Madrid, 1977, págs. 19-20, se refiere a este principio calificándolo como principio de adaptación, si bien sin extraer las consecuencias que sostenemos en el texto. En nuestra opinión, el principio de mutabilidad del servicio público debe desenvolverse con arreglo a los principios de calidad y eficiencia (art. 42 Constitución nacional) y la cláusula de progreso (art. 75, inc. 18, Constitución nacional), que tipifica, positivamente, el objetivo de bien común como fin del Estado.

dades sociales y las innovaciones tecnológicas no se pueden prever de antemano con precisión y son esencialmente dinámicas y cambiantes; 4) el ejercicio de la potestad tarifaria con base contractual (34); 5) la eliminación del poder discrecional de la autoridad concedente (35); 6) la proporcionalidad entre las sanciones que aplique la Administración y la realización efectiva (o el cumplimiento) del fin que persigue el servicio, de modo de hacer compatible la máxima calidad con la eficiencia de las prestaciones; 7) el desplazamiento de la relación de sujeción especial y su correlativo reemplazo por vínculos de base contractual que incluyan, inclusive, procedimientos de regulación consensuada, y, por último, 8) el establecimiento de un régimen de responsabilidad contractual frente al Estado y los usuarios que signifique un verdadero equilibrio entre los intereses en juego, privilegiando el interés del servicio.

6. LA POLÍTICA EUROPEA QUE EXCLUYE LAS AYUDAS A LAS EMPRESAS PÚBLICAS PRESTATARIAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MARCA EL FINAL DE UNA ÉPOCA

En un excelente trabajo que nos envió para el libro de homenaje al Profesor MARIENHOFF, bajo el sugestivo título «Empresa pública y servicio público: el final de una época», Tomás Ramón FERNÁNDEZ formula una serie de interesantes reflexiones motivadas por el dictado del Real Decreto-Ley del 16 de junio de 1995 que suprimió el Instituto Nacional de Industria (INI) y el Instituto Nacional de Hidrocarburos, reagrupando las empresas que actuaban en la órbita de dichos organismos en dos entes de nueva creación: la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Estatales.

Su análisis se centra en el artículo 3A del Tratado de la Comunidad Europea, por cuyo mérito los Estados miembros se obligan a la adopción de una política económica de mercado abierta y de libre competencia. De allí que se excluya toda posible ayuda a las empre-

(34) Esta caracterización de la potestad tarifaria con base contractual se advierte en los marcos regulatorios eléctrico (Ley 24065, arts. 42 y 46) y del gas (Ley 24076, arts. 37 y ss.). Con anterioridad a ello, GRECCO sostuvo «*el carácter estrictamente reglamentario de todas las disposiciones concernientes a la organización y funcionamiento del servicio público, entre las cuales se halla, naturalmente, el punto relativo a las tarifas*» (Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario, en «REDA» —Buenos Aires—, núm. 5, 1990, pág. 491).

(35) Decreto 1738/92, artículo 4, inciso 5.

sas públicas, pues esa política afectaría el principio que enuncia la fórmula prescrita en el Tratado Comunitario.

En armonía con el principio de economía de mercado abierta y libre competencia, el Tratado estatuye en el artículo 90.2 que «*las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tienen carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado*» en una medida que resulte «*contraria al interés de la Comunidad*».

En dicho trabajo, Tomás Ramón FERNÁNDEZ nos advierte que la Comisión Europea interpretó rigurosamente este precepto al considerar que:

- 1) servicio económico de interés general es sólo el adoptado por un acto expreso de autoridad pública (aquí la similitud con la *publicatio* es advertible) (Port de Mertret, 14-7-71);
- 2) se requiere la determinación de la naturaleza del interés a proteger que justifica la condición de servicio económico de interés general junto al impacto en el mercado;
- 3) para excluir a una empresa de las reglas de la competencia se precisa que no exista ningún otro medio técnico o económico utilizable o que el obstáculo que impide aplicar dichas reglas sea realmente insuperable.

Y si bien el problema de la propiedad de las empresas es indiferente para el Tratado de Maastricht, lo cierto es que, como apunta Tomás Ramón FERNÁNDEZ, no hay lugar propio para las empresas públicas en el ámbito de la Unión Europea (36).

7. LA EVOLUCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN LA EXPERIENCIA ARGENTINA Y RECAPITULACIÓN SOBRE LA CONCEPCIÓN ACTUAL

En Argentina, la concepción del servicio público ha atravesado por diferentes ciclos históricos, cada uno de los cuales implicó el de-

(36) En el mismo sentido, ver Richard WHISH, *European Commission Policies and Technical Change - Competitive Impact and Regulatory Prospects*, Regulatory Policy & Energy Sector, Centre for the Study of Regulated Industries, London, 1992, pág. 75.

sarrollo de un determinado modelo de Estado que influyó en el régimen jurídico y económico de las respectivas actividades.

Esas etapas pueden fraccionarse en cuatro períodos, a saber: 1) Entre 1880 y 1930, prácticamente todos los servicios públicos (a excepción del de correos y el ferrocarril de fomento) eran prestados por empresas privadas bajo el régimen de la concesión (Electricidad, Teléfonos, Gas, Subterráneos, Ferrocarriles, etc.). Este período coincidió con un extraordinario crecimiento económico que llegó a colocar a la Argentina en los primeros lugares en el comercio internacional, situación que se alcanzó en un contexto de libertades económicas similar al existente en el sistema norteamericano. 2) De 1930 a 1943 fue un período de estancamiento en lo económico y social, caracterizado por la aparición de ideas intervencionistas y el comienzo de la quiebra del sistema de la concesión de los principales servicios públicos, junto a la paralela adopción de las concepciones francesas, entonces dominantes, claramente inclinadas a favorecer al Estado frente a los concesionarios. 3) A partir de 1946 se dispuso la nacionalización generalizada de los principales servicios públicos, que pasaron a ser prestados por empresas públicas. Este período se caracterizó por servicios ineficientes y abultados déficits de explotación, con tarifas políticas y elevada ocupación de personal. El efecto de esta política de nacionalizaciones no sólo provocó la anquilosis empresarial en cada sector, sino que se trasladó a las finanzas públicas y a la economía en general, habiendo sido uno de los factores que nos llevó a padecer una de las grandes hiperinflaciones de la historia. 4) En el 1989 se inicia la última etapa con la reforma del Estado, que fundamentalmente se apoya en políticas de liberalización de la economía mediante las privatizaciones de empresas públicas, la desregulación y desmonopolización de actividades. Como consecuencia de ello, en el campo de los servicios públicos aparecen los marcos regulatorios y se crean los entes reguladores (37), instituyéndose una jurisdicción administrativa primaria (38).

El sistema que se desprende de esta teoría se vincula con aquellas situaciones en las cuales los jueces deben remitir determinadas materias a los organismos administrativos competentes para su análisis

(37) Véase Julio Rodolfo COMADIRA, *Los sujetos reguladores en la postprivatización*, «RAP» (Argentina), núm. 183, págs. 27 y ss.

(38) La teoría de la jurisdicción administrativa primaria fue desarrollada —como es sabido— en el Derecho norteamericano y ha sido recepcionada en la legislación argentina, que creó los entes regulatorios de los servicios públicos. Con anterioridad a dicha legislación, un sector de la doctrina había sostenido la compatibilidad de la teoría con el Derecho argentino (cfr. Elías P. GUASTAVINO, *Tratado de la jurisdicción administrativa y su revisión judicial*, Buenos Aires, 1987, T. I, págs. 239 y ss.).

y resolución preliminar (39), y tiende a evitar la intervención judicial cuando los procedimientos administrativos todavía no han comenzado (40). Determinado que un ente administrativo posee jurisdicción primaria, los tribunales se ven impedidos de resolver disputas relacionadas con la materia respectiva hasta tanto éste la haya resuelto (41).

Se trata, en definitiva, del ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de un organismo administrativo, posibilidad admitida por la doctrina nacional (42) y también reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a condición que la decisión jurisdiccional administrativa correspondiente sea luego sometida a un control judicial suficiente (43).

El proceso descrito ha quedado consolidado en la reforma constitucional de 1994 con la incorporación, entre otros, de tres principios esenciales: 1) la configuración del servicio público como nueva categoría constitucional que, evidentemente, se integra con la recepción de los caracteres de la institución que hacen a su régimen jurídico especial (44); 2) la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (art. 42 de la Constitución nacional), y 3) el deber del Congreso de proveer a la defensa del valor de la moneda (art. 75, inc. 19, de la Constitución nacional), a lo que se suman las libertades económicas ya consagradas en el anterior artículo 14 de la Constitución nacional (no modificado por la reforma constitucional).

En resumidas cuentas, las nuevas bases de la concepción del servicio público se orientan hacia: *a)* el reconocimiento de que la gestión es tarea eminentemente privada, salvo supuestos de insuficiencia; *b)* la limitación del régimen del servicio público a las actividades primordiales que satisfacen necesidades de naturaleza económica;

(39) Cfr. GELLHORN y PIERCE, *Regulated Industries*, Av. Santa Fe, Paul, Minnesota, 1987, pág. 356.

(40) Cfr. Bernard SCHWARTZ, *Administrative Law*, 1991, pág. 524, con cita del precedente *Boston Edison Co. vs. United Gas Pipe Line Co.*, 405 N.E. 2d. 995, 998 (Mass. 1980).

(41) *Mississippi Power & Light Co. vs. United Gas Pipe Line Co.*, 532 F. 2d. 412, 421/422 (5th. Cir. 1976), cit. por Guido S. TAWIL, *Administración y justicia*, Buenos Aires, 1993, tomo II, pág. 134.

(42) Cfr. Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1990, tomo I, págs. 86 y ss. y 91-92; Elías P. GUASTAVINO, *ob. cit.*, tomo I, págs. 40-41, y tomo II, págs. 322 y ss.; Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1993, tomo I, págs. 80 y ss.

(43) «Recurso de hecho deducido por Marta del Campo de Poggio, José Víctor Poggio y Delia Josefina Poggio de Saavedra, en la causa Fernández Arias, Elena y otros c/Poggio, José s/sucesión», en Fallos 247: 652, especialmente considerando 5.º.

(44) La constitucionalización de la categoría jurídica del servicio público desplaza, al menos en Argentina, toda concepción opuesta a la subsistencia de la institución, que ahora resurge montada sobre nuevos principios.

c) declaradas como tales por el Congreso (*publicatio*) para cada actividad específica y no generalizada; y caracterizadas d) por un régimen jurídico especial, el que comprende, aparte de sus notas tradicionales (igualdad, continuidad, regularidad), el establecimiento de prestaciones obligatorias, por un lado (45), y la posibilidad de acordar las bases tarifarias en el respectivo contrato que rige la concesión o la licencia (*).

(45) Cfr. Gaspar ARIÑO ORTIZ, «Teoría y práctica de la regulación para la competencia (Hacia un nuevo concepto en Servicio Público)», ponencia presentada al Seminario sobre «Regulación de los Servicios Públicos Privatizados», celebrado en la Universidad de Belgrano los días 5 a 7 de septiembre de 1995, pág. 22, advierte que la apertura de los servicios a la competencia se caracteriza, entre otras notas, por «*la no calificación como servicio público de una determinada actividad o sector, en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquél*». Esta ha sido también la orientación general seguida, en el Derecho argentino, por los marcos regulatorios. (Ej.: Ley 24065, art. 1.º, y Ley 24076, art. 1.º, que califican como servicio público las actividades específicas de transporte y distribución de energía eléctrica y gas natural, respectivamente. En cuanto a la actividad de generación de electricidad destinada a abastecer un servicio público, ella se considera de interés general, aunque «*afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo*».)

(*) El autor agradece muy especialmente la colaboración brindada por los doctores Santiago ALBARRACÍN, Magdalena GONZÁLEZ GARANO y Pablo J. PICCOLI en la compulsa de las obras y jurisprudencia editadas en idioma inglés.