

CAPÍTULO VI  
SERVICIOS PÚBLICOS

SUMARIO

1. Origen y evolución.....	VI-1 / 239
1.1. Origen.....	VI-1 / 239
1.2. Fines del siglo XIX y comienzos del XX.....	VI-3 / 241
1.3. La época de las nacionalizaciones.....	VI-3 / 241
1.4. Las privatizaciones de fines del siglo XX.....	VI-4 / 242
1.4.1. Privatizaciones con desmonopolización.....	VI-4 / 242
1.4.2. Privatizaciones con monopolio.....	VI-5 / 243
1.5. Las renovadas discusiones sobre la definición.....	VI-8 / 246
2. Estado actual.....	VI-10 / 248
2.1. La existencia de marco regulatorio legal y ente independiente de contralor, audiencias públicas, protección del usuario o consumidor.....	VI-10 / 248
2.2. Las privatizaciones sin marco legal ni ente regulatorio independiente.....	VI-12 / 250
2.3. El monopolio privado como nota fundante del régimen especial.....	VI-13 / 251
2.4. El rol del Estado cuando hay libre competencia.....	VI-14 / 252
2.5. Prognosis.....	VI-15 / 253
2.5.1. A fines del siglo XX.....	VI-15 / 253
2.5.2. En la primera década del siglo XXI.....	VI-16 / 254
3. El régimen jurídico del monopolio.....	VI-16 / 254
3.1. Distintos supuestos jurídicos de monopolio.....	VI-16 / 254
3.2. El monopolio espontáneo y de facto.....	VI-17 / 255
3.3. El monopolio en los servicios públicos.....	VI-18 / 256
3.4. El monopolio en la Constitución.....	VI-19 / 257
3.4.1. Obligación de control.....	VI-19 / 257

3.4.2. Participación de los usuarios.....	VI-20 / 258
3.4.3. Marco regulatorio .....	VI-20 / 258
3.4.4. Interpretación restrictiva de los derechos del concesionario y licenciatario.....	VI-23 / 261
3.4.5. Su aplicación a la tarifa.....	VI-24 / 262
3.4.6. Las cargas, los gastos y las inversiones reales. Las auditorías .....	VI-25 / 263
3.4.7. Relaciones con el usuario .....	VI-26 / 264
4. Otras particularidades .....	VI-27 / 265
4.1. La audiencia pública como garantía constitucional del usuario.....	VI-27 / 265
4.2. Los sistemas individuales y colectivos, administrati- vos y judiciales, de defensa. Derechos de incidencia colectiva .....	VI-29 / 267
4.3. El ente regulador .....	VI-31 / 269
4.3.1. Su rol .....	VI-31 / 269
4.3.2. Facultades .....	VI-31 / 269
4.3.3. Participación .....	VI-32 / 270
4.3.4. Casos especiales.....	VI-32 / 270
4.4. Su aplicación a la defensa del usuario .....	VI-33 / 271
4.5. Otros mecanismos de defensa del usuario o consu- midor.....	VI-33 / 271
4.5.1. La ley de defensa del usuario y consumidor .....	VI-33 / 271
4.5.2. Defensa de la competencia .....	VI-34 / 272
4.5.3. Lealtad comercial. Propaganda engañosa .....	VI-35 / 273
4.6. La propiedad de la concesión o licencia.....	VI-36 / 274
4.6.1. Servicios públicos.....	VI-36 / 274
4.6.2. Concesión de obra pública .....	VI-38 / 276
5. Felicidad colectiva, interés público, bien común, <i>omnis et     singulatis, Everything and Nothing</i> .....	VI-39 / 277
5.1. La inefable felicidad colectiva .....	VI-39 / 277
5.2. Interés público e interés individual .....	VI-41 / 279
5.2.1. Un intento de racionalidad .....	VI-41 / 279
5.2.2. Libertad de prensa y expresión del pensamiento .....	VI-41 / 279
5.2.3. La ocupación del espacio público.....	VI-42 / 280
5.2.4. La interrupción del tránsito público y actividades similares.....	VI-42 / 280
5.2.5. Monopolio y libre competencia .....	VI-43 / 281
5.2.6. Un ejemplo colonial.....	VI-43 / 281
5.2.7. Usuarios y consumidores .....	VI-43 / 281

5.2.8. El interés público como interés de una mayoría concreta de individuos .....	VI-44 / 282
5.3. El interés público no es el interés de la administración pública .....	VI-45 / 283
5.4. El interés público no es sólo conveniencia material .....	VI-45 / 283
5.5. El régimen jurídico y la protección del interés público	VI-46 / 284
6. Las vicisitudes de una noción “esencial” de servicio público..	VI-47 / 285
6.1. Identidad metodológica con el dominio público.....	VI-48 / 286
6.2. El servicio público como organización.....	VI-48 / 286
6.3. La finalidad del servicio público.....	VI-48 / 286
6.4. Caracteres del servicio público.....	VI-49 / 287
6.5. El régimen jurídico del servicio público .....	VI-50 / 288
6.6. La noción tradicional y sus elementos .....	VI-51 / 289
6.7. La crisis de este concepto de servicio público.....	VI-52 / 290
6.8. El objeto o finalidad del servicio.....	VI-53 / 291
6.9. El régimen de derecho público.....	VI-54 / 292
6.10. Conclusión. La supresión de la noción esencial o funcional de servicio público.....	VI-55 / 293



## Capítulo VI

# SERVICIOS PÚBLICOS

### 1. Origen y evolución<sup>1</sup>

#### 1.1. Origen

La noción de servicio público nació y floreció en Francia caracterizada como actividad de determinado tipo realizada por la administración en forma directa,

<sup>1</sup> Ver D'ARGENIO, INÉS, “Permanencia «anacrónica» del servicio público: su imprecisión como determinante de la aplicación de un régimen tutelar,” en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín Gordillo*, La Plata, LEP, 2003, pp. 229-48; BOTASSI, CARLOS A., “Gestión de intereses públicos. El rol del Estado y de los particulares,” en AA.VV., *Actualidad del derecho administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Función Pública, 1999, p. 69 y ss.; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *El concesionario de servicios públicos privatizados*, Buenos Aires, Depalma, 1997; MAIRAL, HÉCTOR A., “La problemática actual del servicio público,” en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal: Servicios públicos, poder de policía y fomento*, Buenos Aires, RAP, 2011, 1ª ed., pp. 745-750; COMADIRA, JULIO R., “El Derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público,” en *Servicio Público, Policía y Fomento*, RAP, Buenos Aires, 2004, pp. 17-47; MAIRAL, HÉCTOR A., “La ideología del servicio público,” *RDA*, 14: 359; “El concepto de servicio público en el derecho argentino actual,” en AA.VV., *Servicio público..., op. cit.*, p. 231; *Control judicial de la administración pública*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 20-56; SALOMONI, JORGE LUIS, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999; ALBERTSEN, JORGE, “El monopolio como dato esencial del servicio público,” en AA.VV., *Servicio público..., op. cit.*, pp. 423-34; CITARA, RUBÉN, *El servicio público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1995; parte 2, *Poder de Policía*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1997; CICERO, NIDIA KARINA, *Servicios públicos. Control y protección*, Buenos Aires, UBA y ECA, 1996; SARMIENTO GARCÍA, JORGE H., *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999; MARAFUSCHI, MIGUEL ÁNGEL, “Servicio público. Concepto y evolución,” en BOTASSI, *Temas..., op. cit.*, pp. 249-63; PÉREZ SÁNCHEZ, LUIS R., *Servicio público. Técnica de protección al usuario*, Abeledo-Perrot, 1998; NALLAR, DANIEL MAURO, *Regulación y control de los servicios públicos: Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010; BIANCHI, ALBERTO B., “Servicios públicos: Balance de una década compleja (2000-2010),” en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal ..., op. cit.*, pp. 781-791; GALLEGOS FEDRIANI, PABLO, “Servicios públicos,” en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal ..., op. cit.*, pp. 653-661; GONZÁLEZ MORA, JUAN M., “El régimen del servicio público en los ordenamientos públicos globales,” en *Estudios de Derecho Público*, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), 2013; CICERO, NIDIA KARINA, *Servicios Públicos y Federalismo: análisis de una historia de conflictos y una propuesta de superación*, Buenos Aires, Eudeba, 2013.

o indirectamente a través de concesionarios y fue el concepto que sirvió para la construcción del viejo derecho administrativo. La relación con el servicio público era lo que justificaba la competencia de los tribunales llamados contencioso administrativos, la naturaleza de contrato administrativo que asumían ciertos convenios con la administración, el régimen jurídico del dominio público, la monopolización del servicio o falta de libre competencia, etc.

Nuestra doctrina abrevaba en tales fuentes, pero nuestra jurisprudencia lo hacía en la estadounidense, que ni siquiera utilizaba tal noción sino que se refería al grado de regulación normativa que determinadas actividades privadas podían o debían tener. Posteriormente la noción fue perdiendo importancia hasta quedar restringida a mostrar un régimen jurídico especial en determinado tipo de actividad; pero como este régimen jurídico es contingente a políticas económicas que han sido cambiantes en el siglo XX, y vuelven a ser cambiantes en las primeras décadas del siglo XXI en nuestro país, la noción también debe mutar, desaparecer o reaparecer según como se presente ese régimen jurídico en cada contexto económico temporal.<sup>2</sup>

Por ello se ha podido decir con acierto que lo que se escriba al respecto tiene siempre “carácter efímero” y que se trata de palabras que “se escriben para ser reescritas más adelante,”<sup>3</sup> como el presente nos muestra la Argentina.<sup>4</sup> No caigamos pues en el error de querer encontrar esencias inmutables donde sólo están las arenas movedizas de las cambiantes políticas económicas gubernamentales o las circunstanciales inclinaciones de los gobiernos de intensificar o atenuar la regulación de ciertas actividades.<sup>5</sup> Algo ha permanecido inmutable a través del

<sup>2</sup> Ver el magnífico desarrollo de MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio público y mercado*, cuatro vols., Madrid, Civitas, 1998, en especial t. I, *Los fundamentos*, p. 17 y ss. Para las mutaciones locales ver MAIRAL, “El concepto...” *op. loc. cit.* Damos una visión más general y extensa del problema argentino en el t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*.

<sup>3</sup> CITARA, *El servicio público*, parte 2, *Poder de Policía*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>4</sup> Las estatizaciones del servicio oficial de correo (por decreto 721/04 – B.O. 14-VI-04), de la empresa de provisión de agua y cloacas en el área metropolitana (Aguas Argentinas, reemplazada por Agua y Saneamientos Argentinos SA, creada por decreto 304/06 – B.O. 22-III-06), de las líneas de Ferrocarril San Martín, Roca, Belgrano Sur, Mitre y Sarmiento (decreto 861/06 – B.O. 13-VII-06 y resoluciones MIyT 848/13 y 1083/13 – B.O. 21-VIII-13 y 12-IX-13), la expropiación y estatización de Aerolíneas Argentinas y la expropiación del 51% del patrimonio de YPF SA y de Repsol YPF GAS SA (leyes 26.412 – B.O. 22-IX-08—, 26.741 – B.O. 7-V-12— y 26.932 – B.O. 28-IV-14) y la reprivatización de ramales ferroviarios (resolución MIyT 41/14 – B.O. 12-II-14), a lo que se suman las distintas experiencias en el mismo sentido en el interior del país, nos muestran cómo, incluso en cortos períodos —un poco más de una década en este caso—, puede andarse y desandarse el mismo camino. Ampliar en BIANCHI, *op. cit.*

<sup>5</sup> Entre las novedades habidas en los últimos años en la materia se destacan la ley 26.522 que reemplaza a la antigua normativa de radiodifusión y establece una regulación intensa de todos los servicios de comunicación audiovisual, y la ley 26.736 que dispone un marco regulatorio para la fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa para papel de diario y de papel para diarios, a cuyo efecto declarada a dichas actividades como de *interés público*, lo cual no tenía antecedentes en nuestro país. Ampliar en MERTEHIKIAN, EDUARDO, “La intervención estatal en los medios de comunicación audiovisual en la República Argentina. (Primeras reflexiones a propósito de

tiempo, sin embargo y es que al igual que en la regulación a que nos referimos en el cap. siguiente, su resultado práctico no satisface los derechos individuales. Las normas se dictan, pero el efecto no es siempre el deseado. Por ello incluimos estos temas dentro de la presente sección III, “Lesión a los derechos” y no de la IV, “La protección de los derechos,” como también podría razonablemente postularse. Cabe reconocer que es un dilema permanente,<sup>6</sup> tanto como el inasible equilibrio entre autoridad y libertad.<sup>7</sup>

### 1.2. *Fines del siglo XIX y comienzos del XX*<sup>8</sup>

En esa época la expresión era utilizada, en nuestro país, para designar actividades realizadas monopólicamente por particulares, por delegación y bajo control del Estado, con un régimen de derecho público en el cual se fijaban las tarifas, se ordenaban y controlaban las inversiones, se controlaba la prestación del servicio, se aplicaban sanciones en caso de incumplimientos de metas cuantitativas o cualitativas de inversión, etc.<sup>9</sup> La influencia en la interpretación de este sistema provino del derecho estadounidense referido a las *publicutilities* o servicios privados de interés público.<sup>10</sup>

### 1.3. *La época de las nacionalizaciones*

En la mitad del siglo XX se produjo aquí el proceso de nacionalización.<sup>11</sup> Contribuyeron diversos factores: Insatisfacción con el poder monopólico de los prestadores privados y la poca capacidad del Estado para controlarlos; la trasnochada

la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual N° 26.522,” en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal ...*, op. cit., pp. 763-772.

<sup>6</sup> Que se extiende hasta la función pública misma: Ver los trabajos del libro de DIJULIO, JOHN J. JR.(ed.), *Deregulating the Public Service. Can Government be improved?*, introducción de PAUL A. VOLCKER y WILLIAM F. WINTER, Washington, The Brookings Institution, 1994.

<sup>7</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. III.

<sup>8</sup> Ver el análisis histórico argentino realizado por SALOMONI, op. cit., caps. I a III, pp. 33-322, aunque no compartimos su idea en el sentido que el origen de la expresión, menos aún el concepto, pueda postularse en el derecho patrio.

<sup>9</sup> Ello sin perjuicio de algunas excepciones como es el servicio de correo, íntegramente gestionado por el Estado. Ver en este sentido GARCÍA SANZ, AGUSTÍN: “Las ruinas circulares de la gestión pública,” en prensa.

<sup>10</sup> Ello se advierte ya en las constantes referencias al derecho estadounidense que hacen los fallos de nuestra Corte Suprema en materia de servicios públicos y sus tarifas. Ver BARNES, IRSTON R., *Cases on Public Utility Regulation*, Nueva York, F.S. Crofts & Co., 1938; ANDERSEN, WILLIAM R. y ROGERS III, C. PAUL, *Antitrust Law: Policy and Practice*, 2ª ed., Nueva York, Matthew Bender, 1992; PIERCE, JR., RICHARD J. y GELLHORN, ERNEST, *Regulated Industries*, St. Paul, Minn., West Publishing Co, 1994, 3ª ed. Ver también PÉREZ SÁNCHEZ, op. cit., p. 37 y ss. y sus referencias. La doctrina argentina, en cambio, prefirió siempre los modelos francés y español.

<sup>11</sup> La constitución de 1949 afirmaba que “Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren, en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa cuando una ley nacional lo determine.”

teoría económica local,<sup>12</sup> que ahora se inclinaba por la estatización y causas circunstanciales.<sup>13</sup>

Los servicios privados que pasaron al Estado recibieron el mismo régimen jurídico de la administración; servicio público y función administrativa se confundieron en un mismo régimen jurídico<sup>14</sup> y en una misma *praxis* administrativa. Los organismos de control de los servicios públicos se desmontaron. El control del Estado sobre el Estado prestador de servicios o empresario no parecía una tarea realizable. Desapareció el concepto de la “tarifa” o “tasa” como *contraprestación* del servicio, para transformarse en otra manifestación del poder *tributario*: Era otro impuesto destinado a rentas generales y no tenía relación con el servicio prestado.<sup>15</sup> Ese precio tenía un carácter político, generalmente de tipo social, en que el Estado atendía el crecimiento del servicio desde rentas generales y no desde la tarifa.

Todo ello llevó a una desinversión progresiva y generalizada en los servicios públicos, con imposibilidad de revertir la tendencia cuando el endeudamiento del Estado adquirió niveles crónicos.<sup>16</sup> Esa misma época se caracteriza por un intervencionismo estatal en actividades privadas que nadie llamó servicio público, pero que quedaron sometidas a regímenes de precios y controles: Ley de abastecimiento, precios máximos, agio y especulación, regulación y control de alquileres, etc. Los temas jurídicos de ese momento no eran entonces los servicios públicos, sino la actividad total del Estado y la regulación pública de casi toda la economía: En algún momento llegó a haber cuatro mil precios fijados por la administración.

#### 1.4. *Las privatizaciones de fines del siglo XX*

##### 1.4.1. *Privatizaciones con desmonopolización*

A partir de los años 90 se recepta en el país<sup>17</sup> el cambio de orientación mundial<sup>18</sup> de las ideas económicas, tanto abandonando la regimentación de la economía privada<sup>19</sup> como traspasando nuevamente a la actividad privada ciertas actividades

<sup>12</sup> Que, desde luego, no era la única en el mundo y que siempre parece tener adeptos que a veces, llegados al poder en tal o cual país, desarrollado o no, intentan ponerla en práctica.

<sup>13</sup> Así, los excedentes financieros acumulados a fines de la segunda guerra mundial. Ver nuestro art. “G-8, UE, FMI, Argentina,” *LL*, 2002-E, 927, incorporado al t. 11.

<sup>14</sup> *Osores*, CCA, Sala I, Tucumán, *LLNOA*, 1999-265; *LL*, 1997-F, 784, 42.199-S, § V.

<sup>15</sup> En el siglo XXI volvemos a esa época...

<sup>16</sup> *Supra*, cap. IV del t. 1.

<sup>17</sup> No, p. ej., en Brasil: SUNDFELD, CARLOS ARI, *Fundamentos de direito público*, San Pablo, Malheiros, 1992, pp. 81-3.

<sup>18</sup> Ver p. ej. BARRAGUIRRE, JORGE A., “Control de la gestión de intereses públicos por medios privados,” en WIGGLESWORTH, HUTCHINSON, BARRAGUIRRE y otros, *El nuevo control en los servicios públicos*, Santa Fe, UNL, s/d, p. 9 y ss.

<sup>19</sup> Sobre si esto significaba o no volver a la constitución liberal de 1853 comp. SALOMONI, *op. cit.*, p. 344-5. Una réplica en RAMÍREZ CALVO, RICARDO, “Alberdi y la intervención estatal en los servicios

asumidas medio siglo antes por el Estado. Al efectuarse la desestatización algunas actividades quedaron además desmonopolizadas, libradas a las reglas del mercado y la libre competencia, sin una destacada regulación estatal. Por cierto, el Estado mantiene el deber de controlar si se produce una tendencia monopolizante o de abuso de posición dominante en el mercado, para mantener la competencia como regla. Y hay casos en que la regulación existe sin que se aplique la calificación de servicio público: Bancos y entidades financieras, seguros, etc.<sup>20</sup>

#### 1.4.2. *Privatizaciones con monopolio*

Algunas privatizaciones se hicieron no hacia la libre competencia sino bajo un régimen jurídico oficial de monopolio. Requirieron entonces la creación de los mecanismos apropiados de control. Si determinados servicios están en manos de particulares en condiciones monopólicas, sea de hecho o por concesión o licencia otorgada por la administración, el Estado debe ejercer su potestad de controlar cómo se presta ese servicio.<sup>21</sup> Allí reaparece un *corpus* normativo y una realidad económica que puede ser calificada útilmente como servicio público. Es una solución de derecho que debe constantemente reajustarse, en cada actividad de que se trate, a lo que la regulación determina sobre la base de tales cambiantes hechos. Podremos siempre discrepar acerca de si corresponde o no que tal actividad se encuentre o no en determinada situación, pero jurídicamente lo cierto es que sólo su condición monopólica, cuando la tenga y no su objeto, fin, etc., es lo que justifica y determina ese régimen.<sup>22</sup> No depende de la naturaleza de la actividad, sino de que las normas la sujeten al derecho público. Hay muchas otras actividades que podremos considerar como de interés público mayor o menor, pero si en ellas existe libre competencia no encontraremos —hoy en día— fundamento fáctico suficiente para fijarles la tarifa. Es una facultad que el Estado ejerce cuando ha conferido un monopolio y que a la inversa no puede llevar a cabo, actualmente, para

públicos. A propósito de una curiosa interpretación del pensamiento constitucional alberdiano,” *LL*, 2002-B, 1158-73; conf. MAIRAL, “El concepto...,” *op. cit.*, p. 230.

<sup>20</sup> *Infra*, cap. VII, “La regulación económica y social.”

<sup>21</sup> Comp. MARAFUSCHI, “La teoría del servicio público y su función en el derecho administrativo,” en AA.VV., *Servicio público: estudios a la luz de la Reforma del Estado*, La Plata, UNPL, 1996, p. 27, quien no obstante partir de una hipótesis distinta concluye finalmente afirmando que “la figura tradicional del Servicio Público, en la medida que salvaguarde el interés público y proteja a la comunidad del abuso monopólico, ha de subsistir dentro de un Estado que habrá de ejercer su rol de equilibrio entre prestadores y usuarios;” PÉREZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 48. En líneas generales es similar en cuanto al monopolio y su efecto sobre la regulación que requiere, cuando se lo autoriza, BARRAGUIRE, *op. cit.*, pp. 24-34.

<sup>22</sup> Dice en tal sentido MALARET I GARCÍA, ELISENDA, “L’expérience espagnole,” en AA.VV., *Le service public. Unité et diversité*, en el número especial de la revista *L’actualité Juridique. Droit Administratif*, París, 1997, p. 136 y ss., 139: “La declaración de servicio público significa un monopolio de derecho y no de gestión. Ello implica que las personas privadas no pueden prestar este servicio sino como concesionarios;” esa declaración formal, llamada *publicatio* en la doctrina española, es también caracterizada por el monopolio en RAMÓN MARTÍN MATEO, *El marco público de la economía de mercado*, Madrid, Trivium, 1999, pp. 82-3. Ver *infra*, nota 1.27.

actividades prestadas en libre competencia. No habrá en tales supuestos, pues, sustento fáctico ni legal suficiente para que la administración fije las tarifas.<sup>23</sup> De todas maneras, la claridad que parecía existir a finales del siglo XX vuelve a los claroscuros a comienzos del siglo XXI, reflejando parecidas incertidumbres europeas: El intervencionismo estatal ha vuelto a asomar su cabeza sobre la economía. Es todavía temprano, con todo, para saber si estaremos condenados a revivir nuevamente todas las etapas ya atravesadas.<sup>24</sup>

Por otra parte, hay casos en que existe competencia y de todos modos hay una importante regulación, p. ej. la actividad bancaria, la medicina prepaga, las compañías aseguradoras, los medios de comunicación audiovisual,<sup>25</sup> la producción y

<sup>23</sup>Respecto a la “rentabilidad razonable” ver HUTCHINSON, TOMÁS; BARRAGUIRRE, JORGE A. y GRECCO, CARLOS M., *Refoma del Estado. Ley 23.696*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, pp. 327-32. En los servicios públicos, a su vez, renace la práctica viciosa de incluir en la tarifa un *plus* impositivo con destino al tesoro nacional, p. ej. res. conjunta MIV y ME 118/00 y 343/00, que antes la CSJN declarara legal a propósito de los subterráneos, *in re Fernández Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional*, LL, 2000-A, 179 (1999), que revoca el fallo de la Sala IV, LL, 1997-E, 535. Ver TORNOS MAS, JOAQUÍN, “Potestad tarifaria y política de precios,” *RAP*, 135 (Madrid, 1994); “Las potestades administrativas, tarifaria y de tasación de precios,” separata de Consejo General del Poder Judicial, *La intervención administrativa en la economía*, p. 157 y ss.

También por ley 24.095 se crearon los llamados *cargos* con destino específico a obras de infraestructura para generación, transporte y distribución de gas natural, gas licuado y electricidad, facultando al Poder Ejecutivo a fijar su valor, que es incluido en la factura. Se planteó en su momento si no constituían acaso un tributo cuya cuantía debía ser fijada en la ley, lo cual fue resuelto por la Corte Suprema en el caso *Establecimiento Liniers SA* (11-VI-13) a favor del carácter tarifario, y no tributario, de aquellos *cargos específicos*, con fundamento en que los marcos regulatorios de electricidad y de gas prevén que todas las inversiones para ampliación de redes serían solventadas por los usuarios mediante el pago de las respectivas tarifas, cuya fijación aquellas normas asignan a la administración. A este respecto ver: MAIRAL, “La problemática actual del servicio público,” *op. cit.*; BIANCHI, “Servicios públicos: balance de una década compleja (2000-2010),” *op. cit.*; BIANCHI, ALBERTO B., “Objeciones regulatorias y constitucionales a los llamados «cargos específicos» (A propósito del caso «Ulloa c. Enargas»),” LL, 2010-D, 155 y GALICE, MATIAS, “Los cargos específicos y el debate sobre su constitucionalidad,” LL, *Suplemento Actualidad*, 28-V-13, p. 1.

<sup>24</sup>Que explicamos *supra*, tomo 1, caps. I a IV. Algunos ya advierten las posibles consecuencias de repetir nuestra propia historia. Así, se ha dicho -en relación a la estatización del servicio de agua y cloacas en la Ciudad de Buenos Aires y el conurbano- que: “...al acudir al pensamiento mágico en materia de políticas públicas, todo se desvanecerá más temprano que tarde. En algún punto, el superávit de hoy será el déficit de mañana y no habrá recursos disponibles para realizar las obras de mantenimiento y expansión requeridas, como pasó hace poco más de 20 años. También se terminará priorizando la provisión de agua por sobre el tratamiento de efluentes, cuyos efectos sólo se sienten en el más largo plazo. Nuevamente empujará la demanda insatisfecha y tendremos unos servicios en estado de crisis estructural. Todo ello ocurrirá, claro está, con el mismo Estado indemandable, con órganos de control bajo su poder jerárquico y con la paulatina migración del concepto de “tarifa” al de “impuesto” ...” (GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “Aguas Argentinas: las preguntas que nacen con la terminación del Contrato,” LL, 2006-B.)

<sup>25</sup>Según el art. 2° de la ley 26.522 “La actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera una actividad de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones.” La ley 26.736, a su vez, en su art. 1°, declara “de interés público la fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa y de papel para diarios”. Sobre las nociones de servicio público y actividades de interés público ver: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME, “Intervención pública y libertad de empresa: los servicios

distribución de papel para diarios, etc. Sin embargo allí nadie postula llamarlas servicio público, lo que coincide con esta descripción fundada en el monopolio o la libre competencia. En todo caso, hoy es claro que el derecho atribuye las notas de un régimen especial de derecho público a las actividades monopolizadas. Es lo que han hecho p. ej. la ley y la reglamentación en materia eléctrica y de gas. La solución es nuevamente contingente y durará tanto como la política económica que la sustenta.

Dice el art. 1º de la ley 24.065:<sup>26</sup> “Caracterízase como servicio público al *transporte y 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.” El decreto reglamentario 1398/92 va un poco más allá en la precisión y declara en el Art. 1º: “Caracterízase a la actividad de transporte como un servicio público *por su naturaleza monopólica*. No obstante lo cual, comparte las reglas propias del mercado por las particularidades que presenta en lo atinente a su expansión. Tales condiciones deberán ser tenidas en cuenta por la SECRETARÍA DE ENERGÍA ELÉCTRICA al establecer la regulación específica de tal actividad y por el ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD al ejercer las funciones que le asigna la Ley N° 24.065. La actividad de generación de energía eléctrica *por responder al libre juego de la oferta y la demanda* debe ser sólo regulada en aquellos aspectos y circunstancias que afecten el interés general.”

Puede ocurrir que en determinadas localidades exista libre competencia y ella falte en otras zonas del país para el mismo servicio y las mismas empresas; allí donde falta la libre competencia, por la razón que fuere, renace en los hechos la tendencia a que nuevamente se recurra al poder regulatorio del Estado.<sup>27</sup> Como aplicación de este criterio puede advertirse que en el monopolio se suele considerar que no pueden aplicarse sus resultados económicos ni el poder que él confiere sobre el mercado, para subsidiar otras actividades realizadas en libre competencia. Es p. ej. el caso telefónico, en que se prohíbe a las licenciatarias tanto los subsidios cruzados como competir en materias libradas a la competencia del mercado.<sup>28</sup> En suma, así como en el pasado ha podido señalarse que lo típico del servicio público

económicos de interés general (marco constitucional español y comunitario europeo),” *EDA*, 2010: 444. Asimismo, en relación a las legislaciones mencionadas, puede ampliarse en: ARRUVITO, PEDRO A., “Sanciones en la nueva Ley de «Servicios de Comunicaciones Audiovisuales»,” *LL, Suplemento Actualidad*, 1-VII-10, p. 1; ZABALE, EZEQUIEL MARÍA, “Ley de servicios de comunicación audiovisual, libertad de expresión y procesos de desinversión,” *LLDJ*, 2013-50, 91; SZARANGOWICZ, GUSTAVO A. y TOLEDO, LEONEL, “Competencias del Congreso para legislar sobre fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa y papel para diarios,” *LL*, 2012-A, 616.

<sup>26</sup> En igual sentido la ley del gas 24.076, art. 1º.

<sup>27</sup> Adviértase que no estamos postulando teoría económica alguna, sino tratando de interpretar cómo el derecho refleja las cambiantes teorías económicas que en los hechos se imponen.

<sup>28</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Impsat S.A. c/ Estado Nacional — Ministerio de Economía y O.S.P. — s/ Amparo Ley 16.986*, causa 40.380/95, primera instancia 9-XI-95 y 27-V-96, Sala IV, 20-XII-96, *LL*, 1998-A, 246, con nota de AGUIAR, HENOCH D., “Monopolio telefónico y servicios en competencia,” *LL*, 1998-A, 239.

era un monopolio en manos del Estado,<sup>29</sup> con la consecuencia de atribuir potestades al Estado prestador, ahora lo distintivo ha pasado a ser el monopolio en manos privadas, con la consecuencia opuesta de limitar las potestades y los derechos del prestador monopólico, limitación ésta que debe realizar el Estado a través de sus tres poderes, en una serie de mecanismos complementarios que pasamos a explicar a continuación. Con todo, al momento de la desmonopolización estatal y entrega a monopolios privados, faltó en muchos casos la previa o simultánea instrumentación de todos los necesarios mecanismos de control.

### 1.5. *Las renovadas discusiones sobre la definición*

En la Argentina, con las salvedades expuestas en la primera mitad del cap. I del t. 1, hay un renovado debate que tiene alguna justificación. Salvo los que buscan una definición “esencial,”<sup>30</sup> las discusiones se acercan al tema real, que es la extensión que en el derecho positivo vigente tenga un régimen jurídico al que luego, buscando receptor esa extensión, optaremos por llamar p. ej. “servicio público,” o también “actividad regulada,” etc. El nudo de la cuestión no es a qué decidamos colectiva o individualmente, por un acto mágico de voluntad, llamar “servicio público” y luego deducir algo de ello. El verdadero debate es decidir qué tipo y cantidad de regulación el orden jurídico ha establecido —y nosotros como sociedad postulamos— para qué tipo de actividad, en qué tiempo y lugar, en qué estadio tecnológico, etc.

Una vez resuelta la discusión de cuánta regulación hay o queremos que exista para ciertas actividades, entonces sí podemos resolver si llamamos a algunas de ellas servicio público, actividad regulada, o si pasamos más simplemente a abandonar la pretensión de establecer criterios generales precisos y explicamos entonces cada actividad principal por sí misma en su régimen jurídico concreto: Gas, electricidad, etc. Algunos autores han comenzado a hacerlo con especial acierto.<sup>31</sup>

Dejando de lado a quienes creen posible definir *ex cathedra* el concepto de servicio público, debemos tratar de explicar, con la definición, cómo funciona el derecho. Algunos autores, entonces, optan por decir que será servicio público lo que el legislador diga que lo es.<sup>32</sup> Ese razonamiento no es criticable *per se*, pero

<sup>29</sup> SILVA CIMMA, ENRIQUE, *Derecho administrativo chileno y comparado. El servicio público*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 16, quien recuerda en igual sentido, entre otros, a DUEZ, PAUL y DEBEYRE, GUY, *Traité de Droit Administratif Français*, París, Dalloz, 1952, p. 536. En igual sentido, también para el presente de privatizaciones, RAMÓN MARTÍN MATEO, *op. loc. cit.*; MALARET I GARCÍA, *op. loc. cit.* Ver *supra*, nota 22.

<sup>30</sup> *Infra*, § 6.

<sup>31</sup> MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, *op. cit.*

<sup>32</sup> Siguiendo, en este sentido, la antigua caracterización del concepto de *publicatio* nacido en España, forma alambicada de expresar una idea sencilla, aunque sin pretensiones teóricas. El ropaje semántico sólo le agrega confusión, por apartamiento a las bases de teoría general del derecho que

obliga a una aclaración: Si el legislador aplica irrazonablemente un régimen legal como el del agua, la electricidad, etc., a la venta de ballenitas en la vía pública, esa ley será inconstitucional.<sup>33</sup> En el ejemplo extremo nadie dudará de esta aseveración, pero como siempre el problema lo presentan los casos grises.

No hay duda que cuando existe monopolio *stricto sensu* la legislación expresa o implícitamente impone limitaciones y regulaciones especiales que pueden englobarse en la noción de servicio público. Es una tendencia empírica que tiene el Estado tanto en su rol de legislador como de administrador y por fin de intérprete del orden jurídico. Cuando el monopolio es imperfecto, cuando hay una importante restricción o limitación de la libre competencia, cabe la aplicación del mismo régimen jurídico básico, aunque con morigeraciones.<sup>34</sup> Aparecen así nociones como oligopolio, monoposonio, abuso de posición dominante, etc., que no nos parece útil entrar a precisar en una definición genérica,<sup>35</sup> porque sería como pretender encontrar en el lenguaje natural palabras precisas, lo que es imposible.<sup>36</sup>

El eje de la discusión debe estar alrededor de cuál es el grado de regulación que se justifica en una determinada actividad, sea por determinación del legislador,<sup>37</sup> del ente regulador independiente, o de la jurisprudencia, todo lo cual recogerá luego la doctrina, actividad por actividad;<sup>38</sup> objetivamente según el derecho vigente y no por preconceptos que algún autor quiera imponer a todos los creadores e intérpretes del orden jurídico. En la Argentina de comienzos del siglo XXI, a despecho de la Constitución, el gran regulador *de facto* es todavía el Secretario de Estado bajo cuya égida actúa el ente constitucionalmente *regulador* e indepen-

debe informar a toda rama jurídica, como lo explicamos en el cap. I del tomo 1. Ver, en aquel sentido de la *publicatio*, que otros autores adoptan, VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, p. 207 y ss. Esta concepción subsiste, algo debilitada, aún en sistemas que admiten mayor apertura a la participación privada en la gestión de los servicios públicos.

<sup>33</sup> Un razonamiento análogo en PÉREZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 59.

<sup>34</sup> El mismo PÉREZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 60, señala que el caso del autotransporte de pasajeros no constituye monopolio pero es servicio público. Es cierto tomando la palabra demasiado estrictamente, pero es obvio que en dicha actividad tampoco hay libre competencia. Creemos que es una cuestión de grado en la cual las definiciones, las hagamos como querramos, no alcanzarán para explicar la riqueza de la realidad. Pues decir que toda vez que haya ausencia de libre competencia hay servicio público también es algo exagerado. Las paradas de diarios, p. ej., necesitan de autorización estatal y se dan conforme a ciertos criterios. Pero habiendo tantas que ofrecen lo mismo al mismo precio, pensamos que sería irrazonable pensar en más regulaciones.

<sup>35</sup> Interesa en cambio cuando la discusión está en determinar el régimen. Ver en este sentido el ya citado AGUIAR, "Monopolio telefónico y servicios en competencia," *LL*, 1998-A, 239.

<sup>36</sup> Cabe pues remitirnos, una vez más, a la primera parte del cap. I del t. 1.

<sup>37</sup> MAIRAL, "El concepto...", *op. cit.*, p. 231, coincide con BIANCHI en que el servicio público es el grado máximo de regulación: Ver BIANCHI, ALBERTO B., "Los entes reguladores," en AA.VV., *Servicio público...*, *op. cit.*, pp. 149-207. A su vez, cabe admitir que la palabra *legislador* en los hechos se ve muy bastardeada por el extraordinario avance que en ocasiones realiza el Poder Ejecutivo sobre lo que es materia legislativa, luego débilmente coonestado por tardías aprobaciones legislativas expresas o tácitas, a despecho de la Constitución. En cambio, los entes reguladores, que a nuestro juicio tienen aptitud constitucional propia para regular actividades, quedan avasallados en nuestro país por la administración central.

<sup>38</sup> Como lo hace el excelente libro de MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, *op. cit.*

diente: Se viola pues, doblemente, la Constitución.<sup>39</sup> Otras veces hay una mano invisible detrás de los controles. No es la de ADAM SMITH.

## 2. Estado actual<sup>40</sup>

### 2.1. La existencia de marco regulatorio legal y ente independiente de contralor, audiencias públicas, protección del usuario o consumidor

En esta segunda etapa de privatizaciones de fines del siglo XX se tomaron algunos elementos del derecho estadounidense, pero sólo en pocos casos fueron los suficientes y adecuados. Entre estos últimos cabe destacar el gas y la electricidad, en los que el Estado:

a) Dictó un marco regulador *legal* del servicio público que privatizaba bajo forma de monopolio,<sup>41</sup>

b) creó desde el comienzo, antes de la privatización, un *ente regulador independiente* para controlar dicha actividad (gas y electricidad, con el ENARGAS y el ENRE, respectivamente),<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Ello es impensable en los EE.UU.: CANN, STEVEN J., *Administrative Law*, Thousand Oaks, California, Sage Publicatios, 1995, I, 2, p. 23 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 160 y ss. La propia autoridad del Presidente de los Estados Unidos es enorme pero se concentra en una media docena de cuestiones básicas. La presidencia de los Estados Unidos no pretende ocuparse, como la argentina, de *toda* la administración. Lo que acá vemos como un fenómeno normal de la vida diaria, allá se vería como una inimaginable aberración.

<sup>40</sup> Ampliar en USLENGHI, ALEJANDRO JUAN, “El control de los servicios públicos de gestión privada,” en I.E.D.A., *Estudios de derecho administrativo II*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 161 y ss. La expresión “Estado actual” que mantenemos en el título es aún correcta, a pesar del reciente conato de intervencionismo estatal, porque los defectos heredados de las privatizaciones hechas sin organismos de control independientes aún no han sido corregidos. Incluso se ha ido en sentido contrario a la independencia de entes como el ENRE y el ENARGAS, que la tienen por la ley, pero que la Justicia debe conminar al Ejecutivo a promover la designación de sus directores, frente a su injustificada demora —como en CNFed. CA, Sala V, 10/IX/09, *ACIJ y otros c/ EN*— o bien han sido intervenidos *sine die*, con lo cual, en lugar de ser gobernados por un directorio cuyos miembros surgen de un procedimiento reglado, lo son por un delegado nombrado discrecionalmente por el Poder Ejecutivo como ocurre hace años con el ENARGAS. (El decreto 571/07 dispuso su intervención, que persiste al día de hoy.) Pero en todo caso se trata de mecanismos para evitar cumplir con los respectivos marcos regulatorios que siguen vigentes, y no una modificación que haya determinado un cambio total de paradigma. Un panorama sobre el estado actual de la independencia de los entes puede verse en: BIANCHI, “Servicios públicos: balance de una década compleja (2000-2010),” *op. cit.*; REJTMAN FARAH, MARIO, “¿Independencia de los entes reguladores,” en *Cuestiones de intervención estatal ...*, *op. cit.*, pp. 509-517; POZO GOWLAND, HÉCTOR M., “Servicios Públicos: a veinte años de la privatización,” *EDA*, 2010: 407 y HUICI, HÉCTOR, “Electricidad y gas en la contrarreforma del Estado,” *EDA*, 2010: 504.

<sup>41</sup> Aunque esta última nota es una característica que alguna doctrina local no acepta: CASSAGNE, JUAN CARLOS, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 37-8; SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 295. Sigo en el punto a la doctrina comparada: Ver *supra*, notas 29 y 30.

<sup>42</sup> *Supra*, t. 1, cap. XV; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Autoridades administrativas independientes para la regulación y control de servicios públicos,” en BOTASSI, *Temas...*, *op. cit.*, pp. 265-84; SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 143 y ss.; BIANCHI, “Los entes...,” *op. loc. cit.*; AZARRI, JUAN CRUZ, “Un nuevo precedente sobre la independencia de las agencias en los Estados Unidos,” *EDA*, 2010: 650.

c) aplicó empíricamente, en cuanto dependió del ente regulador, los aspectos mínimos del principio que posteriormente nosotros formuláramos en forma teórica: *Quien concede no debe controlar ni regular*.<sup>43</sup>

Como parte indispensable del sistema, se prevé:

d) La necesaria realización de *audiencias públicas* antes de la adopción de determinadas medidas generales;

e) la aplicación de la ley de *defensa del usuario y del consumidor* y otros mecanismos de regulación;<sup>44</sup>

f) la vigencia inmediatamente operativa de los principios del art. 42 de la Constitución;

g) la tarifa es una contraprestación justa y razonable tanto para el contratista como para el usuario;<sup>45</sup>

h) las sanciones pecuniarias que se aplican por mala prestación del servicio se descuentan en algunos casos de la tarifa y vuelven entonces al patrimonio del usuario; en otros casos van a rentas generales<sup>46</sup> y

i) rige el lema o la noción del usuario—soberano, en la concepción de *BENVENUTI*.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> *Supra*, cap. XV del t. 1.

<sup>44</sup> Con la limitación que la propia ley 24.240 impone. En efecto, el art. 2° de la ley de defensa del consumidor (texto según art. 2° de la ley 26.361) y sus previsiones no son de aplicación a “los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello...”

<sup>45</sup> Es inevitable señalar que el mantenimiento de los subsidios a las tarifas de transporte, gas y electricidad en el área metropolitana desde hace ya más de 10 años, sumado a la alta tasa de inflación acumulada en el período, han hecho perder la noción sobre la medida adecuada de las tarifas, las cuales en algunos casos son verdaderamente irrisorias. MAIRAL sostiene que “[s]e ha pasado de un sistema que está financiado por las tarifas a un sistema desfinanciado o financiado parcialmente con subsidios. Se ignoran los marcos regulatorios y se han reincorporado las tradicionales facultades que el Estado perdió. Quizás, en la década de los noventa la clase política no se dio cuenta cuánto había perdido con las privatizaciones, pero al día de hoy ya ha recuperado la posibilidad de firmar contratos de gran envergadura, la posibilidad de decidir dónde se hacen las inversiones y el poder de manejar las tarifas a su total arbitrio; tres aspectos de gran importancia política.” (Ver MAIRAL, “La problemática actual del servicio público,” *op. cit.*, p. 749.)

<sup>46</sup> Ello resulta del juego de las normas del contrato de concesión (*v. gr.*, ley 24.065 y Subanexo IV, punto 5.5. del contrato) y del art. 31 de la ley 24.447 (y punto 6 del Subanexo IV). Sala I, expte. 1810/96, 10-VI-99; Sala II, 1806/96 y 2181/96, 23-III-99; Sala III, 13.125/98 y 13.736/98, 19-VIII-98; Sala IV, 10-VI-99, 13.495/98; Sala V, 13.499/98, 14-VIII-98; todos *Edesur c/ ENRE*. Sobre la ilegalidad de la remisión sin causa de las primeras, *infra*, cap. XX, § 3.1.

<sup>47</sup> Ver ARENA, GREGORIO, “L’utente-sovrano,” en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. I, Módena, Mucchi, 1996, p. 147. La figura del usuario es hoy suprema: BENVENUTI, FELICIANO, *Il nuovo cittadino. Tra garanzia e libertà attiva*, Venecia, Marsilio, 1994, p. 60 y ss.; ELIA LEOPOLDO, “La nuova cittadinanza,” en *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, *op. cit.*, t. II, p. 723 y ss.; GHETTI, GIULIO, “Alcune considerazioni su «il nuovo cittadino»,” en la misma obra, p. 835 y ss.; ROTELLI, ETTORE, “Il nuovo cittadino di Feliciano Benvenuti,” *idem*, t. IV, p. 1527 y ss.; ver *infra*, cap. XIX, “La responsabilidad del Estado y sus concesionarios y licenciatarios,” § 3.1.

## 2.2. *Las privatizaciones sin marco legal ni ente regulatorio independiente*

En otros casos casi todo fue hecho mal:

- a) En vez de un régimen legal, cambiantes reglamentos de la administración;
- b) la autoridad regulatoria, *dependiente* de la administración central (teléfonos, primero con la CNT y luego de intervenida y disuelta ésta por intentar controlar el servicio, por una CNC<sup>48</sup> dependiente de la administración central; las autopistas de acceso a Buenos Aires por el OCCOVI,<sup>49</sup> el ORSNA,<sup>50</sup> etc.);
- c) las audiencias públicas, con renuencia y a fuerza de demandas judiciales;
- d) casos en que primero se hace la privatización y después el régimen jurídico que ha de regir el servicio.

Los resultados han sido visibles: En aquellos sectores en los que no ha existido ente regulador independiente creado por ley ni debido acatamiento al principio de la audiencia pública, se han renegociado los contratos originarios sin audiencia pública y en detrimento de los intereses económicos de los usuarios que la Constitución garantiza, aumentando incausadamente las tarifas, prorrogando concesiones, perdonando al concesionario o licenciatario multas devengadas a favor de los usuarios, etc.: Son los mismos vicios que décadas antes sumaron razones para la estatización, el rescate, la nulidad. Un comienzo poco auspicioso.

Un tribunal llegó a considerar que los usuarios no tienen derecho de índole constitucional —a pesar de que la Constitución lo establece— a tener un ente regulador independiente para controlar los servicios públicos.<sup>51</sup> En la CABA existe un Ente Único Regulador de los Servicios Públicos, creado por la constitución local como autoridad administrativa independiente de la administración central,

<sup>48</sup> Comisión Nacional de Comunicaciones, creada por decreto 660/96.

<sup>49</sup> Órgano de Control de Concesiones Viales. Inicialmente creado como organismo descentralizado por decreto 1915/04, luego fue absorbido por la Dirección Nacional de Vialidad (decreto 1020/09), siendo en la actualidad un órgano desconcentrado de aquélla.

<sup>50</sup> Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, creado por decreto 375/97.

<sup>51</sup> *Consumidores Libres*, Juzg. n° 9, con nota “La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva,” en *LL*, 1995-E, 516. La sala V revocó el fallo, *LL*, 1995-E, 470. Con igual criterio la misma Sala rechazó la medida cautelar solicitada en *Solá* y otros con motivo de su suspensión como Fiscales Adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas. Ello dejó preparado el camino para su despido, que en 1997 la CSJN enmienda en cuanto al fondo pero recién en 1999 se pudo ejecutar y mientras tanto se reformó legislativamente la Fiscalía: Ley 24.946, art. 72 inc. c). Resultan ser años en que la ciudadanía está *privada de organismos de control*, con un agravio irreparable al interés público, además de a los derechos individuales. La situación no ha cambiado en el siglo XXI: No funcionan con independencia, son continuamente víctimas de regulaciones emanadas de la administración central, son groseramente intervenidas y los jueces se desentienden del deber de tutelar de los usuarios y consumidores a contar con una autoridad regulatoria imparcial e independiente. Es por lo tanto una violación importante al estado de derecho que tiene su componente final en una decisión judicial que así lo consagra.

sin recurso de alzada ante el jefe de gobierno de la ciudad y sin facultad alguna de intervención por parte de la administración central de la CABA.

El sistema de subsidios irrazonables a las tarifas fue la regla en los comienzos del siglo XXI, pero en la segunda década comienzan a verse como inviables del modo en que fueron manejados.

### 2.3. *El monopolio privado como nota fundante del régimen especial*

A su vez, el orden jurídico ha sido interpretado en el sentido de que cuando el Estado establece que una actividad ha de prestarse bajo un régimen monopólico o de competencia imperfecta, debe controlarla con un régimen de derecho público; al existir mayor competencia la tendencia regulatoria es menor. Ni siquiera es posible encontrar un sólo régimen jurídico en cada actividad, pues el ordenamiento establece constantes subdistinciones que importan un cambio de régimen *en la misma actividad*. Un mismo tema, energía, puede encontrarse bajo diversos regímenes jurídicos: La *generación* de energía eléctrica, casi en libre competencia, pero el *transporte, distribución y venta* muy regulada, porque hay monopolio. El petróleo en cambio se encuentra desregulado y casi en libre competencia, tanto en su extracción como en su transporte y venta. En el gas la generación se halla desregulada y también en libre competencia. En cambio, el transporte, la distribución y venta de gas depende de qué tipo de gas se trata. Si es *natural*, se halla regulado, porque es materia de concesiones que se dan en monopolio; la venta de gas licuado en “boca de pozo” (una figura de lenguaje, desde luego), está desregulada. Si el gas es *licuado*, la producción y el transporte se hallan desregulados y en libre competencia; la venta al público de gas licuado, por su parte, se halla con regulación mínima y en libre competencia. De todas maneras, si se produce un abuso de posición dominante, p. ej. para subir —o bajar: *dumping*— artificialmente los precios, existen mecanismos sancionatorios como la multa por más de cien millones de dólares que se aplicó a YPF en 1999, en ese entonces en manos privadas. Por cierto, si no existen controles suficientes y adecuados, y el poder sancionatorio reside en manos administrativas y no en tribunales administrativos imparciales independientes,<sup>52</sup> siempre existe el riesgo de que ese poder se utilice desviadamente para obtener otros fines, públicos o no.

<sup>52</sup> La Corte tiene dicho que “los tribunales administrativos sólo son constitucionales cuando la ley de creación asegura su independencia e imparcialidad pues, los integrantes de esos cuerpos jurisdiccionales deben ser inmunes a las presiones que se puedan ejercer sobre los sectores sometidos a su jurisdicción. Si estos son quienes lo han de seleccionar, deben hacerlo sobre bases objetivas y transparentes que no permitan deslizar favoritismos que luego impliquen lealtades incompatibles con la independencia de criterio que están obligados a observar.” (CSJN, Ángel Estrada, *Fallos*, 328: 651, 2005, cons. 12.) Ver nuestro art. “Ángel Estrada,” en *JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48 y sus remisiones.

Nuestro ordenamiento conserva todavía tribunales administrativos y entes reguladores cuya independencia no está garantizada en la propia norma de creación. En otros casos, el diseño normativo tiende a la independencia pero ésta se encuentra frustrada por la designación de sus autoridades

En la práctica es el monopolio o ausencia de libre competencia lo que determina el régimen jurídico especial y por ello centramos la noción jurídica de servicio público en torno a esta idea.<sup>53</sup> Esta forma de ver la cuestión se enfrenta con todas las nociones que quieren buscar la “naturaleza” o “esencia” de lo que cada uno pueda entender que merece ser servicio público,<sup>54</sup> dar la propia definición y luego postular que el orden jurídico debe comportarse como él sostiene.

El régimen jurídico no depende de la doctrina, sino de la legislación y la jurisprudencia. Es el legislador el que determina quién prestará esa actividad monopólica, por cuánto tiempo y bajo qué condiciones;<sup>55</sup> a su vez la jurisprudencia le indica principios jurídicos que lo conforman o modulan. A tales particularidades del régimen jurídico se agrega la interpretación restrictiva de las potestades monopólicas concedidas o licenciadas, la fijación de la tarifa del servicio<sup>56</sup> para que la rentabilidad monopólica del concesionario o licenciatarario no exceda lo razonable,<sup>57</sup> el necesario control objetivo y debidamente auditado de las inversiones, para que sean reales y a precios de mercado, etc.

#### 2.4. *El rol del Estado cuando hay libre competencia*<sup>58</sup>

Si el orden jurídico resuelve que determinada actividad ha de prestarse en libre competencia, entonces el rol del Estado es el mismo que cumple con todas

de manera poco transparente, o bien por encontrarse intervenidos. En materia de defensa de la competencia, la ley crea el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, pero al no ponerlo en funcionamiento, se reemplaza su función mediante la actuación de órganos concentrados de la administración. (Ver VILLEGAS, JOAQUÍN, “Medidas Cautelares administrativas: La falta de creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia como hecho objetivo determinante de la (in) competencia,” *EDA*, 2012: 535.)

<sup>53</sup> MAIRAL, “El concepto...,” *op. cit.*, p. 233, recuerda la tendencia contemporánea a restringir los monopolios y extender la regla de la competencia.

<sup>54</sup> En igual sentido MATA, ISMAEL, *Ensayos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2009, p. 252 y nota 23, quien cita la opinión contraria de MARIENHOFF.

<sup>55</sup> Existen otras formas de expresar esta misma idea, que en definitiva remite a la decisión del legislador *stricto sensu*.

<sup>56</sup> Ver BIELSA, RAFAEL, “La locución «justo y razonable» en el derecho y en la jurisprudencia,” *Estudios de derecho público*, t. I, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 479 y ss.; SALOMONI, “Sistema jurídico, emergencia, conflictos de derechos y revisión de las tarifas de los servicios públicos,” *ED*, 27-III-2002; GRECCO, “Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (A propósito de la privatización de ENTel),” *RDA*, 5: 481 (1990); BIANCHI, ALBERTO B., “La tarifa en los servicios públicos (Del «Rate of Return» al «Price-Cap»),” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 503 y ss.; reproducido en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. cit.*, pp. 199-228.

<sup>57</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. XI y nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, 2ª ed., 1998, cap. III, “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios,” antes publicado en *LL*, 1995-A, 217. El tema de las ganancias excesivas ha sido materia de litigio, invocándose el derecho de incidencia colectiva a que se devuelva a los usuarios lo percibido encima de una tarifa justa y razonable y una ganancia razonable, como la prevista en el pliego del 16% para una inversión denominada de riesgo: Sala IV, *Consumidores Libres c/ Telefónica de Argentina*, *LL*, 1997-F, 273.

<sup>58</sup> Ver MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL, *Control de los monopolios y defensa de la competencia*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2002. La ley 25.156 del año 1999, que este autor analiza, crea un

las actividades privadas de esa índole. En este caso, el Estado asegura la libre competencia, la lealtad comercial, persigue las propagandas engañosas, tutela al consumidor, evita los abusos de posición dominante, etc. Cuando hay libre competencia, el derecho administrativo de fines del siglo XX no asume fijar o regular precios ni tarifas, ni determinar qué debe invertirse en tal o cual actividad económica, ni tampoco interviene en el nivel de rentabilidad de una actividad libre por propia determinación de dicho orden jurídico.

Existe como veremos alguna variante de regulación económica y social, pero no del nivel que se aplica en las actividades monopólicas constitutivas de servicios públicos.

Ahora bien, en los comienzos del siglo XXI la Argentina estuvo emprendiendo el mismo camino pero en sentido inverso: Cuánto habrá de recorrerlo y cuántos son cambios temporarios, llevará algún tiempo saberlo.

Pero lo cierto es que hay partidos de la oposición que han votado junto al gobierno medidas de neto corte intervencionista, o de ampliación del sector público de la economía, como es el caso de la expropiación y estatización de Aerolíneas Argentinas, así como de la mayoría accionaria de YPF.

Ello significa que el retroceso seguirá firme hasta que la realidad económica del déficit fiscal obligue a terminar con el continuo desangramiento de las finanzas públicas que ello acarrea.<sup>59</sup> De todos modos, los arreglos con el sector externo en el 2014 parecen inaugurar un nuevo y distinto proceso.

## 2.5. *Prognosis*

### 2.5.1. *A fines del siglo XX*

A modo de ejemplo, en la Argentina algunos servicios de telecomunicaciones se prestaban en régimen de libre competencia y otros en régimen de monopolio. En los primeros el Estado otorgaba licencias y establecía lineamientos generales, pero no fijaba tarifas, niveles mínimos de inversión o calidad, control de costos, ni adoptaba un detallado reglamentarismo. En los segundos, la intervención estatal reguladora debe tener y tenía las características antes expuestas de control de tarifas, de inversiones, calidad, etc., por lo que no puede entonces sino llamarse servicio público.

Concluíamos nuestra apreciación de ese fin de milenio expresando que cuando el mercado se desregule completamente, no tendrá ya sentido esa intervención estatal, sino la que asegure las clásicas condiciones mínimas de la libre competencia, lealtad comercial, no abuso de posición dominante en el mercado (tales tribunal administrativo independiente e imparcial de defensa de la competencia. En el año 2014 todavía no ha sido puesto en funcionamiento. Ver también *infra*, § 4.5.2.

<sup>59</sup> El déficit crónico de Aerolíneas Argentinas, de centenares de millones de pesos al año, es un hecho reconocido por datos oficiales de la compañía.

como subsidios cruzados, incursión en actividades en libre competencia utilizando el poder monopólico ejercido en otra), etc.

En ese momento no responderá a la lógica del sistema jurídico pretender denominarlo “servicio público” por alguna supuesta característica “esencial,” que se emparenta con la pretensión aristotélica de definir la verdad, la belleza, la justicia, etc.<sup>60</sup> Bastará con analizar las normas en cada caso existentes.

Pero las cosas no resultaron así.

### 2.5.2. *En la primera década del siglo XXI*

En los primeros años del nuevo milenio el Estado adopta una tónica que luce muy intervencionista en materia de precios, inversiones, tarifas, etc., desdibujando, al menos en apariencia, el escenario anterior.

Nos parece prematuro intentar determinar ahora qué modificaciones resultarán al esquema conceptual del anterior esquema económico: Falta todavía apreciar la respuesta de la economía real a los nuevos estímulos oficiales y a su vez cómo estos se reacomodan a la a veces rebelde realidad.

En todo caso, todo indica que los números fiscales no permiten ya seguir con el funcionamiento de un gigantesco esquema de subvenciones y subsidios para controlar todas las tarifas, ni habrá dinero con el cual hacer más expropiaciones, ni se puede aumentar la presión fiscal, ni tampoco se puede dejar el crecimiento de la exclusión y la desigualdad sociales. Será pues necesario, en nuestro modo de ver la cuestión, que se abandonen alguno de los dogmas del pasado que inexplicablemente se retomaron en estos años

## 3. *El régimen jurídico del monopolio*

### 3.1. *Distintos supuestos jurídicos de monopolio*

Cuando es el Estado quien monopoliza una actividad productiva, su régimen jurídico por lo general se confunde con el resto de la actividad administrativa o estatal en general. Si alguna se rige por el derecho privado, esto es razón suficiente para no denominarlos servicios públicos.<sup>61</sup> Pero esto no es cuestión de definición normativa.

Al extinguirse la concesión de Aguas Argentinas y reestatizarse el servicio con la creación de AySA, el decreto de creación sometió al nuevo ente al derecho

<sup>60</sup> Nos remitimos nuevamente al cap. I del t. 1.

<sup>61</sup> BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, San Pablo, Malheiros Editores, 2004, 17ª ed., cap. XI, I, 5 *in fine*, p. 628: De nada sirve “calificar como servicio público determinadas actividades si algunas fuesen regidas por principio de derecho público y otras prestadas en régimen de economía Privada”. A la inversa, este autor considera que los monopolios estatales establecidos en la constitución brasileña están sujetos a normas de derecho privado y no son por ende servicio público, § 44 y 45, p. 648.

privado.<sup>62</sup> La historia argentina ha repetidamente mostrado que estas definiciones normativas son insuficientes y que a la larga termina predominando la aplicación del derecho público.<sup>63</sup>

Lo que analizaremos, dentro del régimen de monopolio, son las actividades particulares que pueden llegar a ser alcanzadas por un régimen jurídico especial que luego pueda ser caracterizado como servicio público. Distinguiremos según que el monopolio sea espontáneo —fruto del mercado—, o nacido de una determinación estatal de atribuirlo bajo tales condiciones legales a una entidad privada, por concesión o licencia de servicio público, lo cual supone una decisión legislativa —que no siempre existe.

### 3.2. *El monopolio espontáneo y de facto*

Mucho se ha escrito en nuestro país en el sentido de que el monopolio *per se* no está punido por la ley, sino el abuso de posición dominante en el mercado. Ello se refiere al monopolio que surge de la libre competencia, sin tutela normativa, pero no al que se instituye en violación a las normas del ordenamiento. En cualquier caso, la regla constitucional es la desregulación y la libre competencia, no el monopolio, el privilegio o la exclusividad.

A partir del art. 10 de la ley 23.696 y del art. 42 de la Constitución, toda norma que establece alguna restricción a la libre competencia es temporaria y con tendencia a la desregulación y desmonopolización, o sea hacia la plena competencia.<sup>64</sup> Va de suyo, además, que tal restricción a la libre competencia solo puede tener fundamento legislativo formal, no siendo concebible un marco normativo de la propia administración.

No cabe atribuir otro sentido a la expresión “legislación” en el art. 42 de la Constitución.<sup>65</sup> Un principio de orden constitucional y legal entonces lleva a interpretar *extensivamente* las normas referidas al derecho de la competencia

<sup>62</sup> El art. 11 del decreto 304/06 establece que “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS SOCIEDAD ANÓNIMA se registrará por las normas y principios del Derecho Privado, por lo que no le serán aplicables las disposiciones de la Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos y sus modificatorias, del Decreto N° 1023 de fecha 13 de agosto de 2001 —Régimen de Contrataciones del Estado— y sus modificatorios, de la Ley N° 13.064 de Obras Públicas y sus modificatorias, ni en general, normas o principios de derecho administrativo, sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificatorias.” Si se aplican o no las leyes administrativas es materia que puede decidir el Congreso, no el poder ejecutivo.

<sup>63</sup> Ya los explicamos hace cuarenta años en nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1996, al cual nos remitimos para el detalle más minucioso de los antecedentes que justifican el aserto del texto: *Infra*, t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*.

<sup>64</sup> Es la tendencia contemporánea, como lo indica MAIRAL, “El concepto...,” *op. cit.*, pp. 232-3. Lo mismo podría decirse respecto de la desregulación o el intervencionismo, tema que tratamos en el cap. siguiente. Allí también se observan en nuestro país las mismas vacilaciones de la primera década del tercer milenio.

<sup>65</sup> CITARA, *op. ult. cit.*, p. 85; MAIRAL, *op. loc. cit.*; BIANCHI, *op. loc. cit.*

y *restrictivamente* los supuestos que la excluyan. Cuando tales restricciones se han impuesto por vías de hecho de la administración, por órdenes verbales de un Secretario de Estado, o por trabas burocráticas, etc., entonces es obvio que nos hemos salido del marco constitucional.

Dado el sostén constitucional de las normas que tienden a la desmonopolización y al derecho de la competencia, cabe darles prevalencia ante cualquier duda interpretativa que pudiere presentar una norma de cualquier rango menor. En derecho corresponde estar a favor de la libertad de comercio y no del monopolio o la exclusividad.

En verdad, la sola existencia de un monopolio *de facto* conlleva dos reacciones del ordenamiento jurídico: a) tratar de eliminar dicha distorsión al mercado; b) mientras tanto y al mismo tiempo, dictar normas regulatorias que disminuyan o impidan sus excesos.

### 3.3. *El monopolio en los servicios públicos*

En los servicios públicos el monopolio es distinto: No nace espontáneamente en el libre juego del mercado y de la competencia, sino que está impuesto por el Estado mediante un acto normativo, otorgando a una persona determinados privilegios legales específicos para prestarlo por determinado tiempo y bajo determinadas condiciones.<sup>66</sup> No se le aplica pues el principio relativamente tolerante de la legislación común, sino uno más restrictivo: “las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con un criterio restrictivo (confr. doct. de Fallos 105: 26.)”<sup>67</sup>

“Esa forma de interpretación cobra sentido al resultar indispensable que los privilegios o monopolios se funden en el interés colectivo, *única y exclusiva razón que los legitimaría y los haría encuadrar dentro del marco constitucional*,<sup>68</sup> debiéndose tener presente, además, que el monopolio o privilegio debe limitarse a los servicios estrictamente indispensables, teniéndose siempre como mira la garantía de un fin público.”

“En otras palabras, dicha interpretación encuentra su fundamento en que toda vez que el servicio público fue creado para satisfacer necesidades de la co-

<sup>66</sup> Para un cuestionamiento y mayores desarrollos de este problema ver el interesante trabajo de ALBERTSEN, JORGE, “El monopolio como dato esencial del servicio público,” en *Servicio Público...*, op. cit., pp. 423-34.

<sup>67</sup> CNFed. CA, Sala IV, *in re Telintar S.A. -incidente- y otros c/ Comisión Nac. de Telecomunicaciones - M° de Economía y OSP- s/ proceso de conocimiento*, LL, 1995-A, 220 (1994); DJ, 1995-1, 400; cap. XV, ap. b), primer párr. Reproducido como anexo al cap. III de nuestro libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, 1998, 2ª ed. Se ha apuntado que la interpretación así restrictiva de la Corte se aplica en verdad indiscriminadamente a todo el contrato, no solamente a lo que es materia específica de monopolio.

<sup>68</sup> El destacado es nuestro.

munidad, la creación de monopolios o regímenes de exclusividad *nunca puede ir en detrimento de los usuarios.*<sup>69</sup>

El privilegio de exclusividad, por imponer una ventaja adicional al concesionario o permisionario,<sup>70</sup> sigue con mayor razón la regla de todo privilegio y, como dice MARIENHOFF, su otorgamiento es, siempre, de competencia *legislativa*.<sup>71</sup> “Dado el concepto de privilegio, va de suyo que todo lo atinente a su existencia y extensión es de interpretación restrictiva. No hay «privilegios» implícitos.”<sup>72</sup> Por ende, no es constitucionalmente posible conceder un servicio sin marco legal específico, ni modificar o renegociar un privilegio o monopolio sin expresa aprobación legislativa antes de su entrada en vigencia.

### 3.4. *El monopolio en la Constitución*

#### 3.4.1. *Obligación de control*

A todo lo dicho cabe agregar que el art. 42 de la Constitución prevé el control de los monopolios naturales o legales, lo que da más énfasis al control que a la permisión: “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 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.” El segundo párr. establece que todas las autoridades, tanto legislativas como administrativas *y en su defecto judiciales*, deben proveer lo necesario al “control de los monopolios naturales y legales.” Se retoma así, de algún modo, el concepto primigenio de monopolio, del griego *monopolion*, que sugiere etimológicamente la idea de “trato ilegal.”<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Tercer párr. El destacado es nuestro.

<sup>70</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4ª ed., reimpresión 1998, p. 622, aunque menos enfático que en la 3ª ed., 1983, p. 627.

<sup>71</sup> *Op. loc. cit.* En el mismo sentido los diversos fallos del fuero en contra de la privatización de los aeropuertos por decreto: *Nieva*, etc.

<sup>72</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, 3ª ed., 1983, p. 626. No hallamos la frase en la 4ª ed., 1998, p. 626.

<sup>73</sup> COROMINAS, JOAN, *Breve Diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3ª ed., Madrid, Gredos, 1976, pp. 401-2.

### 3.4.2. Participación de los usuarios

El tercer párr. es a nuestro juicio claro en cuanto al derecho que la Constitución establece para las asociaciones de usuarios a la participación en los entes de control, sujeto a la ley que contemplará la forma y cantidad de su integración a los directorios de los entes reguladores.<sup>74</sup> Se trata no sólo del derecho a participar en los cuerpos directivos de los entes regulatorios (con voz y voto, aunque sin afectar el *quorum*), sino también a la realización de audiencias públicas previas a la afectación de sus derechos.<sup>75</sup>

### 3.4.3. Marco regulatorio

También es claro que debe haber marcos regulatorios de carácter legal y no reglamentario, aunque la CSJN del siglo XX haya denegado pronunciarse en materia de aeropuertos.<sup>76</sup> El derecho constitucional a prestar y recibir servicios en libre competencia solamente puede cercenarse con fundamento legal explícito. La administración no puede disponer *per se* que una determinada actividad esté bajo un régimen de monopolio o exclusividad, en concesión o licencia, con la consecuente restricción a los derechos de todos los usuarios y de los eventuales competidores, sin ley del Congreso de la Nación.

Más allá de algún fallo circunstancial de la CSJN, no puede la administración por sí otorgar un monopolio: Que se haya hecho —aeropuertos— no le quita el carácter de contrario a la Constitución. Debe pues tratarse de legislación *stricto sensu*, del Congreso de la Nación, la única que existe en nuestro sistema constitucional y en el sistema interamericano. En ausencia de ley, la justicia debe aplicar directamente los principios constitucionales. Nuestra Corte Suprema ha reconocido más de una vez (pero no siempre lo ha aplicado) la necesidad de

<sup>74</sup> Convergamos en que la opiniones están divididas, y que por ahora pareciera que van mejor reflejando la realidad las tesis restrictivas que entienden que no resulta procedente la participación de las asociaciones en el órgano de conducción de los entes reguladores, por resultar “inapropiada” la representación de los usuarios y consumidores en aquéllos cuando ejercen función jurisdiccional al resolver conflictos entre usuarios y consumidores, y los concesionarios o licenciarios, por afectarse la neutralidad del ente. Así MURATORIO, JORGE I., “Situación jurídica del usuario del servicio público. Participación en el control. La tutela administrativa y jurisdiccional,” en *Servicio Público, ..., op. cit.*, pp. 318-9. Ya hemos expuesto que la eventual decisión administrativa individual debe ser a cargo de tribunales administrativos imparciales e independientes. Pero es la función regulatoria general la que requiere la constitucionalmente “necesaria” participación de los usuarios. Ampliar en ARIAS CAU, ESTEBAN J. y VERA MOHORADE, GUILLMERO M., “Participación de las asociaciones de consumidores en los organismos de control de servicios públicos,” *LLNOA*, 2011 (abril), 235. En la CABA, por su parte, hay un director en representación de los usuarios en el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos.

<sup>75</sup> Ver *infra*, cap. X; *Youssefian*, *LL*, 1997-F, 270.

<sup>76</sup> Ver BIELSA, RAFAEL ANTONIO y GARBER, CARLOS ABELARDO, “Aeropuertos: algo más que un caso difícil,” *LL*, 1999-A, 110; STARCK, CHRISTIAN, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, Centro de Est. Constitucionales, 1979, pp. 66-7, 71, etc.

cumplir los fallos y opiniones consultivas de los organismos internacionales de aplicación de los tratados que suscribimos.<sup>77</sup>

A su vez, la CorteIDH tiene dicho que “Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que *las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.*”<sup>78</sup>

En igual sentido se pronuncia la ComisiónIDH: “Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos *debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo* y debe ser congruente con el orden jurídico interno.”<sup>79</sup>

La CorteIDH define pues como leyes “la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, *emanada de los órganos legislativos* constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes *para la formación de las leyes,*”<sup>80</sup> pues “El principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables;”<sup>81</sup> es la legislatura electa y no otra autoridad constitucional o de facto la que tiene la potestad legislativa.

Todo ello ha sido reiterado en el voto concurrente del representante argentino ante la ComisiónIDH.<sup>82</sup> El principio de la buena fe nos obliga a cumplir en el plano interno lo que sostenemos y nos obliga en el plano internacional, como también lo reconoce la Corte Suprema en *Arce* al citar lo expresado en nombre de nuestro país por su representante en Naciones Unidas.<sup>83</sup>

Estamos pues, una vez más, no sólo en infracción al ordenamiento interno sino también en violación al derecho supranacional, lo cual tiene consecuencias desventajosas para el país, como lo explicamos en el cap. “Hacia la unidad del orden jurídico mundial” del t. *Hacia el derecho administrativo global*. La vigencia estricta del Estado de Derecho es una condición mínima de pertenencia a la comunidad de las naciones civilizadas.

<sup>77</sup> *Giroldi*, 1995, *LL*, 1995-D, 462; *Arce*, *LL*, 1997-F, 697, con nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” reproducido en *Cien notas de Agustín*, 1999, pp. 165-71. FAPPIANO, OSCAR L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, p. 78 y ss.

<sup>78</sup> OC 6/86, § 22. FAPPIANO, *op. cit.*, pp. 95-8; SALOMONI, *op. cit.*, p. 453. El énfasis es nuestro.

<sup>79</sup> *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996*, Washington, D.C., 1997, p. 65. Ver también FAPPIANO y LOAYZA T., CAROLINA, *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1971 a 1995*, Buenos Aires, Ábaco, 1999.

<sup>80</sup> Opinión Consultiva n° 6/86, § 23 y 32.

<sup>81</sup> OC 8/87, § 24.

<sup>82</sup> FAPPIANO, caso 10.843, Chile, 15 de octubre de 1996, Informe n° 36/96, § 31, p. 197 del Informe de 1996 de la ComisiónIDH, *op. loc. cit.* Ver también FAPPIANO, *El derecho...*, *op. cit.*, p. 95 y ss. y sus más amplias referencias, que compartimos, sobre la “reserva legal.”

<sup>83</sup> *LL*, 1997-F, 697.

El art. 42 de la Constitución establece el derecho de los usuarios a la protección de sus “intereses económicos;” “a una información adecuada y veraz;” “a la libertad de elección,” “y a condiciones de trato equitativo y digno.”

A ello cabe agregar la Convención Americana de Derechos Humanos:<sup>84</sup> Principios tales como el de la no discriminación pasan a ser de aplicación directamente constitucional también en materia de tarifas de servicios públicos. Lo mismo ocurre con otra serie de principios jurídicos de carácter constitucional y supraconstitucional.<sup>85</sup>

Toda la construcción del derecho administrativo contra el abuso del poder se corresponde, hoy en día, no contra el poder del concedente sino contra el poder del concesionario o titular de un privilegio,<sup>86</sup> que asume el rol de poder dominante; cabe sostener igual conclusión de los principios generales del derecho,<sup>87</sup> etc.

Es la regla *in favorem debilis*, antes aplicada al administrado, hoy también al usuario. En algunos casos hay hasta una cierta simbiosis, pues el concesionario o licenciatarario ha asumido a veces roles *stricto sensu* estatales, como es el control de la matrícula de gasistas por los diversos licenciatararios de la distribución del gas natural, o el privilegio del juicio de ejecución fiscal y designación de notificadores judiciales *ad hoc* por Aguas Argentinas, etc. Al volver esta empresa a manos del Estado, con distinto nombre (Aguas y Saneamientos Argentinos SA), todo ello necesariamente se acentuará,<sup>88</sup> pero también es evidente que estos *corsi ericorsi* afectarán también la claridad y coherencia del régimen jurídico.<sup>89</sup>

<sup>84</sup> Ya en la edición de 1990 de *Derechos Humanos* incluimos al Pacto como primero en la jerarquía normativa, por encima de la Constitución; ver los casos *Ekmekdjian, Fallos*, 308: 647, año 1992; *ED*, 148: 354 y *Fibraca, Fallos*, 316-2: 1669, año 1993, entre otros.

<sup>85</sup> *Supra*, t. 1, cap. VI, § 5 y ss.; CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa, Gulbenkian, 1989, p. 76 y ss.; SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, 1840, 5, p. 10 y ss.; ATALIBA, GERARDO, *Constituição e República*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 14; BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 229 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, pp. 97-103.

<sup>86</sup> Así GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1979; SAINZ MORENO, FERNANDO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976; etc. Lo que fue concebido como control del poder, cuando lo ejercía la administración, tiene aplicación cuando el poder real lo ejerce el concesionario o licenciatarario, no en verdad la administración. *In maxima potentia, minima licentia*.

<sup>87</sup> Es lo que explicamos en nuestra *Introducción al derecho, Derecho público y privado. Common-Law y derecho continental europeo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, editado como e-book en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com). Ver CASSAGNE, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988; REAL, ALBERTO RAMÓN, *Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1962; JEANNEAU, BENOÎT, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, París, L.G.D.J., 1954, etc.

<sup>88</sup> *Privilegia sunt strictissimæ interpretationis. Privilegia non sunt trahenda ad exemplum*, 14 D.L. 3; PICCIRILLI, RODOLFO, *El privilegio en las concesiones de servicios públicos*, Buenos Aires, Abeledo, 1936, p. 9; CSJN, *Fallos*, 146: 288; 149: 218; 114: 124; 111: 339; Sala IV, *Telintar, LL*, 1995-A, 220, año 1994.

<sup>89</sup> GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “Aguas Argentinas: las preguntas que nacen con la terminación del Contrato,” *LL*, 2006-B, sostiene que “La segmentación vertical de la captación, potabilización,

#### 3.4.4. Interpretación restrictiva de los derechos del concesionario y licenciatario

El fundamento constitucional de la interpretación restrictiva de tales concesiones o licencias deviene de que ellas constituyen una excepción a la regla de la libre competencia prevista en la Constitución, con lo cual sólo son válidas en cuanto se interpreten restrictivamente. En todo caso, es un principio sempiterno que viene, como casi todos los principios modernos del derecho público, del derecho romano.<sup>90</sup> Dicho principio secular se halla también recogido desde siempre por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por doctrina uniforme.<sup>91</sup> Con todo, no siempre se lo respeta en la práctica.

La concesión no altera el régimen del servicio concedido, el cual “*continúa, en todo momento, siendo servicio público,*”<sup>92</sup> con el alcance de la aplicación de todos los principios jurídicos de antigua data al respecto.

Toda la construcción restrictiva sobre el régimen jurídico de los servicios prestados al público quedó en hibernación, olvidada pero no desaparecida, cuando ellos estuvieron a cargo del Estado. Aquella construcción la realizó y mantiene tanto la jurisprudencia francesa como la norteamericana y ha sido receptada desde siempre por nuestra CSJN, precisamente para los supuestos de concesiones otorgadas a particulares. La jurisprudencia de fines del siglo XX identifica nuevamente concesiones de monopolio y licencias de privilegio.

Claro está, al volver a intervenir el Estado en la prestación directa de algunos servicios públicos a comienzos del siglo XXI, es posible que los límites se tornen difusos, aunque ya adelantamos que a nuestro juicio la realidad económica actual impedirá seguir en ese camino y obligará a desandararlo en alguna medida. Ello ha comenzado a ocurrir en 2014, en virtud de la estanflación, distribución desigual del ingreso, condenas en los tribunales del CIADI, pagos a Repsol y al Club de Paris, convenio reservado con CHEVRON, fallos adversos en la justicia de EE.UU. a la cual expresa y voluntariamente sometimos parte de nuestra deuda externa.

transporte y distribución de aguas, así como la captación, transporte, tratamiento y disposición final de afluentes es posible. Y en ese contexto, en el que sólo las redes troncales seguirían atadas al destino interjurisdiccional, podría devolverse a las jurisdicciones locales la competencia sobre estos importantes servicios, ahora que la Ciudad de Buenos Aires ha abandonado su carácter de territorio bajo administración federal. No debe perderse de vista que el cambio de *status* jurídico de la Ciudad con la reforma de 1994 ha cambiado y, en esas condiciones, no tendría la Nación derecho a disponer por ella de un servicio local, cual es la distribución de agua y la provisión de cloacas, ahora que no existe un contrato de Concesión que irradie derechos adquiridos.”

<sup>90</sup> Es éste el sentido con el cual hemos reformulado el cap. VII del Libro II del t. 9. (Pp. 613-624.) Con igual sentido modificamos *infra* el cap. VIII, “La no justiciabilidad del estado.”

<sup>91</sup> *Fallos*, 146: 288, 149: 218, 114:124, 111: 339, citados por BIELSA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 6ª ed., 1964, p. 259 y ss.; *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos (A propósito de la 4ª Conferencia Nacional de Abogados)*, Buenos Aires, Abeledo, 1937; CARRILLO, PEDRO, “Concesión de servicios públicos,” *LL*, 62: 948.

<sup>92</sup> IVª CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS, *Régimen jurídico ...*, *op. cit.*, pp. 30-1.

### 3.4.5. Su aplicación a la tarifa

Se ha dicho así que “el derecho de los usuarios a la elección de la tarifa más baja [...] debería prevalecer por sobre el derecho de la licenciataria de obtener mayor ganancia.”<sup>93</sup>

Las tarifas deben ser *justas y razonables* tanto para el concesionario como para los usuarios; en los términos de la CICC, deben también respetar el principio de *equidad*, es decir, deben ser *justas*.

Es un tema que ha de analizarse periódicamente,<sup>94</sup> teniendo en cuenta la evolución de todo el contrato.<sup>95</sup> En el derecho brasileño se agrega además que las tarifas deben ser módicas, accesibles a los usuarios.<sup>96</sup> En todo caso y volviendo a nuestro derecho, nunca pueden ser excesivas, “sin límite objetivo alguno.”<sup>97</sup> En la época actual, la explosión del régimen de subsidios y subvenciones para mantener tarifas artificialmente bajas de los servicios públicos *para todos* los consumidores, hace ya imposible mantener el esquema. Al irse limitando los subsidios solamente a las clases menos favorecidas de la sociedad, las tarifas de los demás tendrán obviamente un aumento que siempre parecerá excesivo ante tantos años de inflación ocultada. El querer ocultar la inflación para reducir los pagos de la deuda interna y externa atada al índice de precios al consumidor o al CER, ha sido pues un arma de corto alcance.

Debe cuidarse “que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable,”<sup>98</sup> en igual sentido el Consejo de Estado francés exige la *equivalencia honrada u honesta* entre las cargas y los beneficios.<sup>99</sup> La CSJN, a su vez, sostiene que la ecuación económico financiera del contrato no es distinguible de una razonable rentabilidad; pero no es la rentabilidad esperada al momento de ofertar.<sup>100</sup> Como consecuencia de

<sup>93</sup> Cap. XVI, tercer párr., del fallo *Telintar*, Sala IV, LL, 1995-A, 220 (1994); DJ, 1995-1, 400.

<sup>94</sup> Ver PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “Tarifas y renegociación de contratos,” en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 54-64.

<sup>95</sup> Ello se replantea a propósito de los reclamos ante tribunales internacionales.

<sup>96</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, op. cit., 17ª ed., cap. XII, VI, § 54, p. 682. Debe haber tarifas diferenciadas para personas de menores recursos y tarifas por servicios de mayor nivel económico y rentabilidad compensatoria de las anteriores o tarifa libre; siempre que la rentabilidad *total* de la empresa se mantenga en niveles razonables.

<sup>97</sup> “Las ganancias sin límite objetivo alguno,” nota a *Telecomunicaciones Internacionales de Argentina S.A. y otros c. Comisión Nacional de Telecomunicaciones*, CSJN, LL, 1997-B, 320. La prohibición de la excesiva onerosidad es un principio general de derecho internacional privado, como señala ZUPPI, ALBERTO L., “La interpretación en la Convención de Viena de 1980 (CISG), (Compra-venta internacional de mercaderías),” LL, 1997-F, 1290, punto III, 3, l).

<sup>98</sup> ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, *Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1977, pp. 453-4.

<sup>99</sup> *Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*, dictamen del Comisario de Gobierno LÉON BLUM, *Conseil d'Etat*, 21-3-1910.

<sup>100</sup> Ver CSJN, *in re Maruba*, LL, 1999-F, 456, con nota de CAPLAN, ARIEL R., “La visión de los usuarios sobre un fallo de la Corte,” LL, 1999-F, 454.

ello los tribunales tienen el deber de investigar, o hacer que la administración investigue, las inversiones y los costos frente a las tarifas para restablecer en su caso el equilibrio de las tarifas con la inversión cierta y comprobada, útil y eficaz, a precios de mercado<sup>101</sup> y la ganancia justa y razonable, teniendo presente el derecho de los usuarios y la CICC.<sup>102</sup> Esa recomposición parcial del contrato de concesión o licencia, que puede significar la anulación parcial de aumentos o ganancias incausadas, tiene también su fundamento en la ley de defensa del usuario y del consumidor, que autoriza tal procedimiento y es expresamente de orden público.

En los últimos tiempos la administración ha preferido negociar con el concesionario rebajas parciales y de común acuerdo de las tarifas, por la vía de negar la actualización, lo que no satisface plenamente aquellos principios.<sup>103</sup> Falta allí el tercer elemento del sistema, que son los usuarios, como mínimo a través de una audiencia pública. Falta también ver desplegado en toda su magnitud la totalidad interrelacionada de las consecuencias tanto de la renegociación efectuada, las inversiones asumidas por el Estado, como los resultados de los juicios arbitrales internacionales<sup>104</sup> y demás variables económicas y financieras.

#### 3.4.6. *Las cargas, los gastos y las inversiones reales. Las auditorías*

Las concesionarias y licenciatarias tienen derecho a tener ganancias razonables, no desproporcionadas, para asegurar la estabilidad y crecimiento del sistema.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> Hay intentos de inflar los costos: EURNEKIAN, EDUARDO, “Carta a mis socios italianos,” diarios del 8-II-2000, § 11 y 12. Dice en *Ámbito Financiero*, 21-II-2000, p. 2: “Quienes saben dicen que [...] quisieron usar una vieja treta de muchas privatizaciones [...] encareciendo las obras [...] como se hizo con los peajes, p. ej.”

<sup>102</sup> A la que cabe agregar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción adoptada en Nueva York en el año 2003 y aprobada en nuestro país por la ley 26.097. Ver BOTASSI, CARLOS A., “El derecho frente a la corrupción política,” *JA*, 2002-I, 1029; nuestro art. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091; MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Rap, 2007; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “Instrumentos para un régimen jurídico de combate a la corrupción,” *LL*, 2011-D, 926.

<sup>103</sup> Sobre redeterminación de precios y tarifas en los contratos de obras y servicios públicos. Ver VEGA, SUSANA y CRIVELLI, JULIO, “Emergencia y prohibición indexatoria de tarifas (Una vía de salida en la concesión de servicios públicos),” *RAP*, 282: 15, Buenos Aires, 2002.

<sup>104</sup> Algunos datos aparecieron recientemente, que tratamos en el cap. “Hacia la unidad del orden jurídico mundial” del t. *Hacia el derecho administrativo global*.

<sup>105</sup> GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A.M., “Aguas Argentinas: las preguntas que nacen con la terminación del Contrato,” *op. loc. cit.*, se pregunta “¿cuáles son las consecuencias de largo plazo del establecimiento de sistemas tarifarios en los que el pago del servicio no sólo dejan de dar ganancia (en una empresa de capital estatal, hasta podría ser admitido), sino que abandonan la idea de cubrir la amortización del capital instalado y de generar fondos genuinos para el desarrollo de nuevas obras de expansión? Las consecuencias mediatas podrían ser precisamente aquellas que la Ley de Reforma del Estado vino a atender —más allá de las consideraciones que cada uno pueda hacer respecto de su efectividad— hace 15 años: desinversión, falta de servicio, demanda insatisfecha, ausencia de mecanismos eficaces de reclamo.”

A la inversa, los usuarios tienen derecho a no pagar tarifas que sean injustas o desproporcionadas al servicio que reciben.<sup>106</sup> Pues como se ha dicho en más de una oportunidad, “es principio general en la materia que las tarifas de los servicios públicos deben ser justas y razonables de manera que se asegure el respeto de la necesaria proporcionalidad entre el servicio prestado y la retribución abonada.”<sup>107</sup>

Para determinar la ecuación económico financiera real y el nivel de las tarifas, es imprescindible adicionar auditorías cruzadas independientes, que determinen la exactitud y realidad de las inversiones del concesionario y las de sus empresas vinculadas o indirectamente subsidiadas, tanto en libros como en la realidad fáctica y económica concreta.<sup>108</sup> La carga de la prueba recae sobre quienes invocan el monopolio o privilegio; en la duda cabe estar a favor del usuario o consumidor.<sup>109</sup>

### 3.4.7. Relaciones con el usuario

Algunos autores consideran que si el servicio es “obligatorio” se trata de una relación reglamentaria y si es “facultativo” es de derecho común.<sup>110</sup> Pero el servicio público constituye un monopolio y no existe libertad de contratar del usuario. No hay obligatoriedad jurídica formal de contratar, aunque sí fáctica,<sup>111</sup> derivada del carácter básico de la necesidad a satisfacer y la inexistencia de competencia. Incluso, la distinción contradice el carácter “esencial” de las definiciones utilizadas por esa doctrina.

Si bien las empresas suelen llamar “clientes” a los que reciben su servicio, consideramos que esa designación presupone libertad de elección; al no existir tal libertad y tratarse de “clientes” cautivos, corresponde más estrictamente la

<sup>106</sup> Cabe destacar el feliz acierto semántico de GUSMAN, ALFREDO SILVERIO, “La intangibilidad de la situación jurídica del usuario,” *LL*, 2000-B, 263. Es al concedente que corresponde crear sistemas de medición *inviolables*, que eviten la aplicación de los *softwares* de sobrefacturación *random*, tan en boga en nuestro país.

<sup>107</sup> Punto IX del voto de USLENGHI en *Fernández*, *LL*, 1997-E, 535. La revocación por la CSJN el 7-XII-99, *LL*, 2000-A, 179, no le quita fuerza de convicción al argumento, compatible con *Maruba* de la misma Corte, *LL*, 1999-F, 456.

<sup>108</sup> Esto es congruente con *Maruba*: “para ser resarcida, la actora debió acreditar al perjuicio que dice haber sufrido” (cons. 15); “no se detectaron elementos concretos según los cuales la actora haya tenido quebrantos en la explotación de las concesiones.” La indispensable remisión a la temática expuesta en el cap. I de este vol. es de rigor.

<sup>109</sup> Ley 24.240, art. 3°: “En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor;” CSJN, *Maruba*, *LL*, 1999-F, 456, cons. 21, con cita de *Fallos*, 308-1: 618 *Hotel Internacional Iguazú S.A.*, 1986, cons. 8° y su cita, *LL*, 1986-D, 397: “la duda es fatal para el derecho del concesionario.” Hasta el presente el principio es uniforme.

<sup>110</sup> MARIENHOFF, t. III-B, Buenos Aires, 1994, pp. 604-5, n° 1157, a quien sigue MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Naturaleza jurídica de los contratos que celebran concesionarios y licenciatarios de servicios públicos*, en AA.VV., *Derecho administrativo*, San Juan, 1997, p. 50.

<sup>111</sup> Conf. BORAGINA, JUAN C. y MEZA, JORGE A., “Responsabilidad civil de las empresas concesionarias de peaje en relación a los daños padecidos por el usuario,” *JA*, 1997-IV, 858, ap. IV. Ver también D’ARGENIO, INÉS A., “Los usuarios de un servicio público considerados como «hombres en su calidad de tales»,” *LLBA*, 2013 (febrero), 35.

denominación de usuario. De allí que en este vol. estemos aproximando los conceptos de usuario y administrado: El administrado de ayer es el usuario de hoy. Esa relación se rige en la actualidad por el derecho administrativo, sobre todo a partir de la reforma de 1994 y los indubitables derechos públicos y de incidencia colectiva del usuario y consumidor que ella establece en sus arts. 42, 43 y concordantes, conforme explicáramos en los caps. II a IV.

La competencia judicial para intervenir en las cuestiones entre usuarios y prestadores del servicio, al igual que la relación entre estos y el concedente, es también la procesal administrativa.<sup>112</sup>

Las cuestiones de competencia, desde luego, constituyen una de las falencias sistemáticas de nuestro sistema de acceso a la justicia administrativa, que se multiplica ante el número extraordinariamente reducido de tribunales de justicia en materia administrativa.<sup>113</sup>

#### 4. Otras particularidades

##### 4.1. La audiencia pública como garantía constitucional del usuario

La modificación de la tarifa requiere de una audiencia pública para la defensa de los usuarios, junto con la intervención del Defensor del Pueblo. Este requisito, exigido expresamente por la ley en materia de gas y energía eléctrica, es en verdad de naturaleza constitucional y corresponde ser aplicado en todos los servicios privatizados,<sup>114</sup> haya o no norma legal o reglamentaria que la requiera en el caso del servicio específico de que se trate.<sup>115</sup>

La tendencia jurisprudencial a fines del siglo XX pareció orientarse en exigir la audiencia. Es lo que ocurre en 1997 con el fallo *Youssefian* de la Sala IV.<sup>116</sup> También la justicia exigió audiencia pública en materia ferroviaria, en 1999 y el Defensor del Pueblo en materia del aeropuerto de la Capital. En los casos mentados la administración cumplió con el recaudo en 1999.<sup>117</sup> Sin embargo, a comienzos del siglo XXI la administración nacional poco a poco fue abandonando la práctica de las audiencias públicas, que tanto hicieron por mejorar la calidad

<sup>112</sup> Sala I, *Viola de Fischer*, ED, 145: 352, año 1991, prov. de Buenos Aires, art. 2º, inc. 2: GUSMAN, "En la antecala del nuevo contencioso administrativo bonaerense. Análisis del Proyecto de Código," EDLA, 1997-B, 1485. Antecedentes opuestos en MALJAR, DANIEL EDGARDO, "Naturaleza de la relación jurídica entre concesionario y usuario del servicio público," LL, 1997-F, 1245.

<sup>113</sup> Nos remitimos al mayor desarrollo de los caps. XIII y XIV.

<sup>114</sup> Ver cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública;" *supra*, caps. II a IV.

<sup>115</sup> En una postura contraria CASSAGNE, JUAN CARLOS, "El futuro de los servicios públicos", en *Servicio Público...*, op. cit., p. 878, que por cierto es tan sólo uno de un nutrido grupo de juristas argentinos que resisten todo lo posible los cambios. El progreso se encuentra siempre en algún punto intermedio entre lo que se resiste a cambiar y lo que pugna por nacer.

<sup>116</sup> LL, 1997-F, 270 (cautelar) y sentencia definitiva, LL, 1998-D, 712, que comentamos en el cap. XI, § 1. Este fallo fundamenta la obligación de hacer audiencia pública, antes de resolver acerca de la prórroga del monopolio, en la articulación de los arts. 18 y 42.

<sup>117</sup> *Infra*, cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública."

institucional del país. Entre muchas otras falencias que la justicia no alcanzó a rever en tiempo oportuno, renegó las concesiones de servicios públicos sin audiencia pública y las hizo pasar por un procedimiento de aprobación legislativa ficta, obviamente inconstitucional.<sup>118</sup>

El principal régimen integral aprobado fue, en su momento, el del ENRE, seguido por otras autoridades públicas,<sup>119</sup> sin perjuicio de que finalmente aquél adoptó para sí el reglamento general de audiencias públicas aprobado por el decr. 1172/03 pero como acabamos de expresarlo, en su aplicación real ha sufrido un marcado deterioro. En el orden nacional el gobierno ha sido pródigo en el dictado de normas sobre transparencia, participación, acceso a la documentación,<sup>120</sup>

<sup>118</sup>Lo cual fue lamentablemente avalado por la Corte al rechazar la queja del Defensor del Pueblo (CSJN, *Defensor del Pueblo*, 26-III-14) contra el fallo de la Cámara que le negó legitimación para cuestionar aquella ratificación ficta del Congreso, por considerar que no demostraba en qué forma ello afectaba a los usuarios. En definitiva, lo que menos hizo el gobierno en el caso, fue satisfacer “Procedimientos que garanticen publicidad, transparencia y participación.” PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *Renegociación de contratos públicos*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, cap. VII, § 7, pp. 115-8. En peor defecto incurrió con las licencias de radiodifusión: *Supra*, cap. II, § 11, “Algunas novedades en materia de licencias y renegociaciones.” Ver asimismo GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Contratos administrativos y principios constitucionales,” *LL*, 19-V-14, p.1; LÓPEZ ALFONSÍN, MARCELO ALBERTO, “De la necesidad de audiencias públicas con participación de los consumidores y usuarios en la cuestión tarifaria de los servicios públicos,” en [www.eldial.com](http://www.eldial.com), DC492; BALBÍN, CARLOS F., “Las tarifas de los servicios públicos,” *LL*, 2009-E, 847; IVANEGA, MIRIAM, “Las tarifas de los servicios públicos,” *LL*, 2009-E, 869.

<sup>119</sup>El Enargas siguió un camino similar al del Enre: Dictó su procedimiento de audiencias públicas por res. 2756/02 y, emitido el régimen nacional, dictó la res. 3158/05 modificatoria de la anterior para ajustar sus disposiciones al “Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional.”

<sup>120</sup>Ver, entre otros, KUSINSKY, DARÍO E., “Cuando la Justicia sí funciona: Un caso sobre información pública,” *LL*, 2008-E, 429; MARTÍNEZ GARBINO, CAROLINA, “Acceso a la información pública bajo el prisma judicial,” *LL*, 2009-B, 417, y “Acceso a la información bajo el prisma de la Administración,” *LL*, 2009-C, 953; SCHEIBLER, GUILLERMO M., “Acceso a la información en manos del estado: el pueblo [debe poder] saber de qué se trata,” Buenos Aires, *RAP*, 325: 111. Ver también BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A. y FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO, “Acceso a la información y participación pública. Los derechos de incidencia colectiva y el decreto 1172/2003,” *JA*, 2006-III, 162; SCHEIBLER, GUILLERMO M., “Un concepto amplio de información pública,” *LL*, 2011-C, 617; BASTERRA, MARCELA I., “La legitimación activa de los legisladores frente al ejercicio del derecho de acceso a la información pública,” *LL*, 2010-E, 438 y *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006; REJTMAN FARAH, MARIO, “Los caminos por recorrer en materia de libre acceso a la información” y GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: derecho fundamental y sostén político de la República,” ambos en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *Acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012; SACRISTÁN, ESTELA B. y RATTI MENAÑA, FLORENCIA S., “Procedimiento Administrativo y Acceso a la Información Pública, en POZO GOWLAND, HÉCTOR; HALPERÍN, DAVID; AGUILAR VALDEZ, OSCAR; JUAN LIMA, FERNANDO y CANOSA, ARMANDO (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, t. IV, Buenos Aires, La Ley, 2012, 1ª ed., pp. 869-908.

A pesar del avance que significó en la materia el decreto 1172/03, en los últimos años perdió eficacia por la negativa a cumplir sus disposiciones por parte de muchos organismos de la administración, y el Congreso permanece en mora en la sanción de una ley de acceso a la información pública, a pesar de los numerosísimos proyectos. Incluso, a pesar de que el art. 3º de la ley 26.522 que regula los medios de comunicación audiovisual señala entre uno de sus objetivos “el ejercicio del derecho de los habitantes al acceso a la información pública.” (Inc. g)

autolimitación de facultades administrativas, todo lo cual debiera haber dado un marco apropiado a las audiencias públicas que realizara en el marco del decreto 1172/03 dictado al efecto. No ha sido ello así en la práctica.<sup>121</sup>

#### 4.2. *Los sistemas individuales y colectivos, administrativos y judiciales, de defensa. Derechos de incidencia colectiva*

Si bien es indubitable que son necesarios y deben ejercerse los mecanismos jurídicos individuales para la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores,<sup>122</sup> ello no debe hacernos perder de vista el hecho de que, ante millones de usuarios para cada servicio, el Poder Judicial se halla impedido de brindar justicia a siquiera una parte mínima de ellos. Para que pueda existir tutela judicial efectiva de los derechos de los usuarios es necesario que se enfatizen los mecanismos colectivos que para ello existen.<sup>123</sup>

La Corte Suprema actual ha tenido oportunidad de subrayar el lugar eminente que corresponde en una sociedad democrática al derecho de acceso a la información pública, advirtiendo que transparencia y publicidad de la gestión de gobierno son pilares fundamentales de una sociedad democrática; y reconoció que el fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona a conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan. Concluyó, por tanto, que el acceso a la información pública se ajusta razonablemente a lo previsto en los arts. 14, 16, 33, 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional. (*Asociación Derechos Civiles c/ EN - PAMI (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986*, sentencia de 4-XII-12, comentado por PUSTERLA, JOSÉ C., “El acceso a la información en un reciente fallo de la Corte Suprema,” *LL*, 2013-D, 68.)

Finalmente, la Corte ha afirmado que “las particulares circunstancias del caso, en el que diversos organismos de la administración han adoptado posiciones opuestas respecto del alcance que corresponde asignar al derecho de acceder a la información pública, ponen de manifiesto la imperiosa necesidad de contar con una ley nacional que regule esta trascendente materia ... En este contexto, es indudable que para garantizar en forma efectiva el derecho a la información, el Estado debe dictar urgentemente una ley, que salvaguardando los estándares internacionales en la materia y la vigencia del principio de razonabilidad, regule de manera exhaustiva el modo en que las autoridades públicas deben satisfacer este derecho. (*CIPPEC c/ EN - M° Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986*, sentencia del 26-III-14.)

<sup>121</sup> Un comienzo auspicioso bajo tales principios se ha paralizado.

<sup>122</sup> Ver p. ej. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Los derechos de usuarios y consumidores en la Constitución nacional,” en el libro colectivo *Comentarios a la reforma constitucional*, Buenos Aires, 1995; GUAJARDO, CARLOS ALBERTO, “Algunas reflexiones sobre la protección a consumidores, usuarios y al mercado en el nuevo art. 42 de la Constitución nacional,” en SARMIENTO GARCÍA y otros, *La reforma constitucional interpretada*, Buenos Aires, Depalma, 1995; MARCHAD, MERCEDES y BURGOS, DÉBORA, “Responsabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos,” *JA*, 1997-I, 757; CICERO, NIDIA KARINA, “Los sistemas de protección de los usuarios de servicios públicos,” en *LL*, 1996-C, 420; *Servicios públicos. Control y protección*, op. cit. También cabe tener presente la dificultad de la defensa individual de los más débiles frente al poder, como explicamos *infra*, t. 10, Libro I, cap. XII, § 9, p. XII-23 / 303.

<sup>123</sup> *Supra*, cap. IV, “El interés legítimo;” *infra*, caps. XIII, “La tutela judicial” y XIV, “Problemas del acceso a la justicia.” Ver también cap. XIV, § 4, “Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual.” En este sentido, resulta de lectura imprescindible las sentencias de la Corte Suprema en las causas *Halabi*, 24-II-09, *PADEC*, 21-VIII-13 y *Unión de Usuarios y Consumidores*, 6-III-14. Cabe destacar también que existen disposiciones legales que en materia de defensa a los usuarios y consumidores y a daño ambiental, prevén expresamente el efecto *erga omnes* de las sentencias. Así el art. 54, párrafo segundo, de la ley 24.240. De un modo semejante, el art.

Mientras tanto, el énfasis debe ser puesto en aquellos procedimientos y órganos administrativos que pueden ayudar a prevenir o reducir el daño: Entes regulatorios independientes,<sup>124</sup> audiencias públicas,<sup>125</sup> acciones colectivas o de clase,<sup>126</sup> medidas autosatisfactivas,<sup>127</sup> cautelares autónomas, medidas innovativas,<sup>128</sup> admisión amplia del amparo, legitimación colectiva para entes especiales,<sup>129</sup> medidas cautelares contra el estado y *astreintes* a los funcionarios públicos con fundamento constitucional en el efectivo acceso a la justicia a pesar de las leyes que en sentido contrario se han dictado en los últimos tiempos, etc.<sup>130</sup>

Es otra vez, repetida, la comparación entre control judicial y administrativo en que siempre está el riesgo, entre nosotros, de que pueda ser más eficaz el administrativo que el judicial, para desmedro del Estado de Derecho.<sup>131</sup> Al menos contamos con las mayores precisiones que aportó la Corte en *Estrada*, profundizando la línea sostenida en *Fernández Arias*, en el sentido de exigir la independencia de los tribunales administrativos.

33 de la ley 25.675 de protección mínima del ambiente, dispone que “la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.” Ver LAVIÉ PICO, ENRIQUE V., “Los efectos *erga omnes* de la sentencia,” en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A. (dir.), *Una mirada desde el Fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2013, 1ª ed., pp. 229-267.

<sup>124</sup> *Supra*, t. 1, cap. XV, “Los entes reguladores.”

<sup>125</sup> *Infra*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública,” de este t. 2.

<sup>126</sup> En *Halabi* la Corte señala que “no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos”, para luego agregar que tal falta de regulación “constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido.” A pesar de la clara exhortación, el Congreso no ha siquiera tratado desde que fuera dictado el fallo un proyecto de ley en la materia. Ver GILARDI MADARIAGA DE NEGRE, CECILIA, “La legitimación de las asociaciones y las acciones colectivas – las acciones de clase,” en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *op. cit.*, pp. 67-93; TAMPANARO, ADRIÁN R., “Acciones de clase. Consideraciones respecto a su régimen procesal ante la ausencia de una ley que lo reglamente,” en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *op. cit.*, pp. 287-304.

<sup>127</sup> Ampliar en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., “¿Es procedente el dictado de medidas autosatisfactivas contra la administración pública? Distintas miradas y la misma solución ...,” en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *op. cit.*, pp. 337-353.

<sup>128</sup> Ver *infra*, cap. XIII, “La tutela judicial,” § 9.8, “La tutela autosatisfactiva o anticipatoria.”

<sup>129</sup> La ley 26.522, en su art. 19, crea la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual con competencia para canalizar consultas, reclamos y denuncias del público y con amplia legitimación judicial respecto de los derechos de incidencia colectiva. También se la faculta para “convocar a audiencias públicas en diferentes regiones del país a efectos de evaluar el adecuado funcionamiento de los medios de radiodifusión y participar en aquellas previstas por la presente o convocadas por las autoridades en la materia.”

<sup>130</sup> Ver ejemplos en los caps. II a IV. Otra variante de interés en CAPLAN, ARIEL, R., “Hacia una nueva relación entre los usuarios y los organismos multilaterales,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 35-43.

<sup>131</sup> Lo explicamos *infra*, cap. XV. Ver también RETJMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

### 4.3. *El ente regulador*<sup>132</sup>

#### 4.3.1. *Su rol*

El mismo art. 42 de la Constitución exige que debe haber un ente regulador para cumplir esas funciones.

Ello significa que debe tratarse de un ente regulador independiente del poder ejecutivo, aunque un fallo entendió en su momento que los usuarios no tienen derecho a dicho órgano de control independiente.<sup>133</sup> El ente regulador, que no puede actuar como un supuesto árbitro que dirime conflictos entre partes iguales, sino que tiene el deber constitucional y legal de buscar equilibrar la desigualdad existente, compensando el poder monopólico o exclusivo con un mayor peso de su control y una mayor defensa del usuario (que es además de orden público por la ley 24.240), viene en este pronunciamiento a ser una noción descartable en el derecho viviente.

Esa decisión afortunadamente se encuentra hoy superada por el nuevo criterio de la CSJN, en tanto guarde coherencia con *Estrada*. Pero falta observar comportamientos materiales de la administración que demuestren la vigencia del nuevo estado del derecho.

#### 4.3.2. *Facultades*

Por eso y otras razones la supuesta facultad “jurisdiccional” que alguna ley y doctrina reconoce a estos entes no puede ser entendida en sentido estricto. Es una facultad administrativa de resolver conflictos en sede administrativa, *sujeta a revisión judicial plena*.<sup>134</sup> Pero es además indispensable que no exista recurso de alzada u otro tipo de control jerárquico o tutela administrativa de la administración central. El único control debe ser el judicial en forma directa, sin agotamiento alguno de la vía administrativa.<sup>135</sup> No cabe discutir en cambio las facultades reglamentarias, que no son potestad “delegada” por el Congreso

<sup>132</sup> Ampliar *supra*, t.1, cap. XV. Ver también BIANCHI, ALBERTO, “Los entes reguladores,” en *Servicio Público...*, *op. cit.*, pp. 149-207.

<sup>133</sup> LL, 1995-E, 470 (Sala V, aunque por error se indica Sala I); 1º inst. en LL, 1995-E, 516.

<sup>134</sup> El tema es tratado por BALBÍN, CARLOS, “Sobre el control judicial de los entes reguladores de los servicios públicos,” en *Servicio Público...*, *op. cit.*, pp. 767-794.

<sup>135</sup> Lo explicamos en el t. 4, cap. XI, “Recurso de Alzada,” § 1 a 4. Otro debate relacionado con las facultades jurisdiccionales de los entes es el referido a la competencia de los tribunales judiciales al ejercer el pertinente control sobre aquellas decisiones, cuando el administrado, junto a la impugnación del acto administrativo por nulidad, reclame un resarcimiento pecuniario originado en la actividad del ente o de la prestataria. Al respecto la doctrina de la Corte en el caso *Ángel Estrada* ha zanjado provisionalmente el debate, independientemente de las interpretaciones a que da lugar el pronunciamiento. Ver nuestro art. “Ángel Estrada,” en *JA*, número especial, 2005-III, fascículo nº 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005, pp. 307-311. Ver también BALBÍN, *op. cit.*, p. 779.

en los entes de contralor previstos en el art. 42,<sup>136</sup> sino potestad que tienen constitucionalmente, *iure proprio*.

Algunos fallos mencionan una “relación especial de sujeción” entre el concesionario o licenciataria y el ente regulador, lo que ha sido debatido por la doctrina<sup>137</sup> pero no empece a la existencia de la potestad regulatoria.

#### 4.3.3. Participación

En nuestra opinión, estamos en falta constitucional al no haber implementado la participación de los usuarios en los órganos de dirección de los entes reguladores. Algunos fallos han comenzado a rechazar petitorios de esta naturaleza de los usuarios, incumpliendo así, a nuestro modo de ver, el precepto constitucional.

La doctrina ciertamente no ayuda, en esta materia, pues por lo general no hace esta interpretación y no sólo postula que hace falta ley expresa sino que va más allá: Hasta ve dicha participación incompatible con la función supuestamente jurisdiccional de los entes.<sup>138</sup> Es lo de siempre: Se teme que la participación sea un factor de desestabilización, no advirtiendo que es un mecanismo de integración social. También es cierto que el impulso participativo que pareció animar el espíritu oficial contemporáneo ha perdido velozmente apoyo en las esferas gubernamentales. Se ha dado en los hechos más movilización social, con toma y dominio de la calle, que auténtica participación política y administrativa.

La participación de las provincias se maneja desde los Consejos Federales como el de la Energía, presidido por el Secretario de Energía. Los plazos deben vencer en forma escalonada para que ningún gobierno pueda nombrar o remover a todos sus miembros en el directorio, sino como máximo recambiar a uno o dos en un mismo mandato, manteniéndose mientras tanto los representantes de los usuarios y las provincias con sus propios mecanismos autónomos de renovación.

#### 4.3.4. Casos especiales

Hay casos especiales, como el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, creado por los arts. 137 y 138 de la constitución local y

<sup>136</sup> De los cuales hay solamente dos parecidos, el ENRE y el ENARGAS, aunque no tienen participación de los usuarios en el directorio.

<sup>137</sup> Sala I, *Edenor S.A., LL*, 1996-C, 446, año 1995 y nuestros arts. en *LL*, 1996-C, 447; *RAP*, 212: 120. Ver, desde ángulos opuestos, PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “La categoría de las relaciones especiales de sujeción,” en GUILLERMO A. MUÑOZ y JORGE L. SALOMONI (dir.), *Problemática de la administración contemporánea*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 131 y ss. y SALOMONI, “La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho público argentino,” *idem*, p. 151 y ss.

<sup>138</sup> Esto último carece de sustento una vez aclarado que en verdad no pueden tener función jurisdiccional, sino que se la deben dar a tribunales administrativos autónomos, imparciales e independientes. Ver nuestro art. “Ángel Estrada,” en *JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48 y sus remisiones.

reglamentado por las leyes 210 y 1384. El sistema prevé directores profesionales, nombrados previa audiencia pública, más un representante de los usuarios.

#### 4.4. *Su aplicación a la defensa del usuario*

La Constitución nacional establece un orden de prioridad de la libre competencia por sobre el monopolio. Es clara la reiteración constitucional de ese concepto —de todos modos preexistente en la legislación y en el espíritu constitucional previos. Igualmente lo es la imposición de controlar los monopolios naturales o legales, en defensa de los intereses económicos, etc., del usuario o consumidor, que el sistema constitucional impone ahora a todas las autoridades públicas, administradores y jueces incluidos.

El control de que las tarifas sean justas y razonables compromete pues tanto al administrador como al juez. Que la justicia puede y debe examinar las pruebas lo demuestra la CSJN *in re Maruba*, ya citado.<sup>139</sup>

#### 4.5. *Otros mecanismos de defensa del usuario o consumidor*<sup>140</sup>

##### 4.5.1. *La ley de defensa del usuario y consumidor*

Es de destacar, en primer lugar, que antes que se dictara el art. 43 de la Constitución nacional, la ley ya legitimaba a las asociaciones de usuarios para iniciar acciones de clase en defensa de los derechos de todos los usuarios,<sup>141</sup> pero con una particularidad adicional. Se trata de que la ley determina que en caso de desistimiento de la asociación, el ministerio público *debe* seguir la acción, *ope iuris*.

Como dice el art. 52 de la ley 24.240, “En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal.” Por ser una ley de orden público no admite que el reclamo colectivo instaurado quede sin resolución en cuanto al fondo.

En materia de medidas cautelares, tenemos también consecuencias jurídicas derivadas de este cuerpo normativo: La verosimilitud existe de pleno derecho a favor del usuario, por la presunción que la ley establece. El art. 3° señala que “En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor,” principio que repite el art. 37. No aplicaría bien esta ley de orden público

<sup>139</sup> LL, 1999-F, 454, año 1998, con nota de CAPLAN, “La visión de los usuarios sobre un fallo de la Corte.” La CSJN revisa la tarifa, pero la considera válida, en *Fernández, supra*, nota 23.

<sup>140</sup> La ley de defensa del usuario y consumidor 24.240, la ley de defensa de la competencia 25.156 y la ley de lealtad comercial 22.802 se integran y complementan, conformando lo que se denomina “derecho de los consumidores.” MURATORIO, *op. cit.*, p. 313.

<sup>141</sup> Ver también *supra*, cap. II, § 7, respecto a la acción de la ley de defensa del consumidor. La ley 24.240 ha sido complementada por la 24.787, de aplicación específica a los servicios públicos; también la ley 24.999 y, especialmente, la ley 26.361 le introdujeron modificaciones. Respecto al arbitraje ver *infra*, cap. XVII.

un juez que hesitara en otorgar una cautelar.<sup>142</sup> Dictada la medida, la apelación no suspende sus efectos, como sí ocurre en el amparo<sup>143</sup> a tenor del decreto-ley 16.986/66.<sup>144</sup> Ello, por cuanto la ley 24.240 dispone que la acción tramitará por el juicio de conocimiento más abreviado que exista en cada jurisdicción (art. 53), lo cual será el sumarísimo, sumario<sup>145</sup> u ordinario según lo disponga el juez en el primer auto, por lo demás inapelable.

Por su parte, el art. 54, párrafo segundo, de la ley establece que “la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.”

Con ello consagra los efectos generales de la sentencia para los casos de incidencia colectiva, lo cual constituye un gran avance de nuestra legislación. Con la sanción de la Constitución de 1994 el art. 43 reconoce el derecho de incidencia colectiva para hacer una acción de clase no solamente a las asociaciones y al Defensor del Pueblo, sino también al afectado, lo cual hace más expeditivo el funcionamiento del sistema.

Si esta revisión es procedente constitucionalmente por la vía restrictiva del amparo, con mayor razón debe ella resultar viable cuando el actor elige una vía de mayor debate y prueba como son los juicios de conocimiento ordinario, sumario o sumarísimo.<sup>146</sup>

#### 4.5.2. Defensa de la competencia<sup>147</sup>

El sistema de la ley 25.156 del año 1999 no es quizás uno de los más eficaces, pero puede rendir sus frutos cuando se lo ponga en marcha, y cumplir un rol en la transición desde el servicio monopolizado hacia la libre competencia, momento en el cual sus mecanismos debieran estar ya ajustados para entrar ágilmente en funcionamiento al cesar el monopolio. No lo están. Se requiere autorización

<sup>142</sup> Ver cap. XIII, “La tutela judicial,” § 9.2, “Los fundamentos para concederlas y/o denegarlas. La verosimilitud del derecho vs. la presunción de legitimidad del acto administrativo.”

<sup>143</sup> Salvo las medidas autosatisfactivas, como la Sala IV, *Assorati*, 18-VII-97; *Squaglia*, *Norberto P. c. Ministerio de Salud y Medio Ambiente*, 1ª inst. firme, LL Litoral—Juris, Octubre de 1997, pp. 1007 y 1113: en el caso se condenó a la demandada “a practicar al actor la angioplastia transluminal prescripta por el médico del hospital público, confirmando la medida cautelar despachada oportunamente.” Ampliar en MORELLO, AUGUSTO MARIO, *Anticipación de la tutela*, Platense, 1996, p. 57 y ss.; PEYRANO, JORGE, *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires, Depalma, 1981. Ver *infra*, cap. XII, § 9.8, “La tutela autosatisfactiva o anticipatoria” y sus referencias.

<sup>144</sup> Que, por cierto, nuestra sociedad se empeña en seguir llamando “Ley,” como si nada hubiera pasado en el país y en el mundo. Ver *supra*, nota 73 y también t. 1, cap. I, § 5: “Las «Leyes» que no son leyes.” También ver t. 7, caps. II, III y IV.

<sup>145</sup> No en el orden nacional en el que ha sido eliminado por la ley 25.488.

<sup>146</sup> En igual sentido CNFed. CA, Sala IV, *Caplan*, LL, 1997-F, 277, año 1996 y *Consumidores Libres*, LL, 1995-E, 516, entre otros. Respecto del proceso sumario, ver la nota precedente.

<sup>147</sup> Ver MARTÍNEZ MEDRANO, *op. cit.*, ver también *supra*, § 2.4.

del Tribunal de Defensa de la Competencia, que fue creado por ley pero nunca puesto en funcionamiento,<sup>148</sup> para determinadas operaciones, p. ej., fusiones.<sup>149</sup> Debiera funcionar para proteger las actividades que se brindan en libre competencia frente a los abusos que emergen de los subsidios cruzados de los servicios monopolísticos que avanzan sobre campos prohibidos.<sup>150</sup>

Ello al margen de que tales subsidios cruzados importan una violación de las condiciones de la licencia o concesión y debieran ser sancionados por el ente regulador. Pero nuestros problemas jurídicos son más apremiantes, si a diez años de la creación del tribunal no se lo ha puesto en práctica. Ya se han hecho denuncias ante organismos internacionales.

#### 4.5.3. *Lealtad comercial. Propaganda engañosa*

La propaganda engañosa se repite por igual en productos dañinos para la salud (en los cigarrillos se transmite el mensaje subliminal de jóvenes fumando), medios tendientes a crear confusión o engaño,<sup>151</sup> utilización de logos o grafías de los monopolios para prestar servicios en competencia, utilizando así el poder de su monopolio para competir deslealmente, etc. La ley 24.240, modificada por la ley 24.787, que parcialmente veta el Poder Ejecutivo, agrega en el art. 25 las leyendas que la facturación debe comprender para su veraz información.<sup>152</sup> No parece con

<sup>148</sup> A más de una década de dictada la ley 25.165 en 1999, el Tribunal Nacional de Defensa de la competencia no fue constituido, continuando en funciones la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia creada por el decreto-ley 22.262. Tal situación anómala “que implica la omisión de dar cumplimiento a lo previsto por aquella ley por parte de las autoridades competentes en los últimos catorce años,” fue puesta de manifiesta por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico y requirió “a aquellas autoridades, por intermedio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 40 del R.J.N.), se proceda a integrar el organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia, como está previsto por el artículo 19 de la ley 25.156.” (CN PE, Sala B, 23-V-14, *Jumbo Retail Argentina S.A. s/ infracción ley 25.156.*)

<sup>149</sup> En *Belmonte*, Fallos, 331:781, año 2008, la Corte sentó la doctrina que hasta tanto se constituya el Tribunal, “la autoridad a la que alude el art. 58 de la ley 25.156 comprende a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia —con facultades de instrucción y de asesoramiento— y al órgano ejecutivo de la cartera económica al que, según su estructura organizativa, le corresponda la facultad resolutoria a través del dictado de los actos administrativos pertinentes.” Retardar las decisiones no compromete al funcionario, “De allí que éste sea uno de los supuestos en que más difundida está la corrupción” (MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Rap, 2007, p. 62), quien con cita de NIETO, ALEJANDRO (“La función pública y la corrupción,” en REIRIZ, MARÍA GRACIELA [coord.], “Derecho administrativo y aportes para el rediseño institucional de la República,” Revista Jurídica de Buenos Aires, LexisNexis, 2004, p. 451) concluye: “Si la Administración cumpliera puntualmente sus obligaciones, desaparecerían la mitad de los cohechos.” (MAIRAL, *op. cit.*, p. 62.)

<sup>150</sup> La Sala IV lo resolvió claramente en el caso *Impsat S.A., LL*, 1998-A, 246, año 1995.

<sup>151</sup> La lista es desde luego tan extendida como la práctica comercial e industrial. Ver entre otros SIMÃO FILHO, ADALBERTO y DE LUCCA, NEWTON (coord.), *Direito empresarial contemporâneo*, San Pablo, Juarez de Oliveira, 1999, p. 127 y ss.

<sup>152</sup> “Las empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios deberán colocar en toda facturación que se extienda al usuario y en las oficinas de atención al público carteles con la leyenda

todo suficiente. El texto citado obliga a dejar constancia en la factura acerca de si existe o no deuda pendiente.<sup>153</sup>

La omisión de manifestar si existen o no deudas pendientes tiene a nuestro juicio el efecto liberatorio del pago, una vez cancelada la factura. En otras palabras, esa omisión hace presumir *juris et de jure* que el usuario se encuentra al día con sus pagos y que no mantiene deudas con la prestataria.

#### 4.6. *La propiedad de la concesión o licencia*<sup>154</sup>

Cabe distinguir, porque se trata de diferentes regímenes normativos, las concesiones de servicios públicos y obra pública, de las licencias de servicios públicos. En ambas situaciones existe un derecho de propiedad del concesionario o licenciataria sobre el derecho patrimonial que emerge de su contrato con la administración concedente. Entendemos que en las licencias la propiedad de los bienes es también del licenciataria; no así en las concesiones. Si la propiedad revierte al Estado al fin del contrato, debe ser denominado concesión y no licencia.<sup>155</sup>

##### 4.6.1. *Servicios públicos*

Tanto la concesión como la licencia de servicios públicos, como contratos administrativos que son, integran el patrimonio del concesionario o licenciataria y están amparados por el derecho de propiedad.<sup>156</sup>

Pero es una propiedad con severas limitaciones que giran siempre en torno a lo mismo: Calidad del servicio e inversiones, cantidad confiable de inversiones realmente realizadas, gastos reales, tarifa justa y razonable para usuarios y prestador en función de los parámetros anteriores. No hay así un único contrato de concesión o licencia y una única relación jurídica concedente-concesionario; se

«Usted tiene derecho a reclamar una indemnización si le facturamos sumas o conceptos indebidos o reclamamos el pago de facturas ya abonadas. Ley 24.240».

<sup>153</sup> «Incorpórase el art. 30 *bis*, con el siguiente texto: Las constancias que las empresas prestatarias de servicios públicos, entreguen a sus usuarios para el cobro de los servicios prestados, deberán expresar si existen períodos u otras deudas pendientes, en su caso fechas, concepto e intereses si correspondiera, todo ello escrito en forma clara y con caracteres destacados. En caso que no existan deudas pendientes se expresará: «no existen deudas pendientes».

<sup>154</sup> Ampliar en CARELLO, LUIS ARMANDO, «Concesión de obras y servicios públicos: técnicas concesionales», *LL*, 1992-A, 668; SARMIENTO GARCÍA, «Concesión de servicios públicos», en AA.VV., *Derecho administrativo*, San Juan, 1997, p. 85 y ss.; SARMIENTO GARCÍA y FARRANDO (H.), *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*, Buenos Aires, Depalma, 1994, etc.

<sup>155</sup> CARELLO, *op. loc. cit.* Comp. SALOMONI, *op. cit.*, p. 363. Si los bienes del concesionario están instalados en el dominio público, p. ej. en una concesión portuaria, revierten al concedente; cfr. CASSAGNE, *op. cit.*, t. II, pp. 548-9.

<sup>156</sup> BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 398. A su vez los bienes físicos con los cuales el servicio es materialmente prestado son de propiedad del licenciataria, no del concesionario. Esta fórmula fue concebida en parte para disminuir el riesgo del rescate, según explica lúcidamente CARELLO, *op. loc. cit.* Pero también evita que el prestador descuide los bienes al final de su contrato.

trata de redes contractuales interconectadas. La historia argentina está llena de discusiones y desfasajes en uno u otro de tales aspectos; las controversias tienden explícitamente a iniciarse siempre en torno a las tarifas, donde se centran los demás aspectos y donde más claramente se manifiesta que se trata de un sistema o red de contratos interconectados entre sí. Como ha dicho la CSJN: “Si el gobierno [...] consideró que las tarifas en vigencia eran abusivas [...] no pudo por un acto de imperio unilateral, fundado sólo en la bondad de las razones que creía tener, derogar los derechos creados por una convención bilateral, los que no pueden modificarse ni extinguirse por la voluntad de una de las partes.”<sup>157</sup>

Hoy en día se debería efectuar una audiencia pública para modificar el régimen tarifario: Es la aplicación del derecho a ser oído antes de una decisión que pueda afectar los derechos o intereses del individuo, el *audi alteram partem* en los derechos de incidencia colectiva que tutela el art. 43 de la Constitución.

Es también aplicación del principio de la participación que forma parte del derecho público contemporáneo, contemplado en diversos tratados internacionales de derechos humanos.

Igualmente se funda en el art. 42 del texto de la Constitución nacional.<sup>158</sup>

En *Fallos* 182: 88-133 la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteró su firme criterio que: “los derechos emergentes de una concesión, se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución nacional, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio.”

Lo mismo cabe decir de los derechos de los usuarios. BERCAITZ concluye en el punto del fallo de 182: 116 que: “La doctrina más autorizada sostiene como límite del poder de modificación unilateral del contrato por la Administración, la incolumidad de la ecuación económico-financiera del convenio.”<sup>159</sup>

Por cierto, el principio debe funcionar tanto a favor del concesionario o licenciatario como de los usuarios, que son la otra parte inescindible de la relación jurídica y económica real.<sup>160</sup>

Por lo tanto la incolumidad de la ecuación económica financiera del contrato es también la del usuario.<sup>161</sup> Si —en ausencia de suficiente y adecuado sustento fáctico— se le aumentan tarifas, prorrogan plazos de inversión comprometidas

<sup>157</sup> *Fallos*, 171: 153, cons. 8°, con cita de 152: 347.

<sup>158</sup> *Infra*, cap. XI.

<sup>159</sup> *Op. cit.*, p. 403. Sin embargo, ha de tenerse presente la limitación probatoria expuesta por la CSJN *in re Maruba, LL*, 1999-F, 456, año 1998, con nota de CAPLAN.

<sup>160</sup> GUSMAN, “La intangibilidad de la situación jurídica del usuario,” *LL*, 2000-B, 263.

<sup>161</sup> En cambio SALOMONI, *op. cit.*, pp. 373-90, considera que “los únicos sujetos que no tienen riesgo que soportar, son el Estado concedente y el usuario” y que el riesgo es todo del concesionario; en tanto que CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., pp. 527-8 y pp. 541-2, por él recordado, considera que el concesionario asume sólo el álea normal, “quedando a cargo de la administración todos aquellos riesgos que le son ajenos.” No parece una posición destinada a triunfar en la jurisprudencia.

por el concesionario, disminuyen o perdonan inversiones o multas ya devengadas por mala prestación del servicio, se están lesionando los derechos e intereses de los usuarios, con indubitable infracción constitucional y la consiguiente obligación de reparar el daño. Así ocurrió a finales del siglo XX, con alguno que otro funcionario procesado y en algún caso condenado.

En el siglo XXI se da el fenómeno inverso, pero siempre cuestionable. Si las tarifas no acompañan los costos del mercado, devienen arbitrarias y si se otorgan subsidios generalizados y no solo las clases menos favorecidas de la sociedad, entonces el régimen pierde transparencia, volviéndose más proclive a las corruptelas. Además se deteriora el servicio, se frenan las inversiones para la atención de la demanda futura, etc.

Esto último ha sido muy notorio en el siglo XXI en materia energética, en que no solo hemos perdido el autoabastecimiento sino que estamos invirtiendo decenas de miles de millones de dólares para importar gas licuado caro de precio no transparente y luego entregarlo a pérdida en las cañerías de gas común o en garrafas.

La producción energética, que estaba floreciente a fines del siglo XX se encuentra en total retracción a comienzos del siglo XXI. La contramarcha del siglo XXI respecto del siglo XX en materia energética es terminante.

Una u otra desviación, como se advierte utiliza el peligroso concepto del interés público, como si su invocación fuera argumento para aumentar o deteriorar irrazonablemente las tarifas, sin tener en cuenta las consecuencias directas e indirectas que se producen sobre el sistema económico nacional, las inversiones extranjeras, la huida de capitales y el perjuicio generalizado al usuario. Esa constante incoherencia en las políticas públicas, que llega a la directa contradicción, es una de las principales causas del atraso económico y social,<sup>162</sup> que padecemos en forma constante, con aparentes burbujas de bonanza y luego previsibles colapsos. Nunca encontramos el término medio.

#### 4.6.2. *Concesión de obra pública*

La ley 23.696 modifica algunos de los arts. del decreto-ley 17.520/67 y atribuye a los concesionarios garantías adicionales, reconociéndoles en primer lugar el derecho subjetivo pleno a la explotación de la obra construida. El nuevo art. 1° del decreto-ley 17.520/67 expresa en el tercer párr.: “La tarifa o peaje compensará la ejecución, modificación, ampliación, o los servicios de administración, reparación, conservación o mantenimiento de la obra nueva.” Le son aplicables los mismos principios de audiencia pública, etc.

<sup>162</sup> Lo explicamos con mayor desarrollo en el t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*.

5. *Felicidad colectiva*,<sup>163</sup> *interés público*,<sup>164</sup> *bien común*,<sup>165</sup>  
*omnis et singulatis*,<sup>166</sup> *Everything and Nothing*<sup>167</sup>

5.1. *La inefable felicidad colectiva*

En toda la historia de la humanidad se ha contrapuesto el bien de la comunidad por sobre los derechos de los individuos, con la no sorprendente conclusión de que lo colectivo precede y supera lo individual, aniquilándolo o restringiéndolo tan severamente como sea necesario.<sup>168</sup> Sea que se arrojen vestales al volcán para aplacar la ira de los dioses, o que se recurra a cualquier otra versión menos primitivista, antigua o contemporánea, siempre es una pretensión de lo absoluto,

<sup>163</sup> Decía SÓCRATES que el buen rey lo es no “sólo por gobernar bien su propia vida, sino por asegurar también la felicidad de sus súbditos.” JENOFONTE, *Recuerdos de Sócrates*, Barcelona, Planeta-De Agostino, 1997, p. 107. También el general debía “hacer felices a las personas que estaban bajo su mando.” *op. loc. cit.* Por ello parte del fruto de la rapiña sobre los vencidos se repartía entre los generales y la soldadesca: algo parecido ocurre en la corrupción contemporánea, con la rapiña sobre las arcas del Estado. El concepto griego de “felicidad pública” ha sido transmutado en el *argot* de la corrupción local por infinidad de vocablos que expresan el latrocinio de los jefes y sus acólitos: uno de esos vocablos es, precisamente, “felicidad.” Hemos recordado otras versiones posteriores de la “felicidad pública,” ya medievales, como deber del monarca, en el cap. V de este mismo t. 2, § 3, pero que ya no debía ejercerse a través de la coacción. En cambio hoy en día vuelve a imperar la regresión al pasado más remoto, porque se pretende defender el uso de la coacción estatal para conseguir un genérico e incondicionado “bien común,” “bienestar colectivo,” y sus diversas sinonimias a costa de los derechos individuales: *Supra*, cap. V, § 6, “La promoción del bienestar social y el «poder de policía.»”

<sup>164</sup> Lo que aquí exponemos lo hemos sostenido desde 1962, en nuestro primer art. publicado en *La Ley*, “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos”, *LL*, 106: 1187, año 1962 y al año siguiente en nuestro libro *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963. Ha seguido nuestro criterio ESCOLA, en su artículo “El Interés Público: su concepto y contenido”, *RAP*, 129: 7, año 1989, versión anticipada de su libro *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

<sup>165</sup> Ver *infra*, t. 3, “Introducción,” § 3, nota 1, algunas versiones contemporáneas que no quitan la persistencia de las antiguas: CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., cap. VII, pp. 596-7; COMADIRA, JULIO RODOLFO/ MONTI, LAURA, *Procedimientos Administrativos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, “Introducción,” p. 3, nota 6 y comentario al art. 12, pp. 257-61 y nota 970.

<sup>166</sup> Usamos, fuera de contexto, la alusión literaria de FOUCAULT.

<sup>167</sup> Nos referimos ahora a las alusiones literarias de BORGES, también fuera de contexto. Pero nos ha parecido una forma apta de expresar lo que realmente quieren estas nociones absolutas.

<sup>168</sup> GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “Servicios públicos: construyendo las bases de una nueva emergencia,” *LL*, 2005-C, 925: “Lamentablemente, cuando alguna empresa interesada en invertir en servicios públicos se acerque a sus asesores legales para analizar la viabilidad de tamaña decisión, sólo habrá margen para contestar que contará con garantías formales pero no reales y con obligaciones que no encuentran contrapartida en sus derechos. El corolario de este tipo de respuesta llevará –según entiendo– a un ostensible empeoramiento de la calidad de los operadores, ya que los de mayor prestigio y experiencia internacional no podrán justificar ante sus accionistas una aventura de estas características, a menos que obtengan márgenes de ganancia muy superiores al promedio internacional. Así, la Argentina se verá en la temible disyuntiva de tener servicios prestados por operadores de menor nivel o garantizar esos mayores márgenes de ganancia ante la falta de inversión. Como es evidente, en ambos casos el costo lo afrontaremos todos, sea en la calidad de los servicios o en el precio que por ellos paguemos.” Faltaría agregar que también lo pagamos a través del oscuro sistema de subvenciones y subsidios, fuente indubitable del enriquecimiento de los funcionarios públicos y del crecimiento de las poblaciones marginales.

fundada o no en alguna divinidad colectiva o singular, o en alguna invocación misteriosa, poco menos que sublime, pero siempre con una característica bien terrena, visible, tangible, que se trata de escatimar a la vista: Es invocado por quienes ejercen el poder supremo en la colectividad, seres muy concretos de carne y hueso que desempeñan el material poder terrenal con toda su fuerza. Es pues, sumariamente, una más de las invocaciones de algo deliberadamente inasible como “ética” y justificación del poder ilimitado, quienquiera lo ejerza.

Se trata del absolutismo, monárquico o pseudo-democrático, que invoca frases dotadas de un aroma a poderes extranormativos o incluso extraterrenos, en todo caso extra racionales, en que algo *indefinido* e *indefinible* es puesto como “fundamento” de su poder y condena como falsos “relativismos” a todos quienes intentan cuestionar ese poder terreno y esa noción bien humana y práctica de lo absoluto e incondicionado del poder ejercido desde la cúpula del Estado.<sup>169</sup> Nuestra historia de golpes de estado militares y dictaduras militares parece haberse acabado, pero ello no nos ha hecho entrar al Estado de Derecho sino, a veces, a gobiernos electos pero hegemónicos. Resta mucho por aprender y por construir.

Aquellas palabras que antes señalamos son usos ideológicos del lenguaje al servicio del poder de turno.<sup>170</sup> Como invocan lo inasible e indefinible, es lógico que descalifiquen el “relativismo” de las versiones que quieren rescatar al individuo de las garras del poder sin límites, frenos ni contrapesos. La defensa del individuo se denigra entonces como exagerado individualismo, pagano relativismo, etc. La pasión de los argumentos y su evidente apelación emotiva y en ocasiones divina, frente a la relatividad de lo humano, evoca un clima más propio del discurso de un pastor frente a sus fieles, que de un abogado frente al juez, pero ha tenido no poca difusión bajo el ropaje de pseudo razonamiento jurídico.

Es como la corrupción, en el sentido de que así como ella ha sido y será eterna, así también debe ser nuestra vigilancia, en el control social de los corruptos o absolutistas vestidos de anti-relativistas. Cada vez que advirtamos el crecimiento desmedido del patrimonio de los funcionarios públicos y sus familiares y amigos, haremos bien en requerir las investigaciones judiciales de rigor; claro que para ello primero hay que quitar a los magistrados el yugo a que se los intenta someter desde el poder político con la reforma del Consejo de la Magistratura.

No se trata de divagaciones metafísicas al estilo de “unos piensan que todo se mueve, otros que nada se mueve, unos que todo nace y perece, otros que nada nace ni va a perecer,”<sup>171</sup> sino de la defensa bien concreta de la voluntad del poder humano, terreno, en la cúpula del Estado o de sus protegidos, o en cambio del derecho del individuo frente al poder en ese momento y lugar.

<sup>169</sup> Como ya fuera explicado por CARRIÓ, a quien hemos recordado en el tomo 1, capítulo I.

<sup>170</sup> Como lo explicamos en *Introducción al derecho*, op. cit., cap. VII, «La «certeza» que da el poder» y lo recuerda SÁENZ en su *Prólogo* a este tratado.

<sup>171</sup> JENOFONTE, op. cit., p. 23.

## 5.2. *Interés público e interés individual*<sup>172</sup>

### 5.2.1. *Un intento de racionalidad*

Intentemos pues un análisis desapasionado del tema, carente de condenas morales: Es posible inquirir como cuestión de política legislativa acerca de qué tipo de regulación se justifica para cada determinada actividad humana. Pero es una cuestión que no puede responderse aristotélicamente, con pretensión de eternidad: Depende de las circunstancias y los tiempos y que tiene respuesta en el derecho vigente y no en las definiciones teóricas que se den en la doctrina.

### 5.2.2. *Libertad de prensa y expresión del pensamiento*

Si bien hay una tendencia en todo Estado a regular las actividades de los particulares, de todas maneras existen razones por las cuales en determinadas actividades la regulación será mínima: La libertad de expresión del pensamiento, p. ej., debe por principio ser irrestricta, aunque es posible concebir algunas limitaciones mínimas cuando los medios de prensa requieren del uso del espacio público (el denominado “espectro radioeléctrico,” que es acotado, así p. ej. en la prensa televisiva y radial, alguien tiene que asignar la onda y debe haber criterios para ello), o cuando se procura un reparto equitativo del mercado radioeléctrico, satelital o de cable. Desde otra perspectiva, los servicios de comunicación audiovisual pueden ser objeto de limitaciones relativas a los contenidos publicitarios, culturales, informativos, etc. Todo ello ha sido abarcado en la ley de regulación de medios sancionada en 2009, cuya constitucionalidad fuera avalada por la Corte en el caso *Grupo Clarín SA y otros*.<sup>173</sup> Desde luego, la libertad de prensa

<sup>172</sup> En cuanto a la minusvalía en que se suele pretender ubicar al administrado, ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El administrado*, Madrid, Abella, 1966, esp. pp. 9-19. Comp. BOTASSI, “Gestión de intereses públicos. El rol del Estado y de los particulares,” *op. cit.*, p. 69 y ss. Ver también el inicio del presente § 5. La CSJN ha condenado el uso de *clichés* en las sentencias judiciales, lo que a nuestro juicio resulta aplicable al presente caso. Ver D’ARGENIO, INÉS A., “«Sin *clichés*» dijo la Corte,” *LL, Supl. Adm.*, 9-II-2009, p. 13, comentando el uso del vocablo por la CSJN en el caso *Comunidad Indígena Eben Ezer*, 2009. Hay que apartarse de *clichés* peligrosos como el interés público o el bien común y en cambio focalizarse en el análisis racional de los hechos y los valores aplicables al caso.

<sup>173</sup> CSJN, *Grupo Clarín SA y otros*, 29-X-13. El fallo final se divide en un voto conjunto de los ministros LORENZETTI y HIGHTON, y dos votos individuales de los ministros PETRACCHI y ZAFFARONI. Por su parte votaron en disidencia parcial los ministros ARGIBAY y MAQUEDA, y en disidencia total el ministro FAYT. La decisión estuvo precedida de audiencias públicas como forma de proveer de información a la Corte Suprema, aunque los argumentos expuestos no fueron mencionados en ninguno de los votos de los ministros de la Corte. También se aceptó la participación de *amicus curiae*, cinco designados por cada una de las partes y tres invitados directamente por el Tribunal, que fueron la Defensoría del Pueblo, el Centro de Derecho y Economía de la Facultad de Derecho de la UBA y la Procuración General de la Nación.

A partir del consid. 39 la mayoría analiza la constitucionalidad del art. 45 de la ley 26.522 respecto de las restricciones que allí se establecen a la cantidad de licencias, concluyendo que aquellas son idóneas y adecuadamente proporcionales en relación al fin que se proponen de crear mayor pluralidad de voces y distribuir equitativamente el mercado de medios audiovisuales, en aras también del derecho del consumidor y la defensa de la competencia. La Corte reitera un criterio muy

está también sometida a otras limitaciones, como es el derecho de rectificación y respuesta que garantiza el Pacto de San José y la preservación de la intimidad y privacidad.

### 5.2.3. *La ocupación del espacio público*

Del mismo modo, la ocupación del espacio público obliga a utilizar racionalmente ese espacio, pero no parece posible concebir muchas más limitaciones, desde las modestas paradas de diarios hasta la instalación de sistemas de comunicación por fibra óptica que circulan por el subsuelo de la ciudad.

### 5.2.4. *La interrupción del tránsito público y actividades similares*

Otro problema, a veces trágico, es el límite entre el derecho de reunión y expresión pacífica y algunos “cortes de ruta” por “piqueteros” enmascarados, armados de piedras y palos, como grupo de choque contra las fuerzas de seguridad que ahora tienen órdenes de no intervenir, replegarse, etc., en lugar de la vieja orden de “reprimir” que resultaba en corridas, gases, etc., pero que más de una vez terminó en muertos y la caída del gobierno. En la segunda parte de la primera década del siglo XXI, el nuevo lema oficial parte de un slogan generalizado *in extremis* con tinte algo dogmático, “No criminalizaremos la protesta social,” que llega a la inacción deliberada por orden expresa del ministerio del ramo, ante cualquier perturbación del orden vehicular o de circulación, incluyendo el libre tránsito de los puentes internacionales, el funcionamiento de la mayoría de la asamblea universitaria para elegir rector, etc. Desde el año 2009 la CABA se ha propuesto controlar el uso del espacio público a través de su propia policía, cosa que no ha resultado fácil a pesar de haber organizado esa fuerza (policía metropolitana), pero en todo caso ha comenzado a dar muestras de sensatez el juzgamiento de las infracciones por la justicia contravencional local, tema sobre el cual volvemos en el cap. “Hacia la unidad del orden jurídico mundial” del t. *Hacia el derecho administrativo global*. Ese tipo de control jurisdiccional le quita a la tutela de la

frecuente en su jurisprudencia según el cual sólo le cabe juzgar la razonabilidad del medio elegido por el legislador, y no su mérito o necesidad, esto es, su tarea no es la de decidir si la ley 26.522 es la mejor solución posible, sino establecer si los medios elegidos por el legislador son idóneos y proporcionales a sus fines. (Consid. 50-52.)

En lo relativo a la “desinversión” dispuesta por el art. 161 de la ley para aquellos licenciatarios que excedieran los límites a la cantidad de medios al momento de sancionarse la norma, la Corte convalida su constitucionalidad sobre la base de considerar que los derechos adquiridos se encuentran sujetos al interés de la comunidad, y que en el caso debía además tenerse en cuenta que el legislador contempló una forma de compensar la restricción al derecho de propiedad como modo de paliar las consecuencias negativas que la aplicación de la nueva legislación pudiera generar, al permitir que los titulares de licencias transfieran a un tercero las que tengan en exceso y obtengan un precio a cambio. Además, cualquier eventual perjuicio que sufra el licenciatario por la desinversión podría ser reclamado con fundamento en los principios de responsabilidad del Estado por su actividad lícita. (Consid. 59.)

libertad de tránsito el dramatismo de la persecución o la represión penal a sus infractores.<sup>174</sup> Puede, a la postre, resultar más eficaz.

En estos ejemplos, el interés público de las mayorías es quebrantado por minorías amparadas por la inacción y omisión sistemáticas de una administración cuyo interés es evitarse problemas y no asumir responsabilidades de difícil manejo. Eso ciertamente no es el interés público. Como se advierte, la mera apelación emotiva al “bien común” o al “interés público” no tienen más asidero ni credibilidad que las invocaciones a la “felicidad general.” Haría bien el derecho en desembarazarse de tales muletillas emotivas y recurrir solamente a las razones.

### 5.2.5. *Monopolio y libre competencia*

El Estado tutela la libre competencia con las normas sobre lealtad comercial, defensa del consumidor, etc. Cuando el monopolio se otorga por expresa voluntad del Estado que lo da en concesión o licencia, allí se justifica la mayor regulación. También cuando el monopolio sea de hecho, sin que exista sustento para formularle reproche jurídico en el nuevo encuadre del art. 42 de la Constitución nacional.

### 5.2.6. *Un ejemplo colonial*

En la época de la colonia había un sólo peluquero y quería irse. El Cabildo de Buenos Aires, en una medida algo extrema, dispone prohibirle dejar la ciudad y le obliga a seguir ejerciendo su profesión, por ser el único peluquero existente. Parece, a los ojos de hoy, un ejemplo extremo, pero ilustra en cualquier caso que el grado de la regulación depende de la percepción colectiva del nivel de las necesidades sociales, en cada tiempo y lugar.

### 5.2.7. *Usuarios y consumidores*

En ese esquema es tradicional que prevalezca el interés público como interés de los usuarios y consumidores, por sobre el interés del individuo o empresa que presta alguna actividad monopólica a tales usuarios y consumidores.<sup>175</sup> Cuando no se ha podido evitar el monopolio o se lo ha creado expresamente, la necesidad

<sup>174</sup> En el discurso de apertura de las sesiones ordinarias del Congreso de la Nación del 2014, se exhortó a encontrar un punto medio entre el derecho de protesta y la libertad de circulación, lo que recibió apoyos y cuestionamientos a lo largo de todo el arco político opositor. Será difícil hallar un consenso político sobre cómo regular el tema, pero lo cierto es que los cortes de ruta, etc., vulneran el orden jurídico.

<sup>175</sup> GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M. en “Limitación de responsabilidad y servicios públicos: Cuando el sol es más grande que la mano [Notas al margen del fallo *Estrada*],” *LL*, 2005-D, 431, muestra cómo se dejan para una “mejor ocasión” discusiones de fondo sobre temas que pierden su chance de ser racionalmente explicados en busca de consensos necesarios para la sustentabilidad y la baja progresiva de los costos de operación de los servicios públicos. Las urgencias inmediatas dejan de lado la búsqueda de mejoras sustentables de largo plazo en beneficio de los usuarios actuales y también de los futuros, partiendo de asumir la realidad económica.

de regulación fuerte e intensa de un régimen de derecho público es indispensable para que el monopolio no perjudique los derechos e intereses que enumera el art. 42 de la Constitución nacional.

Es clásica la afirmación de FLEINER, quien representa a la doctrina dominante con la formulación de que “el interés público debe anteponerse al derecho individual y al interés individual y no puede ser sacrificado a él bajo ninguna circunstancia” y de que “la noción de interés público es, sin embargo, vacilante y mutable.”<sup>176</sup> Debe pues manejarse con cuidado, no como categoría lógica sino como guía empírica para cada tiempo y lugar. Como ha dicho la Corte Suprema, no corresponde “velar en todos los actos por los intereses estatales, cabe exigir que se otorgue un rango preeminente al interés público por sobre el particular o el de una minoría cuando a estos asiste un interés tutelado por el derecho vigente.”<sup>177</sup> En todo caso adherimos a la expresión de FLOGAITIS, que la invocación del interés público es simplemente peligrosa.<sup>178</sup>

### 5.2.8. *El interés público como interés de una mayoría concreta de individuos*

El interés público o bien común no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad indefinible e imprecisable; es sólo la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes —actuales y/o futuros— y por ello la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redundando en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad.

Por supuesto, hablamos de una mayoría de individuos, no de la totalidad de los miembros de la sociedad; debe tratarse de intereses coincidentes *lato sensu*, esto es, homogéneos, actuales y futuros: Nuestros descendientes también deben ser computados, por supuesto.

Sólo hay interés público cuando en una mayoría de individuos, cada uno puede encontrar su interés individual: El “interés público” en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia.<sup>179</sup> Hay interés público en los servicios de transporte, aguas, correos, telé-

<sup>176</sup> FLEINER, FRITZ, *Einzelrecht und öffentliches Interesse*, separata de las *Abhandlungen für Laband*, t. II, p. 1.

<sup>177</sup> CSJN, acordada 01/00, LL, 2000-A, 176. Se trata de una opinable pseudo reglamentación “autónoma” para el Poder Judicial de la ley de ética pública 25.188.

<sup>178</sup> Así se lo expresó en el seminario realizado en París en el año 2008, *Values in Global Administrative Law*, realizado en homenaje suyo y de GÉRARD TIMSIT: GORDON ANTHONY, JEAN-BERNARD AUBY, JOHN MORISON y TOM ZWART (editores), *Values in global administrative law*, Oxford (UK) y Portland, Oregon (USA), Hart, 2011.

<sup>179</sup> WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Munich y Berlín, Beck, 1971, 6ª ed., pp.162-3. Ver también D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2006, 2ª ed., § 85, “Algo, evidentemente, no funciona, si la realización del bien común deja de mirar al bien particular de cada persona que integra la comunidad,” p. 232.

fonos, electricidad, gas, porque cada individuo de una mayoría de habitantes tiene un interés personal y directo en viajar, comunicarse por escrito y por teléfono y tener energía eléctrica, calefacción, etc.

Ese interés público consiste en que cada individuo sea bien atendido en la prestación del servicio. Hay servicios que no se traducen en prestaciones individuales a personas determinadas,<sup>180</sup> pero cuando un servicio se efectiviza en prestaciones individuales el usuario es el objeto principal del servicio y es a él a quien el régimen jurídico debe proteger.<sup>181</sup>

### 5.3. *El interés público no es el interés de la administración pública*

El interés público no es el interés de la administración pública.<sup>182</sup> Así, el juego es contrario al interés público y explotado por la administración como en el caso de hipódromos, loterías, etc., redundando en su beneficio material (incluido el beneficio material de los funcionarios políticos) pero no en beneficio social; la venta de cigarrillos es una bonanza tributaria para el Estado —un aparente beneficio público—, aunque la sociedad así gasta mucho más para atender las enfermedades que provoca el fumar, más lo que la sociedad pierde en enfermedades y muertes.

### 5.4. *El interés público no es sólo conveniencia material*

El tercer error de la concepción tradicional de interés público lo señala RADBRUCH y es fundamental: Se concibe al interés público tan sólo como una conveniencia material o económica; nada más. Y ello comporta un error humano decisivo. El orden jurídico no sólo está destinado a asegurar los valores de seguridad y conveniencia sino también y primordialmente el valor justicia: “En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en último lugar a la conveniencia del derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo «lo que al pueblo aprovecha», sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia.”<sup>183</sup>

<sup>180</sup> Sostenía ARNALDO DE VALLES, *I servizi pubblici*, en V. E. ORLANDO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. VI, primera parte, Milán, 1923, p. 426 y ss., que servicio público era el que perseguía como fin primario la satisfacción de intereses individuales y como fin secundario los intereses públicos. Pero la satisfacción de los intereses individuales coincidentes debe ser, precisamente, satisfacción del interés público.

<sup>181</sup> No puede sostenerse que siempre el servicio público se dirige a la satisfacción de un interés público y que sólo indirectamente o en forma refleja puede resultar en beneficio para un individuo: POTOTSCHNIG, *op. cit.*, pp. 163-4; BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padua, Cedam, 1959, p. 42 y ss.; el Estado se organiza para el bien de la comunidad y de los individuos; los servicios públicos, si están organizados en el interés de la colectividad, no deben estar contrapuestos a la mayoría de los intereses individuales: WOLFF, *op. cit.*, p. 163.

<sup>182</sup> WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, *op. cit.*, pp. 162-5; D'ARGENIO, *La giustizia amministrativa in Argentina*, *op. cit.*, § 85, p. 232.

<sup>183</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 36, trad. de M. I. AZARETTO de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.

Debe tenerse siempre presente que constituye una falacia creer que se puede beneficiar a la colectividad sobre la base de la aniquilación de los derechos de los individuos; hay en ello una insalvable antítesis lógica, ya que al destruir los derechos del individuo en pro de la colectividad se destruye también, al mismo tiempo, la base necesaria de orden y justicia sobre la que esa colectividad entera reposa. Claro está, queda siempre pendiente la discusión acerca de los alcances del derecho que cada uno invoca; en el caso del concesionario o licenciataria, tales derechos son siempre de interpretación restrictiva, de acuerdo con la pacífica jurisprudencia que ya explicamos.<sup>184</sup>

### 5.5. *El régimen jurídico y la protección del interés público*

Cuando el régimen jurídico de los servicios públicos pretende asegurar “el interés público” dando grandes facultades y potestades incontroladas al que presta el servicio frente a los usuarios particulares, desemboca en la imposibilidad de que quien recibe un mal servicio o no lo recibe, pueda atacar esa defección del prestador del servicio.

Si el servicio llega a ser irregular, aquel régimen jurídico tiene por principal resultado que la mayoría de los usuarios deba resignarse a recibir un mal servicio y que, en consecuencia, la suma de los intereses individuales relacionados con el servicio sea precisamente la contraria de la que el régimen jurídico entiende asegurar.

Esto bien puede ser el caso si se avanza en la todavía incipiente estatización sujeta a controles meramente formales por organismos igualmente estatales que no han probado eficacia en esa materia.

Todo eso ya lo vivió el país en las nacionalizaciones de la primera mitad del siglo XX: Los controles estatales preexistentes perdieron eficacia y poco a poco el ente estatal a cargo del servicio se transformaba, además, en el regulador del servicio. Sabemos que eso terminó mal. No debiéramos repetir el camino de la falta de controles eficaces, pero lo estamos haciendo.

Así llegamos a que el régimen jurídico, en lugar de tutelar el interés público, lo ataca; dicho interés público no está en que un administrado no pueda perturbar a la administración o al concesionario o licenciataria, sino en que la mayoría de los administrados y usuarios estén en condiciones de quejarse eficientemente contra el servicio defectuoso y lograr que sea mejorado: Ese es el bien común que las cautelares debieran tutelar. O, como dice MAIRAL, el régimen normativo favorece y prohija la corrupción.

Igualmente es fundamental el derecho a que las tarifas sean justas y razonables tanto para el que presta el servicio como para quien lo recibe, sin ganancias

<sup>184</sup> *Supra*, t. 1., cap. XI, “Clasificación de los contratos administrativos.”

excesivas del concesionario o licenciatario, “sin límite objetivo alguno;” cuando la ganancia excede ese límite justo y razonable corresponde que el exceso sea devuelto a los usuarios. A la inversa, tampoco ha probado ser solución crear un sistema de subsidios y subvenciones, proclives a las prebendas y a la corrupción, para mantener artificialmente baja la tarifa para todo el mundo, en lugar de tratar de beneficiar solamente a los más carenciados.

### 6. *Las vicisitudes de una noción “esencial” de servicio público*

Como se advierte de lo expuesto, la noción y el régimen están indisolublemente unidos no solamente a la política económica del Estado en un momento dado sino también a las concepciones sociales y económicas de cada época. Ello explica la diversidad de opiniones jurídicas que se han pronunciado en la materia. La doctrina francesa moderna y comparada de antaño había venido observando incongruencias y errores en el concepto, modificándolo frecuentemente para adecuarlo a una realidad que se empeñaba en contradecirlo.<sup>185</sup>

Algunos consideraban que debe ser eliminado: Este autor así lo pensaba cuando estaban todos en manos del Estado, pues no había diferencia alguna de régimen jurídico real entre el resto de la actividad administrativa y aquello que se eligiera, por una u otra razón, llamar servicio público.

HAURIUO decía que era “un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública;”<sup>186</sup> según BIELSA, se trataba de “toda acción o prestación realizada por la Administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía.”<sup>187</sup> DE CORAIL resumió otras ideas similares: “una empresa creada por las autoridades públicas y dotada de medios exorbitantes al derecho común, en vista de dar satisfacción a una necesidad de interés general.”<sup>188</sup> “Público es el servicio [...] cuya gestión es asumida, ya por la administración directamente, ya por una persona o entidad por su encargo o con su colaboración.”<sup>189</sup> En estas y otras definiciones se advierte que se pone el énfasis en lo que se considera “sustancial” de la actividad, cayendo otra vez en las superadas búsquedas de

<sup>185</sup> Ampliar en D'ARGENIO, “Permanencia...”, *op. cit.*, p. 231 y ss.

<sup>186</sup> HAURIUO, MAURICE, *Précis de Droit Administratif*, París, 1919, 9ª ed., p. 44.

<sup>187</sup> BIELSA, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. 463.

<sup>188</sup> CORAIL, JEAN-LOUIS DE, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, París, 1954, p. 1 y ss., 21 y ss.

<sup>189</sup> GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1955, p. 262. Mientras la noción “esencial” es de una gran fuerza expansiva, es obvio a la inversa que corresponde transitar el camino de las nociones restringidas: Ver en tal sentido BARRA, RODOLFO CARLOS, “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público,” *LL*, 1982-B, 363. Más categórico, por cierto, MAIRAL, “La ideología del servicio público,” *RDA*, 14: 359.

“esencias” o “naturalezas” de instituciones, que ya hace siglos están superadas por la ciencia, como explicáramos.<sup>190</sup>

### 6.1. *Identidad metodológica con el dominio público*

Se sigue de todo lo expuesto que el elemento que determina la necesidad de aplicar un régimen jurídico especial es el monopolio legal conferido por el Estado. En otras palabras, la decisión que se adopta en materia de política económica es la que lleva a determinado régimen jurídico y no otro.

Desde un punto de vista metodológico, pasa con la noción de servicio público lo mismo que con la de dominio público. La mente ingenua puede llegar a concebir, p. ej., que las montañas “debieran” ser del dominio público. Sin embargo la decisión legislativa nunca fue así y de tal modo que las montañas han sido siempre y siguen siendo en todo el mundo, susceptibles de ser objeto de propiedad privada. Y de hecho, desde luego lo son. Si para alguien debieran ser del dominio público, para el orden jurídico son del dominio privado. Quien piensa lo contrario simplemente discrepa con el ordenamiento, pero no hace interpretación jurídica. Con el servicio público pasa igual. Cualquier persona puede postular según sus preferencias que determinada actividad tenga un régimen jurídico especial, pero ese régimen no nacerá, al igual que no nace en materia de dominio público, por una supuesta naturaleza o esencia de él, sino por determinación del orden jurídico.

### 6.2. *El servicio público como organización*

Es repetido que el servicio público presupone una organización de elementos y actividades para un fin, una ordenación de medios materiales y personales. Pero no se advierte qué tiene de significativo jurídicamente, aunque sea fácticamente correcto. La idea de organización es inseparable de cualquier otra empresa o actividad humana.

### 6.3. *La finalidad del servicio público*

Con las salvedades expuestas en el § 5, el objeto o finalidad sería satisfacer una necesidad pública, colectiva, de interés público, etc. Necesidad pública, o necesidad de interés público, significa la suma de las necesidades individuales; no presupone necesariamente que todos los individuos de la sociedad deban tenerla, pero sí al menos que una mayoría de ellos la tiene.<sup>191</sup> Hay muchas actividades humanas que satisfacen un fin público, *lato sensu*, desde luego; hasta escribir este libro podría encuadrar allí, pero a nadie se le ocurriría extraer consecuencia jurídica alguna de ello. Ese es el inconveniente de estas ideas finalistas o teleológicas: Querer

<sup>190</sup> *Supra*, t. 1., cap. I, “El método en derecho.”

<sup>191</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 467; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, TEA, 1951, p. 51 y ss.

extraer consecuencias jurídicas a partir del puro voluntarismo, sin fundamento jurídico expreso o razonablemente implícito.

#### 6.4. Caracteres del servicio público

Como dice con agudeza D'ARGENIO, se trata de la aplicación particularizada del “régimen tutelar impuesto por la Constitución para aquellos supuestos genéricos de protección al más débil.”<sup>192</sup> Se afirma en cambio, tradicionalmente,<sup>193</sup> que en razón de que trata de satisfacer una necesidad pública el servicio público debe estar dotado de “medios exorbitantes al derecho común,” es decir, de un régimen de derecho público que asegure su generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad. Como se advierte, este segundo tipo de razonamiento no sólo no es igual al anterior sino que hasta puede resultarle contrapuesto, por ello algunos insisten en su inutilidad o inconveniencia.<sup>194</sup> Pero ya hemos visto que ese régimen se convierte en necesario cuando hay una condición monopólica, no en virtud de lo que cada autor considere es el interés público en juego. También hay interés público en que los particulares gocemos de libertad de expresión del pensamiento, de tránsito y reunión; que los periodistas ejerzan libremente su derecho de opinión, los religiosos su culto, los abogados defiendan sus clientes, etc. Con todo, la fraseología que domina esta materia insiste en que el poder público se hace presente a través de un régimen jurídico especial que subordina los intereses privados al interés público, fundamentalmente en razón de proteger la continuidad del servicio.

Se repite de antaño esos cuatro caracteres que rigen los destinos del servicio público: Continuidad, regularidad, uniformidad, igualdad. La *continuidad* no significa que la actividad sea ininterrumpida, sino tan sólo que satisfaga la necesidad pública toda vez que ella se presente; pero tampoco es una característica uniforme. Ella residiría en que se satisfaga oportunamente —sea en forma intermitente, sea en forma ininterrumpida, según el tipo de necesidad de que se trate— la necesidad pública. Pero ello no es así, pues no se trata de una determinación que haga la doctrina en función de la necesidad pública a satisfacer, sino de una decisión concreta del orden jurídico en función de la posibilidad material de prestar el servicio o atender la necesidad pública. En el servicio público de aguas corrientes en las zonas que pueden captar el agua del Río de La Plata (y existe entonces un régimen de provisión de agua suficiente), el servicio es por

<sup>192</sup> D'ARGENIO, “Permanencia...,” *op. cit.*, pp. 239-40.

<sup>193</sup> ÁBALOS, M. GABRIELA, “Los servicios públicos,” en FARRANDO (H.), ISMAEL y MARTÍNEZ, PATRICIA R., *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 403 y ss. Hoy el régimen jurídico de cada servicio público tiene sus propias normas: MARAFUSCHI y otros, *Servicio público...*, *op. cit.* Ver también MALJAR, “Las distintas facetas de la continuidad del servicio público,” en *RAP*, 228: 91, Buenos Aires, 1997.

<sup>194</sup> D'ARGENIO, “Permanencia...,” *op. cit.*, pp. 239-41.

definición normativa o positiva continuo,<sup>195</sup> en el sentido de ininterrumpible. Pero si se considera el sistema de provisión de agua para riego en Mendoza o San Juan la solución varía diametralmente: El servicio se tiene sólo en muy precisas y determinadas circunstancias, regladas por la autoridad regante; más que continuidad hay excepcionalidad del servicio, determinada por la misma naturaleza, los deshielos, etc. En el servicio público de gas, a su vez, hay en el orden nacional un doble orden de tarifas: Caras, por servicio ininterrumpible; normales, por servicio interrumpible. Allí la característica de la continuidad tampoco puede postularse como normal, conforme al régimen jurídico vigente.

Por fin, se suele agregar a estos caracteres la *generalidad*, que significa que todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio y se comprende en una característica que a veces se menciona aisladamente: La igualdad o uniformidad, por imperio de la cual todos tienen derecho a exigir el servicio en igualdad de condiciones. Hoy en día diríamos, conforme al nuevo sistema de valores en materia de derechos humanos, que no haya discriminaciones de ninguna especie; lo cual viene otra vez a reafirmar que no estamos afirmando algo específico del servicio público, sea éste lo que fuere, sino común a toda actividad humana.

Regularidad quiere decir conformidad a reglas y condiciones preestablecidas, lo cual es un insalvable pleonismo. Bien se advierte de lo hasta aquí expuesto que de los llamados caracteres del servicio público no resta nada tangible que sea susceptible de ser enseñado como supuestas notas calificadoras o diferenciadoras de la actividad en cuestión.

### 6.5. *El régimen jurídico del servicio público*

Ha sido una fuerte tendencia de la doctrina el procurar establecer, encontrar o diseñar los caracteres del régimen jurídico del servicio público, pero la tarea es fallida: Es el orden jurídico el que le impone las reglas que el legislador ha estimado oportunas a cada servicio público y es el ente regulador el que completa la tarea de determinar el régimen específico de cada actividad sometida a este control. Las generalidades que se pueden explicar, entonces, son demasiado inespecíficas como para merecer excesiva atención. La característica más recordada del régimen jurídico especial de los servicios públicos es que los hombres que trabajan en él carecen del derecho de huelga, pues la huelga implica la suspensión del servicio y se considera precisamente que el Estado debe asegurar su continuidad. La flexibilidad laboral que se va procurando imponer a fines de siglo termina, por otra vía, en la misma consecuencia. Pero en nuestra realidad actual nadie se inmuta por las huelgas en los servicios públicos.

<sup>195</sup>Ver las normas en MERTEHIKIAN, EDUARDO, "Naturaleza jurídica de los contratos que celebran concesionarios y licenciatarios de servicios públicos," en AA.VV., *Derecho administrativo*, San Juan, 1997, p. 39 y ss., p. 47; "La regulación de los servicios públicos privatizados," *RAP*, 197: 5.

La necesidad de asegurar el funcionamiento y la continuidad del servicio determina además: *a)* Que la fuerza pública preste un apoyo especial a su prestación, *b)* que quien presta el servicio pueda pedir al Estado que expropie bienes útiles a su gestión (también lo puede pedir el concesionario o propietario minero), *c)* que puedan establecerse servidumbres y restricciones al dominio privado en razón de ese servicio —indemnizando, en el primer caso—, *d)* que los contratos que asocien un particular al funcionamiento del servicio sean contratos administrativos, *e)* que se organice el poder de percibir tarifas, precios o tasas en contraprestación por el servicio, *f)* que el monto de las tarifas, precios o tasas esté sujeto a la autorización del poder público, previa audiencia pública bajo pena de nulidad (en teoría, no en la realidad); *g)* que en ciertos casos la prestación sea obligatoria de hecho para los particulares, *h)* que toda cuestión vinculada a él, incluidos los problemas contractuales de los usuarios con el prestador del servicio, correspondan a la jurisdicción llamada contencioso administrativa. En el orden nacional el sistema es de control judicial por jueces federales con competencia en materia procesal administrativa, a los que por un accidente de la historia que hoy ya no causa dificultad, el legislador eligió llamar “contenciosoadministrativos” sin que tengan nada que ver con el sistema francés.

#### 6.6. *La noción tradicional y sus elementos*

Los tres elementos esenciales de la noción tradicional de servicio público son, según se aprecia: 1º) el fin que el servicio cumple, 2º) la persona que lo atiende, 3º) el régimen que lo regula. El juego de estos tres elementos lo explican autores como GARCÍA OVIEDO<sup>196</sup> de la siguiente manera:

*a)* No hay servicio público que no tenga por fin la satisfacción de una necesidad colectiva; pero este criterio, aislado, sería insuficiente, por cuanto “múltiples son, en cualquier sociedad bien constituida, las necesidades públicas que se satisfacen mediante el procedimiento del servicio privado:” Pueden citarse las panaderías y comercios de expendio de carne, leche, verduras, etc. Sólo MARIENHOFF en nuestro medio llegó a dar una extensión casi infinita a la noción de servicio público, en forma incompatible con su medida definición de dominio público, al cual estipula como determinado por la norma del legislador y no por la “naturaleza” o “esencia” de las cosas. En materia de servicios públicos sería para dicho autor al revés: Una suerte de “naturaleza” o “esencia” de la institución regiría sus alcances. Ello pertenece a las concepciones aristotélicas, hoy superadas en la metodología de la ciencia.<sup>197</sup>

*b)* También sería insuficiente decir que servicio público es el prestado por la administración, pues ésta puede conceder el servicio; y además porque no todas las

<sup>196</sup> GARCÍA OVIEDO, *op. cit.*, p. 260 y ss.

<sup>197</sup> Como ya lo explicamos en el cap. I del t. 1.

actividades de la administración son servicios públicos: “Cuando el Estado explota un monte patrimonial o un teatro, o toma a su cargo y dirección una empresa industrial (la fábrica de porcelana de Sèvres del Estado francés), evidentemente no realiza servicio público.”<sup>198</sup> Es que el régimen de servicio público sólo nace en ausencia de libre competencia. Es un fruto o consecuencia de la regulación del monopolio, no su causa.<sup>199</sup>

### 6.7. *La crisis de este concepto de servicio público*

Dos elementos de esta noción —el de la persona que atiende el servicio y el del régimen que lo regula— entraron en crisis hace mucho tiempo.<sup>200</sup> En cuanto a la persona que presta el servicio, se observaba que no era ya sólo la administración por sí misma o a través de concesionarios que satisfacía necesidades públicas bajo un régimen especial, sino que también existían otras entidades encargadas de cometidos semejantes. Surgieron así entidades profesionales o corporativas creadas y organizadas compulsivamente por ley, pero con autodeterminación de su régimen de funcionamiento, cuya actividad está a veces sometida a un régimen “exorbitante al derecho común,” es decir, que tienen asignadas por ley atribuciones de poder público en ciertas cuestiones: Ingreso a la profesión, control de la matrícula, habilitación profesional temporaria y ulteriores rehabilitaciones temporarias, etc. La experiencia argentina contemporánea es que estas entidades de colegiación obligatoria profesional, fuera de la órbita del estado, contribuyen a equilibrar la distribución del poder público. Hay voces que procuran su eliminación, pero no parece que la libre asociación privada de las profesiones vaya a ser la tendencia presente o futura en nuestro país.

Se asevera que ello constituye una crisis de la noción de servicio público, pues habría allí un servicio público prestado directamente por particulares o al menos por órganos que no forman parte de la administración ni tienen un contrato de concesión con ella para realizar tal actividad.<sup>201</sup> Si un servicio público podía ser prestado no sólo por el Estado o con su autorización, se podía definir al servicio público exclusivamente por su objeto [...] retoma así su *étan* la “noción funcional” o “existencial” de servicio público. Dicho en otras palabras, que puede haber servicios públicos “virtuales,” en los cuales sin estar presente la actividad del Estado ni un acto expreso de concesión a un particular o a otra entidad no estatal, de todos modos se sostiene que la actividad es materialmente un servicio público y por ello debe ser jurídicamente considerada como tal.<sup>202</sup>

<sup>198</sup> GARCÍA OVIEDO, *op. loc. cit.*

<sup>199</sup> Lo señalamos en relación a la cita de ARIÑO ORTIZ que hacen BRITO, MARIANO R. y DELPIAZZO, CARLOS A., *Derecho administrativo de la regulación económica*, Montevideo, 1998, p. 6.

<sup>200</sup> Comp. CORAIL, *op. loc. cit.*

<sup>201</sup> CORAIL, *op. cit.*, p. 131 y ss.

<sup>202</sup> Como dice MARIENHOFF, *op. cit.*, 1994, t. II, p. 55, “también pueden haber servicios públicos cuya índole de tales no derive de un acto estatal expreso o de un hecho o «comportamiento» de la

Dado que la administración no es sino un órgano del Estado, carente de personalidad jurídica propia, no es sólo a través de ella y mediante su intervención que puede hacerse una delegación de función administrativa. Dicho en otros términos, el contrato temporal de concesión o licencia no es la única forma en que el Estado puede delegar poderes de naturaleza pública en un ente determinado para que realice una parte de la función administrativa; también puede la ley directamente crear un ente y conferirle tales facultades sin limitación temporal prefijada, en las condiciones que venimos de explicar. En consecuencia, cabe afirmar que cuando la ley crea un ente y le confiere el ejercicio de una parte de la función administrativa, tal función se ejerce en forma indirecta, por órganos distintos de los directamente encargados por la Constitución para realizarla.

La ley puede fijar fundamentalmente dos tipos de entes: Unos, en los que los directivos son nombrados por el Estado (entes autárquicos, empresas del Estado) y otros en los que los directivos son nombrados por los administrados. (Asociaciones profesionales y gremiales, etc.) En esta interpretación, al decir entonces que el servicio público es una actividad realizada directa o indirectamente por la administración, no se excluye del concepto a ninguno de los casos traídos a la luz por la doctrina francesa moderna.

Sin embargo, pareciera que no puede admitirse la noción virtual, funcional o existencial del servicio público, con el alcance de que pueda haber actividades que sean un servicio público por su propia naturaleza,<sup>203</sup> independientemente de un acto expreso de reconocimiento por parte del Estado, pues en esa hipótesis ya la noción ha perdido límites concretos y su ámbito de aplicación prácticamente puede abarcar a cualquier actividad humana, haya o no voluntad estatal de considerarla servicio público.

Hablar de servicio público por su “esencia” o “naturaleza” es tan opinable como hablar de dominio público por su “esencia” o su “naturaleza.”<sup>204</sup>

### 6.8. *El objeto o finalidad del servicio*

Se dice que el servicio público tiene por objeto la satisfacción de una necesidad colectiva,<sup>205</sup> pero se aclara que es el legislador y no el juez quien aprecia cuándo

Administración Pública, sino de su propia naturaleza o esencia.” Entre los servicios públicos “virtuales” u “objetivos” enuncia farmacias, almacenes, proveedurías, lecherías, carnicerías, panaderías (p. 55), aunque esta extensión se halla limitada por el concepto teleológico. (P. 40, nota 43.)

<sup>203</sup> Sobre la naturaleza o esencia de las cosas ver *supra*, t. 1, cap. I y sus remisiones: *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión, 2001, actualmente 2ª ed. como Libro I del t. 6 de esta colección; *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003, etc. Ver también allí lo referente a las definiciones y clasificaciones, que son algunos supuestos metodológicos de este cap.

<sup>204</sup> Ampliar en el cap. I del t. 1.

<sup>205</sup> Sin embargo hay otras actividades que interesan al público que no son calificadas por el legislador como servicios públicos; por eso sostiene MAIRAL, “El concepto de servicio público...,” *op. cit.*, p. 232, que es nota típica del servicio público la obligatoriedad de prestarlo a todo aquel que lo solicite.

hay en la sociedad una tal necesidad que deba ser atendida mediante el procedimiento del servicio público. El fin del servicio público es así contingente y no sirve para caracterizarlo en un plano teórico estable; carece de rigor dogmático, constituye un elemento no apreciable objetivamente.

### 6.9. *El régimen de derecho público*

El régimen de derecho público no es un elemento que siempre se asocie a los anteriormente citados en la noción de servicio público: Pero es normal que se lo asocie con la ausencia de libre competencia —el monopolio— que el Estado en ocasiones resuelve establecer en favor de particulares, por razones de política legislativa. De ello se desprende que:

a) No toda la actividad realizada directa o indirectamente por la administración con el fin de satisfacer una necesidad pública se rige por el derecho público; así las viejas empresas del Estado, cuando actuaban en libre competencia, se regían en varios aspectos por el derecho privado. Las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y las sociedades del Estado tienen también un margen de actividad regido por el derecho privado.

b) Se sostiene que hay otras actividades que no son administrativas directa o indirectamente y que, teniendo el fin de satisfacer una necesidad pública, se rigen por un régimen exorbitante al derecho privado: Los llamados “servicios públicos impropios.” Se trata de un concepto algo híbrido con el cual se quiere designar a las actividades de ciertos particulares a quienes el Estado exige autorización y reglamenta sus servicios con miras a asegurar su continuidad y la certeza y uniformidad de las tarifas; taxis y remises, farmacias, botes de alquiler, changadores, etc. La lista de “servicios públicos impropios” puede por lo demás extenderse a todas las actividades o empresas “reglamentadas.”<sup>206</sup> En efecto, los bancos, compañías financieras, de seguros, sociedades de inversión, etc., tienen en general la misma especial regulación de derecho público que limita y controla sus actividades, sin que haya importado y con razón, preocuparse de si correspondía denominarlos “servicios públicos impropios” o no.

c) Hay, por último, actividades que no son realizadas directa ni indirectamente por la administración, que no tienen un fin de interés colectivo y que a pesar de ello se rigen en parte por el derecho público: Lealtad comercial, prohibición de propaganda engañosa, control de pesas y medidas, derecho marcario, control de abuso de posición dominante, prohibición de actividades nocivas a la salud: ciertas drogas, el tabaco, la contaminación ambiental, etc. Los ejemplos varían de país en país, de época en época.<sup>207</sup> Mas ello es así no porque estas actividades

<sup>206</sup> *Supra*, t. 1, cap. XIV, § 12.2, pp. 23-4.

<sup>207</sup> Es así interesante el análisis de MALARET I GARCÍA, ELISENDA, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Madrid, Generalitat de Catalunya y Civitas, 1991, esp. cap. III, p.

interesan o afectan al interés público como noción esencial o material, sino porque son objeto de regulación específica por el derecho público: Noción normativa.

6.10. *Conclusión. La supresión de la noción esencial o funcional de servicio público*

Ello demuestra que los elementos *a)* actividad realizada directa o indirectamente por la administración y *b)* con miras a satisfacer una necesidad colectiva, no llevan al tercer elemento: Régimen de derecho público. Éste se presenta en otros casos que los señalados por esos dos requisitos y, además, no siempre se presenta cuando ellos aparecen.<sup>208</sup> De allí surge que la “satisfacción de una necesidad colectiva” no fundamenta ni condiciona el “régimen de derecho público.”

Dicho en otras palabras, la determinación de aplicar un régimen de derecho público a cierta actividad, estatal o no, es una decisión que no puede estipular libremente la doctrina, a partir de la afirmación que resuelva hacer en el sentido de llamarla “servicio público;” esa determinación viene dada por el orden jurídico, en la medida en que efectivamente someta o no, en mayor o menor grado, alguna actividad humana al derecho público. Que alguien la llame “servicio público” *antes* de existir la regulación legal de derecho público, expresa sólo su opinión personal de que convendría que esa actividad fuera objeto de regulación por el derecho público. Que denomine “servicio público” a una actividad cualquiera, *después* que el derecho público la ha regulado, no sólo es ya intrascendente, sino que también es proclive a confusiones, pues muchos podrán creer, siguiendo esta tradición conceptual, que se rige por el derecho público porque “es” un servicio público, olvidando que se lo llama convencionalmente servicio público porque está regido expresamente por el derecho público. Si el jurista encuentra determinada actividad regida por el derecho privado, no puede llamarla servicio público sin inducir a equívocas. Tampoco efectúa con ello una clasificación jurídicamente relevante o útil.<sup>209</sup> Las clasificaciones y definiciones deben servir para explicar el derecho positivo y no pueden ser abstracciones sin referencia empírica alguna en el derecho. En tal caso no son útiles.<sup>210</sup>

Solamente el régimen jurídico positivo puede justificar la denominación y ese régimen jurídico tan intervencionista sólo tiene sustento constitucional su-

149 y ss.

<sup>208</sup> A punto tal que algunos admiten que pueda haber un servicio público bajo un régimen de derecho privado (ver los casos que reseña y critica JÉZE, GASTÓN, *Principios generales del derecho administrativo*, t. II-1, Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 9 y 4) y otros que sostienen que no es necesario que haya un régimen especial de derecho público, sino que basta un encuadramiento general en él.

<sup>209</sup> Criterio que debe satisfacer toda definición o clasificación, según explicamos en el t. I, cap. I, “El método en derecho,” sección I, “Las cuestiones fundamentales.”

<sup>210</sup> Nos remitimos, siempre, al t. I, cap. I, sec. I; comp. D’ARGENIO, “Permanencia «anacrónica» del servicio público: su imprecisión como determinante de la aplicación de un régimen tutelar;” *op. cit.*, esp. § VI, “La inutilidad de la noción clásica,” pp. 239-41.

ficiente<sup>211</sup> cuando antes se ha otorgado un privilegio o monopolio bajo forma de concesión o licencia. Es necesario terminar con este experimento esencialista que la doctrina ha ensayado por décadas y volver a aplicar una sana dosis de mínima dogmática jurídica para restablecer el orden.

<sup>211</sup> D'ARGENIO, *op. loc. cit.*, esp. § VII, "El texto constitucional," pp. 241-6.