

Doctrina

LA REGULACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS PRIVATIZADOS

**(Algunas reflexiones en torno del derecho de la
posprivatización. Lo atinente a las relaciones
contractuales de los prestatarios de servicios públicos).**

“El estado no puede ser eliminado ni sustituido. Lo que sucede es que el estado debe ser reformado, de manera tal que cumpla su función de servicio al individuo sin ser aparato de su dominación, sin que las funciones y tareas que se le encomienden atenten contra lo que constituye la exigencia y condición misma de los hombres, que es su libertad”. (Gaspar Ariño Ortiz; “Privatización y Liberalización. Tendencia de los años 80 y 90”. Buenos Aires, 1993).

I. Introducción

Al proponernos la formulación de este trabajo hemos tenido la intención de comenzar el exámen vinculado a uno de los aspectos de la “regulación” de los servicios públicos privatizados, que, como el propio título, lo sugiere, consideramos conforma uno de los aspectos vinculados al denominado derecho de la posprivatización, entendida tal expresión no como otra cosa que la actividad desplegada por el estado (o si se quiere lisa y llanamente por el gobierno) en su faz interventora en la prestación de servicios públicos por parte de sujetos privados, y partiendo de allí, detenernos especialmente en el análisis relativo a la caracterización jurídica que es dable conferir a las relaciones entabladas por dichas empresas con aquellos con quienes se vinculan contractualmente, en la medida -claro está- de que tales contratos posean vinculación con el objeto de la actividad que prestan.

Por Eduardo Mertehikián

Abogado. Profesor adjunto de Derecho
Administrativo en las Universidades
Católica Argentina y del Salvador.

Nos recuerda con elocuencia el **Prof. Gaspar Ariño**, que el problema de la intervención del gobierno en las empresas "privadas" prestatarias de servicios públicos no es "artificial", sino que parecería encontrarse en la propia naturaleza de las cosas. De otro modo no se explica que en las "public utilities" del derecho norteamericano se hayan suscitado constantes acciones de las empresas que demandaban de los jueces protección frente a las pretendidas intervenciones de la Comisiones Reguladoras en la gestión de aquellas. (1)

La cuestión se plantea actualmente más o menos en los siguientes términos: si la autoridad administrativa tiene que aprobar las tarifas, y éstas tienen que reflejar los costes, es lógico que la Administración tenga facultad para examinarlos y desaprobados algunos: por ejemplo (dice el autor seguido) "...los precios que pagan por sus suministros (para evitar pactos colusorios y beneficios indirectos, vía filiales)..." y otras facetas que podrían seguirse enumerando y que constituyen el contenido de las funciones de dirección de una empresa. (2)

Vemos pues, que el problema no es nuevo, ni mucho menos propio de los regímenes jurídicos inspirados en el derecho administrativo francés, desde que el mismo es también objeto de análisis en un sistema económico como el norteamericano, en el cual a pesar de ser tan respetuoso de la libre empresa, la intensidad del control sobre la dirección y gestión de las public utilities es considerable. (3)

II. La importancia del problema

Por cierto que la cuestión, tal como está planteada excede el marco de la discusión puramente teórica y posee importantes implicancias de orden práctico, desde los puntos de vista económico y jurídico.

Ello así, toda vez que estudios particularizados sobre la cuestión informan que las necesidades de inversión en el período 1992/2000 se ubican en el orden de los 35.444 millones de pesos, de los cuales **tres cuartas partes**, esto es aproximadamente 26.424 millones de la misma moneda, provendrán de la gestión de empresas concesionarias de obra y de servicios públicos y tan solo alrededor de 9.000 millones será de origen público. (4)

Lo precedentemente expresado justifica por sí solo, tal como están planteadas las cosas, conferir encuadre jurídico adecuado a la solución que finalmente se halle, **teniendo presente que el proceso de reforma de las estructuras estatales y el consiguiente traspaso a la esfera de los particulares de cometidos públicos, ha dado sustento a quienes afirman que ante esta nueva realidad estatal, se justifica un nuevo derecho**, respecto del cual se predicen las siguientes características: a) deben ser aceptados; b) precisamente porque debe ser aceptado tiene que ser más o menos pactado; y c) por lo anterior es que tiende a agregar puntos de vista u opiniones muy diferentes. (5)

IV. "Publicación" de actividades vs. "Privatización". Análisis del marco jurídico de la Reforma de Estado. El "servicio público". Régimen Jurídico.

IV.1. La "publicación" de actividades

Ya hemos tenido ocasión de expresarnos partidarios del criterio según el cual el interés público, en tanto es expresión del bien común comprometido en toda gestión de la Administración (en rigor de toda labor del gobierno) se encuentra claramente evidenciado en todos los aspectos del derecho administrativo, al punto que como lo afirma ESCOLA, aparece como el verdadero fundamento de toda esta rama del derecho. (6)

Dijimos allí, además, que "...en relación a la prestación de los servicios públicos y a la forma que la Administración adopta para su gestión, el interés público aparece de manera más creciente a partir del acrecentamiento de las necesidades y exigencias de los componentes de cada grupo social, así como el aumento y la complejidad de las prestaciones que son necesarias para satisfacerlas, lo que ha ido revirtiendo la tendencia a mantenerlos en manos privadas, induciendo a aceptar, como ocurrió en la casi totalidad de países desarrollados (proceso del cual nuestro país tampoco estuvo ajeno), la idea de que la mayoría, o por lo menos una parte importante de esos servicios, debían ser atendidos por el Estado, o más exactamente, por la Administración Pública, de manera directa o indirecta". (7)

(1) ARIÑO, GASPAR; "Economía y Estado"; pág. 431 y sus notas; Bs. Aires 1993.

(2) ob.cit. pág. 432

(3) conf. nuevamente ARIÑO, GASPAR; ob.cit.

(4) conf. "Capital de Infraestructura en la Argentina, Gestión Pública, Privatización y Productividad"; Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas - FIEL- pág. 44; Bs. Aires, 1992.

(5) CARCASSONNE, GUY; "un derecho para la democracia moderna"; en la obra "Transformaciones del derecho público"; Ediciones Ciudad Argentina; Bs. Aires 1994.

(6) conf. nuestro trabajo "La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos"; Editorial Abaco; pág. 87 y ss., con citas de HÉCTOR ESCOLA; "El interés público"; Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 235.

(7) (ob.cit.)

Resulta pertinente señalar que cuando el Estado establece que una determinada actividad es de interés público, dicha actividad se incorpora a la esfera de competencia estatal, es decir se opera el denominado proceso de "publicatio" o publicación de dicha actividad, y que al mismo tiempo y por aplicación del "principio de subsidiariedad" que caracteriza al bien común, determina al mismo tiempo que dicha actividad sea prestada por los particulares.

Es decir, *transfiere* a un sujeto privado su *gestión*, su *ejercicio*, pero sin perder la *titularidad* del mismo. Esto es particularmente así, cuando nos encontramos frente a la gestión de los servicios públicos pero, tal proceso de *publicatio* y de la *transferencia* de su gestión a los particulares, es igualmente predicable en relación a la concesión de obra pública. (8)

No está de más mencionar que la valoración que el estado lleva a cabo respecto al mayor o menor contenido de interés público de una actividad dada, es realizada de acuerdo a criterios que pueden legítimamente variar en el tiempo, por ser cambiantes no sólo los modos de satisfacción del interés general sino, justamente, este mismo.

IV.1.1. La significación jurídica de la "publicatio"

Ahora bien, el significado jurídico de tal incorporación ("publicatio") lo encontraremos en el régimen jurídico de derecho público que le resultará aplicable, a partir que se produce tal caracterización. En este sentido afirma, entre nosotros, **Juan Carlos Cassagne**:

"... El servicio público, atendiéndonos a una concepción objetiva que se basa en la naturaleza material de la actividad, se circunscribe, a una parte de la actividad administrativa del Estado quien puede, a su vez, encomendar, conceder o atribuir el ejercicio de los correspondientes cometidos a los particulares, ya fuera a través de la figura de la concesión o por otros medios jurídicos como la gestión concertada, el permiso, etc. Esas actividades, cuando son prestadas por los particulares, se encuentran regidas por un régimen que es el común de la función administrativa, instituido para asegurar la continuidad, igualdad, regularidad y obligatoriedad de las prestaciones

(8) conf. nuestro trabajo "Análisis de algunas de las modificaciones introducidas a la ley de concesión de obra pública (A propósito de la Ley de Reforma del Estado)"; Revista LA LEY, 1990-B-1130; Para una mayor ilustración deben consultarse; CASAGNE, JUAN CARLOS; "La intervención administrativa", pág. 33 y ss.; DROMI, JOSÉ ROBERTO; "Reforma del Estado y Privatizaciones", T. 1, Bs. Aires, 1991; BARRA, RODOLFO CARLOS; "Principio de Derecho Administrativo"; Edit. Abaco; pág. 219 y ss.; GARRIDO FALLA, FERNANDO; "Tratado de Derecho Administrativo"; Vol. II; pág. 357; Madrid 1985; Finalmente, ver por todos, MARIENHOFF, MIGUEL S.; "Tratado de Derecho Administrativo"; T. III-B; núm. 1146 y ss.; Bs. Aires, 1994.

que satisfacen primordiales necesidades públicas. El particular, no obstante ser-en estos casos- un colaborador de la Administración Pública se halla sujeto a las potestades de ésta y especialmente, a una intensa fiscalización o control de la actividad que presta, sin perjuicio de lo cual, también suele recibir, por alguna de las técnicas de transferencia (siempre que la función sea delegable o transferible por su naturaleza), determinados poderes públicos que pertenecen jure proprio a la Administración. La adopción de un criterio técnico jurídico para caracterizar la noción de servicio público implica que éste se traduce en una actividad distinta a la regida por el derecho privado y, por lo tanto, extraña a la esfera de la libertad o franquía individual, importando la asunción pública de una determinada, a partir de ese momento, que el ejercicio de la correspondiente actividad ha dejado de ser libre". (9)

En análogo orden de ideas explica **Rodolfo C. Barra** que "...la técnica de la concesión de servicios públicos, ...permite extender el campo de la 'publicatio' sin necesidad de ampliar desmesuradamente la presencia estatal en la vida social". (10)

Recordamos aquí, finalmente, que como dice **Carlos M. Grecco**, con razón o sin ella no faltó quien redujo el derecho administrativo en su conjunto o vió su razón de ser, agregamos nosotros- al citado estudio de los servicios públicos y citando a **J. Oyhanarte** ("La expropiación y los servicios públicos") señala este autor que:

"...La nota especificadora por excelencia es que toda actividad-servicio público presenta la característica de hallarse sujeta -jurídicamente- a la titularidad intransferible del Estado, instituida como medio de defensa de intereses populares y como medio de defensa de intereses nacionales, y que en los servicios públicos de prestación indirecta determina: 1) el sometimiento jurídico a la ley objetiva del servicio determinante de un status legal o reglamentario; 2) al ejercicio de poderes de control; 3) la delegación y atribución, con carácter ins-

(9) CASSAGNE, JUAN CARLOS; "La intervención administrativa"; pág. 33/34.

(10) conf. "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico del Servicio público"; en Revista LA LEY 1982-B, pág. 363 y ss. y sus abundantes citas.

(11) conf. GRECCO, CARLOS MANUEL; "Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario", en Revista de Derecho Administrativo; año 2, núm. 5 pág. 481 y ss.

trumental, a los prestadores del servicio público de facultades propias a la autoridad pública". (11)

IV.2. La "privatización" de actividades públicas

El proceso inverso al de la "publicatio" recién descrito es el que se opera a través de la "privatización" de una actividad que anteriormente se encontraba en la esfera de competencia estatal, esto es que era pública. Ello significa, expuesto sencillamente, que tal actividad ha sido "desestatizada" y consecuentemente extraída del régimen de derecho público al que antes se encontraba sometida.

De ello, sin embargo, no puede derivarse que el Estado, en cuanto gestor y distribuidor del bien común, se desentiende si el interés público se encuentra presente de una manera más o menos inmediata en el desarrollo de tal actividad. Por ello, cuanto más fuerte sea ese contenido de interés público insito en tal actividad "privada" aunque no de una manera tal que permita mantenerla dentro de la esfera de competencia estatal- mayor será el grado de "regulación" que le imponga, aunque -se insiste- sin someterla al régimen jurídico del derecho público.

Es decir que nos encontraríamos frente a determinadas actividades a cargo de particulares, que si bien revisten un indudable interés general, no llegan a constituir verdaderos servicios públicos, "...pues está claro que la potestad reglamentaria del Estado sobre las actividades privadas se justifica por la simple conexión que éstas tengan con el interés público, sin necesidad de que sean elevadas a la categoría técnica de servicios públicos". (12)

IV.2.1. Las prescripciones de la Ley 23.696

Ahora bien, debe advertirse que cuando la Ley 23.696 de Reforma del Estado utiliza la expresión "privatización" lo hace con dos alcances distintos. En efecto, en un sentido que podríamos calificar de **estricto**, la privatización de una actividad comporta el traspaso de la esfera pública a la esfera privada de la propia actividad, con las consecuencias de cambio del régimen jurídico que le es aplicable y que arriba ya han sido descriptas.

Sin embargo, **en un sentido amplio**, la Ley de Reforma del Estado incluye dentro del concepto examinado otras formas "instrumentales" de traspaso no ya de la "actividad" sino de la "gestión" material de sus actividades a la esfera de los particulares, pero sin que por ello pierda su *titularidad*. Tales son los ejemplos de

la concesión, permiso, locación, administración, regulados por el Artículo 17 de la LRE.

Se ha dicho que el artículo 10 de la Ley 23.696 ha optado por acoger una fórmula amplia para proceder a la privatización al prescribir que "...ésta puede referirse a cualesquiera de las formas de privatización, sea total o parcial, pudiendo comprender tanto a una empresa como a un establecimiento, bien o actividad determinada". (13)

Ello, incluso, ha llevado a afirmar a la doctrina administrativa que **la privatización no es un fin en sí mismo, sino un medio** para liberar las energías materiales y morales del crecimiento, del talento, de la iniciativa, de la propiedad, de la capacidad. (14)

IV.2.2. El especial caso de las "licencias" de servicios públicos (vgr. servicio telefónico y distribución de gas).

Mención aparte merece el régimen jurídico al que se encuentran sometidas las actividades que hayan sido materia u objeto del otorgamiento de licencias para su prestación (vgr. servicio telefónico, de distribución de gas), ya que aquí, cuando se trata de examinar el régimen jurídico al que se encuentran sometidas tales actividades la cuestión no es práctica en la opinión de los autores.

En efecto, **atendiéndonos al carácter objetivo de la actividad que es materia de la prestación pública**, si la misma ha sido calificada como *servicio público* (analizando concretamente el caso de la prestación del servicio telefónico), la utilización de la forma instrumental de la *licencia* no modifica el régimen jurídico que le resultaría aplicable a la citada actividad.

En tal supuesto, se sostiene que el empleo del vocablo "licencia", posiblemente obedezca a la exclusiva finalidad de legitimar conceptualmente la perpetuidad en la atribución del derecho (cap. XIII del pliego, Artículo 21, inc. c, del Decreto 1.185/90 y punto 6.1., inc. i, del contrato de transferencia) que solo está limitado temporalmente en cuanto al privilegio de exclusividad conferido, entendiéndose que "...la perpetuidad del derecho no surge del hecho de mediar una 'licencia' sino de las normas, o en su caso, de las estipulaciones convencionales, que disciplinan la relación jurídica...". (15)

(12) conf. GARRIDO FALLA, FERNANDO; "Tratado de Derecho Administrativo"; Vol. II, pág. 360; 7ma. edición ampliada; Madrid 1985.

(13) CASSAGNE, JUAN CARLOS; "Las técnicas de reversión del estatismo en el Proceso de Reforma del Estado"; en la obra "Privatizaciones y Concesiones" arriba citada; pág. 226.

(14) conf. DROMI, JOSÉ ROBERTO; "Reforma del Estado y Privatizaciones"; t. 1, pág. 72.

(15) conf. GRECCO, CARLOS MANUEL; ob.cit.

En contra de tal posición se expresa **Juan Carlos Cassagne**, para quien en el supuesto del servicio telefónico ha habido una derogación de la *publicatio* y si bien el Estado se reserva determinados poderes de contralor y la fijación de las tarifas, la titularidad del servicio pertenece a la empresa privada, al haberse utilizado expresamente la técnica de la licencia y no la de la concesión. (16)

Entre nosotros se expide en un sentido coincidente **Héctor Mairal**, para quién la sanción de los marcos regulatorios de la electricidad, gas y teléfonos indican una clara preferencia por los mecanismos y soluciones de las *public utilities*.

Dicho autor se manifiesta, incluso, partidario del abandono en nuestro país de la doctrina española de la *"publicatio"*, a partir de la nítida posición asumida por el legislador desde la sanción de la Ley 23.696 en favor de la prestación privada de actividades que define como "servicio público", no pareciendo posible - en su criterio - el sostenimiento de la idea de que el servicio público es una actividad administrativa que sólo en forma interina puede ser ejercida por los particulares, máxime que no existe en nuestro orden constitucional una reserva de titularidad para el Estado de determinadas actividades como sucede con el Artículo 128.2 de la Constitución de España de 1978. Circunstancia que -por lo demás- se ve corroborada por el otorgamiento de licencias sin término de duración para la prestación del servicio telefónico básico y demás servicios de telecomunicación. (17)

IV.2.3. Disposiciones contenidas en los marcos regulatorios en torno de la caracterización de la actividad prestada por los particulares

Para seguir examinando lo dicho hasta el momento, deben necesariamente examinarse las disposiciones de algunos de los marcos regulatorios sancionados.

Así, deben citarse la Ley N° 24.076 (B.O. del 12-6-1992), en cuyo Artículo 1°) califica como "*servicio público nacional*" y sometido a sus disposiciones, al "*transporte y distribución de gas natural*". Por su

parte, lo relativo a la producción, captación y tratamiento de gas natural serán regidas por las disposiciones de la Ley N° 17.319.

De manera que, cuando el legislador en el Artículo 1° de la Ley N° 24.076 califica como *servicio público* a las mencionadas actividades, decide someterlas al régimen jurídico del derecho público, resultándole aplicables todos los principios y normas que lo informan (igualdad, regularidad, obligatoriedad, universalidad).

Algo semejante puede predicarse respecto de lo acontecido con la sanción de la Ley N° 24.065 (EDLA 15-111 y ss.), cuyo Artículo 1°) dispone:

"Caracterízase como servicio público al transporte de distribución de electricidad. La actividad de generación, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público será considerada de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo".

Otro tanto ocurre con el *servicio público* de provisión de agua potable y desagües cloacales, regulado por el Decreto N° 999/92 (B.O. del 30-6-1992) cuyo Artículo 6°) establece que:

"...El servicio público definido por el Capítulo I será prestado obligatoriamente en condiciones que aseguren la continuidad, regularidad, calidad y generalidad de manera tal que se asegure su eficiente prestación a los usuarios y la protección del medio ambiente".

Sin embargo, las formas instrumentales escogidas en cada uno de los casos citados, han variado sustancialmente (vgr. licencias en el caso de gas natural; concesión con transferencia de activos en comodato en el caso de distribución de electricidad; concesión sin venta de activos en el caso de Obras sanitarias de la Nación). (18)

V. Análisis de las distintas relaciones jurídicas involucradas

A esta altura, y a partir del examen hasta aquí realizado, cuadra analizar las diferentes relaciones jurídicas que se establecen y el régimen jurídico al que se encuentran sometidas las mismas.

(16) "Las técnicas de Reversión del Estatismo en el Proceso de Reforma del Estado", en el libro "Reforma del Estado y Privatizaciones", Vol. 1, pág. 226. De igual modo se expresa en "La intervención Administrativa"; pág. 93/94, Bs. Aires, 1992). En sentido análogo puede consultarse el trabajo de MITRANI, CRISTIAN J.P., ("Privatización: métodos y cuestiones jurídicas", en LA LEY 1990-D-1068.

(17) conf. "La ideología del Servicio Público", en Revista de Derecho Administrativo N° 14, Setiembre-Diciembre de 1993, pág. 359 y ss.

(18) En favor de la posición que sustentamos en el texto puede verse la opinión de BARRA, RODOLFO C. en "La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización", estudio incorporado como título preliminar de nuestro trabajo "La iniciativa privada..." ya citada.

En ese sentido y por ser el objeto central del análisis pueden diferenciarse las que se establecen entre **el Estado y los prestadores** de los servicios cuya actividad o gestión haya sido privatizada; **estos últimos y los usuarios y -finalmente- los terceros con quienes aquéllos contratan** la ejecución de obras, provisión de bienes o la prestación de servicios.

V. a) Estado - prestadores privados

Si la actividad se encuentra caracterizada como un servicio público y así ha sido declarada por el legislador, no dudamos en afirmar que las **relaciones entre los particulares titulares de una concesión, licencia, permiso o autorización y el Estado** estarán sometidas al régimen jurídico de derecho público propio del servicio público y sometido a sus reglas y principios expresas y virtuales. Si se tratara de una actividad privatizada en la cual no obstante esté presente el interés público, el Estado someterá dicha actividad privada a una mayor o menor regulación fundándose en el ejercicio del poder de policía, pero sin utilizar el recurso técnico de sometimiento al régimen del "servicio público". (19)

V. b) Prestadores - usuarios

De manera análoga, en tanto nos encontremos frente a un servicio público, las relaciones **entre prestadores y usuarios** estarán sometidas a idéntico régimen de derecho público, no siendo libre la actividad de aquéllos, por cuanto estará estrictamente ceñida a las reglas y principios del servicio público, esto es, igualdad, uniformidad, regularidad, universalidad.

Cabe citar aquí la opinión del Prof. **Miguel S. Marienhoff** sobre este aspecto, para quien debe distinguirse si el servicio público es de utilización **obligatorio** si por el contrario es facultativa para el particular. En el primer supuesto, opina que la relación será de naturaleza **reglamentaria** y en consecuencia regida por las normas del derecho público, en tanto que en la segunda hipótesis tendrá naturaleza **contractual** y estará sometida a las disposiciones del derecho común. (20)

Por el contrario, si se tratare de una actividad privada, aunque regulada por el Estado en atención al contenido de interés público que ostenta, tales reglas y principios no resultarían aplicables, encontrándose sometidas, en cambio a las disposiciones del derecho común por ser la relación de **naturaleza contractual**.

Este último criterio es el recogido por la jurisprudencia del fuero contencioso-administrativo federal en la causa "*Fundación San Martín de Tours*", de fecha 15-9-1981, por ejemplo, en materia de institutos de enseñanza privada. (21)

V. c) Prestadores - terceros con quienes contratan

Finalmente, y aún cuando la actividad se encuentre caracterizada legalmente como un servicio público no dudo en afirmar que las relaciones jurídicas establecidas con los terceros con quienes aquéllos celebran contratos, estarán regidas por el derecho común y en consecuencia sujetas a las reglas de la libre determinación de las partes (Artículo 1197 del C. Civil), aunque, a mi modo de ver, se encuentran fuertemente sometidas a regulación y control estatales, bien entendido que ello es así, en la medida que la prestación obligacional que constituya el objeto de tales contratos se deba incorporar al servicio público cuya gestión se ha encomendado al particular.

La conclusión a la que precedentemente arriba no se ve conmovida en razón de la forma instrumental que haya adoptado el traspaso de la gestión de los particulares (vgr. concesión, licencia, autorización o permiso) en tanto la respectiva **actividad** cuya gestión ha sido encomendada a los mismos haya sido **declarada como un servicio público**, o que aún sin haber sido elevadas a tal categoría técnica, por encontrarse en ellas interesado en forma directa e inmediata el interés público, la intromisión estatal se justifique fundándose en el ejercicio de su poder de policía.

En el caso de la **concesión**, y tal como se ha dicho, el Estado conserva la titularidad pública del respectivo servicio o actividad que ejerce, a través del poder jurídico de aprobar las tarifas o los precios y el control sobre el concesionario. (22)

Cabe aludir aquí, en apoyo a la postura que sostenemos, la opinión de **Miguel S. Marienhoff**, quien también participa del criterio de que las relaciones enabladas entre el concesionario del servicio público y los terceros es regida por el derecho privado y sometida a la justicia común. (23)

(19) conf. GARRIDO FALLA, FERNANDO; ob.cit. en el texto.

(20) conf. "Tratado..." t. III-B; núm. 1157, págs. 604/5; Bs. Aires, 1994.

(21) (Rev. LA LEY 1982-B-363 y ss.; con nota de RODOLFO CARLOS BARRA, "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público").

(22) conf. GARRIDO FALLA, FERNANDO; MARIENHOFF, MIGUEL S.; CASSAGNE, JUAN CARLOS; ob.cit., sin perjuicio de lo cual, **idéntica circunstancia hemos visto que se verifica en otros servicios público transferidos**, como es el caso del servicio público telefónico o el de transporte y distribución de gas natural, que han sido objeto del otorgamiento de licencias, sin por ello perder de vista las autorizadas opiniones divergentes de CASSAGNE y MAIRAL citadas en el texto. (23) (conf. "Tratado de Derecho Administrativo"; t. III-B núm. 1157).

De igual modo, el autor seguido en este aspecto, afirma que la concesión de servicio público es un contrato administrativo en estricto sentido, '*...un acto de estructura homogénea: 'contractual' en todo su ámbito, lo cual en nada obsta a que la Administración Pública pueda introducir las modificaciones que juzgue necesarias*'. (24)

Partiendo de lo dicho, y sin perjuicio de que más adelante volveremos sobre este asunto, la cuestión -a mi juicio- radica en dilucidar, entonces, en hasta donde puede llegar el control estatal sin que tal intromisión ponga en peligro o "degrade" la libertad empresarial reconocida (25) por la propia legislación a cuyo amparo se viene verificando el proceso de reforma estatal puesto en vigencia con la sanción de las Leyes 23.696 y 23.697 y, por cierto, sin quebrantare expresas garantías constitucionales consagradas por los Artículos 14, 16, 17, 28, 31 y 33 de la Constitución Nacional.

VI. Fundamentos del control y regulación estatales

De ordinario, el desarrollo de las facultades de control y regulación estatal esgrimidas se fundamentan, o lisa y llanamente en la "*titularidad estatal*" de la actividad *concedida* (servicio público), o bien en el ejercicio de las atribuciones de policía administrativa que ostenta, que justifican la intervención estatal cuando se trate de actividades en las que, no obstante su naturaleza privada, está presente el interés público.

Para comprender mejor lo dicho, no puede perderse de vista que el intervencionismo estatal en una determinada actividad puede hallar sustento no solo recurriendo al expediente de la declaración de *titularidad estatal de dicha actividad*, sino también a través del ejercicio de la función de policía administrativa; esto es, por vía reglamentaria.

Es cierto que conforme lo que hemos venido exponiendo la noción de servicio público está íntimamente ligada a la evolución del derecho continental europeo, pero no lo es menos y tal cual lo dicho con sustento en la opinión de autorizada doctrina, que también el derecho anglosajón, acudiendo al recurso técnico de reglamentar las actividades de interés público aunque permaneciesen en manos de los particulares, se obtuvo similar resultado de intromisión al desarrollado por el régimen del servicio público.

Es de mencionar nuevamente aquí el caso de las *publics utilities* en los Estados Unidos (empresas privadas

de interés público), que colocaron en una situación práctica muy semejante a la de los concesionarios de servicios públicos. (26) Por cierto que el fortalecimiento que de la postura de la Administración pública se consigue, admitiendo el concepto de servicio público, salta a la vista, ya que no es, lo mismo, asumir el moderado papel de árbitro del interés público y justificar así la reglamentación de una actividad privada, que declarar la exclusiva competencia pública para realizarla. (27)

De modo análogo puede verse en el trabajo de **Carlos M. Grecco** antes citado, los ejemplos que se traten del derecho norteamericano en este sentido, que en materia de ejercicio de facultades de control, se mencionan entre otras las siguientes *potestades*: a) poder de fijar las tarifas y de controlar el beneficio lícito de los inversores; b) facultad de fijar las condiciones y standars técnicos para cada tipo de servicio, de modo que quede garantizada la seguridad, uniformidad, etc.; c) control de costos, de modo que éstos sean razonables, con facultad de rechazar o reducir aquellos que resulten agravantes o excesivos; d) control sobre los bienes concernientes al servicio, con exigencia de autorización previa para su enajenación o sustancial alteración; etc. (28)

VI.1. Los controles administrativos sobre los prestarios privados. Los entes reguladores

Creados bajo la forma de entes autárquicos y al influjo del derecho norteamericano, son de algún modo el reflejo de la separación de la actividad prestacional de la "*titularidad*" de la misma, delegándose en ellos el ejercicio de las funciones de control estatales sobre el prestatario privado, propias del concedente. (29)

Por su parte **Cassagne**, a mi modo de ver un poco más alejado de la posición de **Mairal** afirma que estos entes regulatorios, cuyos antecedentes se remontan al derecho estadounidense, han sido creados como personas administrativas con competencia especial y personalidad jurídica propia, sin perder con ello la Administración el ejercicio de los poderes de tutela, como tampoco las facultades inherentes a la policía ni las derivadas de su condición de parte en el vínculo

(24) (conf. ob.cit. núm. 1158, pág. 613).

(25) (conf. **GRECCO, CARLOS M.** ob.cit.)

(26) **FERNANDO GARRIDO Falla** ob.cit pág. 361, nota 5.

(27) conf. Garrido Falla; ob.cit. y en especial la nota 6.

(28) (ob.cit. pág. 498).

(29) conf. Mairal, Héctor; "La ideología del Servicio Público", Revista de Derecho Administrativo; N° 14, Septiembre-Diciembre 1993, pág. 359 y ss.

(30) "Los Nuevos Entes Regulatorios", en Revista "El Derecho", ejemplar del 19-9-1994.

que la une al prestatario del servicio público (concesión o licencia). (30)

Ahora bien, surge claro que el alcance de este ejercicio de control por parte de la autoridad administrativa estará determinado en función de lo establecido en las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales concernientes a la ejecución del respectivo servicio, sin perjuicio de mencionar que por lo hasta aquí dicho no compartimos el criterio de que sólo incumben al empresario privado las consecuencias de una mala gestión, ya que para hallarse involucrado el interés público -en diferentes grados de intensidad- y de prestarse tales actividades en situación poco menos dominante, el órgano estatal no puede estar ausente.

La tendencia de un mayor control sobre las actividades de los particulares que tienen a su cargo la *gestión* de servicios públicos viene patentizada por el ejercicio de facultades que exceden los órganos de regulación y control creados por las disposiciones citadas, para instalarse en el ámbito del Poder Legislativo.

En efecto, mediante la sanción de la Ley 24.156 de Administración Financiera y Control del Sector Público se ha creado en la órbita del Congreso de la Nación Argentina la Auditoría General de la Nación, en relación a la cual la reciente reforma de la Constitución Nacional le ha conferido rango constitucional (Capítulo Sexto, Artículo 85).

Entre las facultades que la Ley 24.156 le asigna a la Auditoría General de la Nación, se encuentra la contenida en el Artículo 117, mediante la cual establece que es materia de su competencia el control externo posterior de la *gestión* presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, de los entes reguladores de servicios públicos y **los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos.**

En virtud de la atribución de competencia citada, y por solo mencionar un ejemplo de la tendencia expuesta, recientemente la AGN ha dictado la Resolución N° 3/94 a través de la cual declara bajo su órbita de control a la empresa distribuidora Metrogas S.A.. Otro tanto ocurre con el dictado de la Resolución N° 110/94, de fecha 4-10-1994, por parte del órgano de control externo que depende del Poder Legislativo, mediante la cual se aprobaron las disposiciones del reglamento de Audiencias Públicas de la Auditoría General de la Nación.

Dicho instrumento puede ser empleado por la AGN con el objeto de evaluar la actividad de los entes reguladores o los servicios públicos privatizados o la aplicación de fondos públicos a subsidios, sin perjuicio de la aplicación de los distintos criterios de control (conf.

Considerando 1° de la mencionada Resolución N° 110/94).

De otra parte y más allá de que existan concretas prescripciones sobre el punto en los marcos regulatorios vigentes (vgr. Artículo 31 del marco regulatorio del servicio público de agua potable y desagües cloacales, aprobado por Decreto 999/92), la naturaleza contractual de las figuras instrumentales a las que ha recurrido el Estado para *privatizar* la gestión de los servicios públicos, impone la necesidad de realizar algunas reflexiones en torno a los principios del *riesgo y ventura* y del *equilibrio financiero*.

En efecto, se admite en general la *naturaleza contractual* de la concesión de servicio público, a punto tal que autores como Marienhoff lo califican como un *contrato administrativo de colaboración*. Recordemos lo que más arriba dijimos, respecto a la caracterización de esta figura como un contrato de *sentido estricto* que la concesión se otorga directa e inmediatamente en "*interés público*". (31)

De esta manera tal que el concesionario es un "*contratante*" en un contrato administrativo, regido por los principios que gobiernan esta materia.

Algo semejante es predicable en relación a las otras figuras instrumentales que han adoptado los trasposos de actividades a los particulares que han sido mencionadas.

No dudamos en afirmar que todas ellas (vrg. licencias, concesiones, permisos, autorizaciones) poseen naturaleza eminentemente contractual y se encuentran regidas por el derecho administrativo en tanto el objeto y la finalidad de *interés público* que les ha dado origen esté regido por dichas normas. (32)

Tal circunstancia impone -como se dijera- que todos ellos se encuentren regidos por las normas y principios expresos y *virtuales* propios del derecho administrativo, a saber: a) mutabilidad o posibilidad de introducirles modificaciones en ejercicio de la *potestas*

(31) (ver entre muchos otros), **Marienhoff, Miguel S.**; ob.cit. núms. 1150 y 1152 págs. 596 y 598. De igual modo se ha expresado desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para lo cual puede verse in re "**Schill Andrés** v. Compañía Unión telefónica del Río de la Plata"; Fallos: 184:280 del 4-8-1939

(32) conf. con este criterio se ha expresado **Cassagne, Juan Carlos**; "Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual", en el ejemplar de la Revista LA LEY del 13-9-1994, pág. 1, con sustento en la opinión de **Miguel S. Marienhoff**; "Tratado..." III-A; pág. 54 y sgtes.

variandi; b) facultades de organización y control sobre la prestación del servicio público; c) determinación de las tarifas; d) principio del equilibrio financiero, sin perjuicio del riesgo asumido por el particular, aunque, limitado al ejercicio de su propia gestión.

Las circunstancias reseñadas brevemente y sobre las que autorizada doctrina nacional y extranjera se han expresado con mayor solvencia, justifican, a nuestro modo de ver el control y la regulación estatales sobre la actividad del particular a cuyo cargo se encuentra la gestión de los servicios públicos.

VII. Algunas consideraciones en torno del tipo de control a ser establecido

Ahora bien, tenemos claro que la conclusión anterior no resuelve por sí sólo la proposición de este trabajo. Antes bien, cubre sólo el aspecto referido a la fundamentación del control estatal sobre aquellas actividades de estos sujetos privados, que no han dejado de serlo por circunstancia de ostentar tal título de *empresarios de servicios públicos*.

Partiendo de la premisa anterior debe darse sentido y alcance al ejercicio de este control propugnado, sobre la base de considerar que el mismo debe estar necesariamente dirigido no a una faz puramente *interventora o de mera intromisión* por ella misma, sino con el sentido de crear condiciones de mercado que posibiliten la máxima utilización de esa inversión pública proveniente de sujetos particulares.

Es esa y no otra la razón de ser del control propugnado en este aspecto de la *regulación*; la creación de condiciones legales tales que, al tiempo en que respeten la libre determinación particular en la gestión y dirección empresarial, posibilite con el mayor grado de descentralización posible la eficaz y eficiente generación de riqueza.

A lo largo de estos párrafos hemos sintetizado, incluso, las opiniones de quienes afirman que de un modo u otro el modelo de regulación adoptado en el proceso de transferencia de servicios públicos a la esfera de los particulares, se asemeja más a las soluciones que brinda el modelo de regulación de las *public utilities* que el del servicio público concebido al amparo del derecho continental europeo, pero que de cualquier modo, la regulación y control en el derecho americano han generado el reclamo de protección jurisdiccional frente a tales intromisiones. (33)

Pues bien, es también de decir, que ese modelo de regulación se encuentra en un proceso de renovación. En efecto, procedido de severas críticas dirigidas principalmente al enfeudamiento que se produce entre reguladores y regulados, el apriorismo de que se parte en muchas de sus estimaciones, la dictadura que de hecho ejercen unos y otros sobre el usuario, dicha renovación del modelo tiende a la apertura del mercado, al mismo tiempo que al establecimiento de un sistema de incentivos a la eficiencia empresarial, basado en la fijación de unos estándares o precios de referencia contra los que el empresario debe luchar. (34)

Es más, se afirma que en el sistema clásico de regulación casi todo queda encomendado a la decisión del regulador; la planificación, la determinación de los precios de todo tipo y hasta las más pequeñas decisiones empresariales quedan determinadas, condicionadas o simplemente "ordenadas" por la autoridad. Por el contrario, en un sistema descentralizado y abierto, (y se citan como ejemplos el inglés después de las últimas reformas, el alemán o el norteamericano aunque existan profundas diferencias entre ellos) la regulación no tiene por sentido el "control" del sistema y sus operadores, sino que trata de promover la competencia allí donde ésta sea posible y se limita a proteger los intereses de los usuarios -seguridad, calidad y precio del servicio- allí donde éste mantenga las características de un monopolio natural. (35)

Concluye **Ariño Ortiz** diciendo, en lugar de esa obsesiva idea del control -siempre a posteriori- de las inversiones y de los costes, a efectos de su reconocimiento o no en la tarifa, una regulación conforme al mercado tratará de ofrecer incentivos que empujen a las empresas a operar más eficientemente, obteniendo así la mayor cuota de mercado o un mayor beneficio. El objetivo central de la regulación no es tanto controlar a las empresas, cuanto *proteger a la sociedad* en la ejecución de las actividades que resulten esenciales para la vida y el bienestar de aquélla. Por tanto, los aspectos fundamentales a los que se tiene que orientar son dos: garantizar el suministro del servicio, presente y futuro, y establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer. En la medida que para obtener esos fines, sea necesario e imprescindible intervenir en la actividad y en las decisiones empresariales, estará justificada la regulación. (36)

(34) conf. **Ariño Ortiz, Gaspar**; ob.cit.

(35) ob.cit. pág. 328 y ss.

(36) (ob. cit.)

(33) Ver apartado I) del presente trabajo y sus citas.

VIII. Control vs. libertad de empresa

Sin embargo y tal como lo adelantamos más arriba, el planteo sería desacertado, si no nos detuviéramos necesariamente en un aspecto que no podemos dejar de perder de vista, so pena de que las formulaciones que se elaboren conlleven el riesgo de ser arbitrarias por oponerse a otros principios del orden jurídico. Me estoy refiriendo al de la libre determinación de la voluntad individual en los aspectos vinculados a la dirección de estas empresas prestatarias de servicios públicos o de actividades de interés público.

La síntesis del problema podría ser la siguiente: *control vs. libertad de empresa*. No podría el control, en efecto, sin riesgo de caer en decisiones ilegítimas, intervenir en la gestión empresarial bajo el pretexto de que se trata de actividades en las que directa e inmediatamente se encuentra involucrado el interés general, cuando esa intervención se ejerza en exceso de las facultades legales y reglamentarias que el control ostenta y en la medida que su acción no esté íntimamente ligada a la prestación de la actividad en la que se encuentra interesada la sociedad.

El principio es claro dice **Gaspar Ariño** y -a modo de síntesis del planteo que este autor formula-: "...*El concesionario gestiona, la Administración controla la marcha del servicio. Cualquier actuación administrativa que ponga en cuestión la dirección empresarial del gestor, atenta la esencia de la concesión, convirtiéndola solapadamente en una modalidad de gestión directa*". (37)

La clave del cambio está en abrir los servicios públicos a la competencia y a las leyes del mercado, disminuyendo la regulación y sobre todo, cambiando el sentido de ésta. Y ello debe provenir de la creación de las condiciones legales que permitan el surgimiento del mercado allí donde sea posible y limitar y proteger a los usuarios allí donde se mantengan las condiciones de monopolio natural. No una regulación sustitutiva del mercado sino promotora e incentivadora de la competencia. (38)

IX. Palabras finales

Justamente por ello, por esa necesidad de resolver adecuadamente el conflicto entre control y libertad, no nos parece propio concluir estas reflexiones sin advertir -como lo hicimos al comienzo- que si en verdad puede hablarse de un nuevo derecho, surge claro que el mismo debe tener en consideración la nueva realidad analizada y por tanto -como se ha afirmado- pareciera que el mismo debe revestir las características antes predicadas, éstas son: ser *aceptado*, ser *pactado*, y finalmente, por lo anterior, *receptar los puntos de vista u opiniones diferentes*, porque de lo que no abrigamos dudas es de que el conflicto resumidamente expuesto puede (en rigor debe) válidamente resolverse a través de la conjugación de todos los intereses que se encuentran representados en los extremos de dicho conflicto.

(37) (ob. cit. pág. 438)

(38) ob.cit. pág. 440. De igual modo pueden verse las opiniones de **Pablo Rojo** en las "Primeras Jornadas Internacionales sobre Regulación Económica e Iniciativa Privada" en Revista Argentina de la Administración Pública N° 183 págs. 6 y ss. Afirma el mismo que el poder de policía en el presente contexto normativo está orientado a tutelar en la medida de lo posible, la competencia y ejercer un control de los monopolios naturales, evitando justamente que este poder monopólico pueda ejercer abusos sobre el consumidor apropiándose de lo que lo que los economistas tradicionalmente denominan renta del consumidor.