

EL FUTURO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS¹

Juan Carlos Cassagne²

RESUMEN: A partir del concepto y los elementos que conforman la estructura básica del servicio público, se describen los desafíos que este deberá afrontar en el futuro. Señala que la regulación económica, a partir del principio de subsidiaridad, es uno de ellos, la que requerirá de idoneidad técnica de sus miembros y de independencia funcional en su gestión. Así, asegurar la estabilidad del suministro, alcanzar eficiencia y proteger las libertades de los usuarios constituirá su finalidad. Sin embargo, se advierte que la regulación y el control deben radicarse en órganos diferentes. De esta manera, destaca que la concepción amplia de servicio público ha quedado atrás, para "refugiarse" en un concepto de mayor precisión jurídica. Respecto a sus nuevas perspectivas, alaba el proceso privatizador argentino, pero critica las medidas adoptadas por el Estado hace unos años. A juicio del autor, se debe reparar cuanto antes esta situación, de lo contrario, se seguirán restringiendo los derechos de las personas.

1. LIMINAR

El derecho administrativo fluye como el tiempo y, en definitiva, es una rama jurídica que sucede al compás de las transformaciones que se van operando en el seno de la sociedad y del Estado.

Una demostración de esa movilidad que caracteriza a las instituciones del derecho administrativo es la que ofrece la teoría del servicio público, la cual, después de pasar por diferentes avatares históricos y políticos, recorrió un camino que, partiendo de fórmulas proclives a la colaboración privada a través de la figura clásica de la concesión de servicios públicos, alcanzó la socialización y posterior estatización de las principales actividades que satisfacían las necesidades generales de los habitantes, en el marco de un proceso signado por la gran influencia que irradió en Europa Continental, la llamada escuela de Burdeos.

Al sobrevenir la crisis y la consecuente decadencia de la noción de servicio público muchos pensaron que había desaparecido la institución, sin que nadie propusiera una fórmula sustitutiva capaz de resolver los graves problemas que planteaba una deficiente prestación de los servicios en cabeza del Estado, particularmente en Argentina. Sin embargo, las instituciones jurídicas rara vez mueren, antes bien, se transforman. Una prueba de ello la proporciona la supervivencia de esta clásica noción que resurge con nuevos fines y contenidos.

Nuestro país afronta actualmente las consecuencias, en el campo de los servicios públicos, de decisiones del Estado que afectaron directamente las cláusulas de los contratos de concesión y/o licencia existentes por obra de la legislación de emergencia y resta ahora afrontar la tarea de corregir los desequilibrios provocados por actos del poder público que afectaron las inversiones y, desde luego, la calidad de los servicios.

1 Ponencia presentada en las terceras Jornadas de Derecho Eléctrico, 2 y 3 de julio de 2003, Santiago, Chile.

2 Profesor Titular de Derecho Administrativo de las Universidades de Buenos Aires y Católica Argentina.

En el cuadro que se ha descripto y sin renegar de los aportes que puedan efectuar tanto la doctrina como la legislación y la jurisprudencia nacionales, resultan de gran utilidad para encarar la solución de los numerosos problemas jurídicos que se presentan, las herramientas teóricas y pragmáticas que brinda el derecho comparado. Esta tarea debe llevarse con suma prudencia cuidando no transplantar instituciones que, aunque pueden funcionar eficazmente en otras culturas, no se adaptan a nuestra realidad. En tal caso, se genera un trasplante que, además de artificial, suele resultar de alto costo para las finanzas públicas, cuando las instituciones no se deforman por obra de los malos dirigentes o la falta de representación y/o participación de los beneficiarios de la institución que termina siendo politizada (vgr. las audiencias públicas).

En lo que sigue, después de brindar una visión sumaria en el tiempo y en el espacio acerca de la evolución de la teoría y su sentido actual, trataremos de enfocar la cuestión que plantea el futuro de los servicios públicos en Argentina a través del prisma de la realidad socio-económica y de los procedimientos tendientes a que los actores de este verdadero drama público-privado ajusten su papel sin extralimitarse ni inclinar hacia un lado u otro la balanza de los poderes. Estos protagonistas no son otros que el Estado (concedente y/o regulador), las empresas prestatarias, sus clientes o usuarios de los servicios, las organizaciones de consumidores y usuarios, los jueces y el Defensor o los diferentes Defensores del Pueblo.

2. LA PATERNIDAD DE LA NOCIÓN, SU POSTERIOR EVOLUCIÓN Y CRISIS

Hace tiempo que venimos criticando la postura que atribuye la paternidad de la noción de

servicio público a Duguit, fundador de la escuela que lleva el nombre de la institución.

Esa afirmación, expresada con cierta ligereza, que nadie ha sostenido en Francia, es más bien producto del deslumbramiento que siempre provoca la coherencia de un sistema en cuanto al desarrollo de los principios o caracteres que integran lo que se ha denominado el régimen jurídico especial de los servicios públicos.

La cuestión no es menor ya que si, luego de las pautas que aparecen en el arrêt "Blanco" del Consejo de Estado Francés en 1873 (y, más tarde, en el arrêt "Terrier" de 1903), la doctrina se encuentra conteste en que la paternidad del concepto pertenece a Hauriou³, es a la obra de este autor a la que debe acudir primero para captar el sentido originario y comprobar su proyección actual así como también se hubiera evitado la crisis provocada por las exageraciones a las que condujo finalmente la escuela de Burdeos⁴.

Así, mientras para HAURIOU, el servicio público consistía en una parte de la función administrativa, en base a un criterio más funcional, o si se quiere material, que orgánico, para DUGUIT y JÈZE (y todos sus continuadores como, por ejemplo, BONNARD) el servicio público era considerado como un concepto más orgánico y subjetivo, abarcador de toda la actividad administrativa, llegándose a decir que el Estado constituía una suerte de cooperativa de los servicios públicos.

Al propio tiempo, la escuela de los servicios públicos acudió, para configurar la categoría, a elementos materiales y finalistas (satisfacción de una necesidad de interés general) que, en rigor, son los propios de la concepción material sobre la función administrativa.

Sin embargo, no se puede desconocer la trascendencia del aporte de JÈZE a la sistematización del régimen jurídico especial

3 La doctrina francesa ha develado esta cuestión atribuyendo el origen de la concepción a HAURIOU (cfr. LAUBADÈRE, ANDRÉ DE), en un trabajo publicado en el libro *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, ps. 209 y ss., París, 1969; se puede ver también en el mismo sentido, RIVERO, JEAN, "Hauriou et l'avènement de la notion du service public", en *Etudes en honneur d'A. Mestre*, ps. 462 y ss., París, 1956), quien, precisamente, no estaba de acuerdo con diluir el poder público en el servicio público, como hizo más tarde la escuela de Burdeos.

4 Tema sobre el que me he ocupado en otro lugar, véase: "Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público", en *Estudios de Derecho Público*, Cap. VI, pág. 95 y ss., ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.

cuyas fórmulas si bien hoy día no resultan plenamente aplicables debido a su incompatibilidad con las modernas concepciones que han sido recepcionadas por la realidad legislativa y la jurisprudencial, brindaron, en su momento, un marco de seguridad jurídica que encandiló a la doctrina de la época, convencida de la inmutabilidad de los caracteres jurídicos que hacían a la fisonomía básica de la noción.

Pronto sobrevino la crisis de la institución, reflejada básicamente en tres aspectos de la noción tradicional: a) en el fin del servicio público, a raíz de la aparición de los servicios públicos industriales y comerciales con finalidades propias de las empresas privadas; b) en la persona, al admitirse que el servicio público podía prestarse "*iure proprio*" por particulares, sin otro título que una autorización (ej. farmacias y taxis) y c) en el régimen jurídico, en el que comenzaron a infiltrarse los principios y las técnicas del derecho mercantil para regir la actividad de las empresas públicas bajo formas privadas (se trata del conocido fenómeno del Estado comerciante o empresario).

3. LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y EL SERVICIO PÚBLICO

Uno de los temas capitales del derecho administrativo clásico que, además, ha cobrado una renovada actualidad, es el que concierne a la regulación económica de los servicios públicos.

A causa del proceso de transformación del Estado, nuevas instituciones han asumido un papel de gran trascendencia en el plano de las relaciones que vinculan tanto al Estado con los distintos actores del mercado prestador de servicios como a las empresas concesionarias o

licenciatarias con sus clientes. Es indudable que la privatización ha sido la causa principal de este fenómeno, pero también es cierto que la operación privatizadora no pudo resolver, en sí misma, toda la compleja problemática que actualmente se plantea en los planos jurídico, económico y hasta político. Es tan sólo su punto de partida.

Y en medio de este escenario, donde nuevos marcos legales y reglamentarios introdujeron grandes innovaciones sobre los esquemas tradicionales del derecho administrativo, llegándose a discutir hasta la supervivencia del servicio público como institución jurídica apta para regir este proceso, surgieron los entes reguladores, cuya función básica y esencial consiste en actuar como factores de equilibrio y recomposición de los diferentes intereses en juego, sin perjuicio de la posibilidad de que los afectados por sus decisiones promuevan el control judicial en defensa de sus derechos.

El sistema que rigió en la Argentina desde 1946 hasta 1989 se caracterizó por la concentración de los poderes regulatorios en las propias empresas estatales prestatarias de esos servicios. El margen para el ejercicio del poder de policía por parte de los órganos de la Administración central era estrecho y, en la práctica, no impidió los constantes desequilibrios financieros ni los abusos y arbitrariedades en que solían incurrir los funcionarios de turno.

Ese estado de cosas ha sufrido un cambio radical debido al proceso de transformación del Estado, a partir del cual se perfilan nuevas funciones regidas por el derecho administrativo. Una de estas funciones es, sin duda, la concerniente a la regulación económica de los servicios públicos, cuyo fundamento y medida se debe regir por el principio de subsidiariedad⁵. En este contexto aparecieron, en forma

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

contemporánea a la privatización de la gestión de los servicios públicos, los marcos regulatorios de cada una de las actividades junto a los entes creados por el Estado para aplicar esas regulaciones y entender, en una especie de instancia administrativa de naturaleza jurisdiccional, en los conflictos que se susciten entre las empresas concesionarias o licenciatarias de los servicios y los usuarios. Precisamente, esta última característica de la actividad de los entes regulatorios requiere que, en su composición, se observen dos condiciones esenciales: la idoneidad técnica de sus miembros y su independencia funcional⁶, especialmente en el plano político.

Estos entes reguladores, cuyos antecedentes se remontan al derecho estadounidense⁷, han sido creados como personas administrativas con competencia especial y personalidad jurídica propia, sin perder con ello la Administración el ejercicio de los poderes clásicos de tutela, como tampoco las facultades inherentes a la policía, ni las derivadas de su condición de parte en el vínculo que la une al prestatario del servicio público (concesión o licencia).

4. SENTIDO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

La regulación económica constituye una de las funciones esenciales del Estado subsidiario que se configura básicamente –en su dimensión normativa– como una típica emanación del denominado poder de policía. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad en el campo económico a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos (y demás actividades privadas de interés público que

capta el derecho administrativo) con los intereses de la comunidad (entre los cuales se ubica la protección de los usuarios). No hay que confundir la regulación económica con el servicio público. En rigor, el servicio público, como síntesis de una actividad prestacional que satisface necesidades primordiales de los habitantes, constituye el objeto de la regulación económica.

Su necesidad aparece como un correlato del servicio público con el objeto de armonizar los poderes de los prestatarios con el interés de los clientes o usuarios y, más todavía, con el interés más genérico de la comunidad, interés público en suma. Desde luego que ni el grado ni la intensidad de la regulación pueden ser ilimitados ni absolutos, siendo mayor en aquellos supuestos donde existan situaciones de monopolio o exclusividad, aunque no todo servicio público tiene *per se* estas características. En menor grado, también están alcanzadas por las regulaciones administrativas las llamadas actividades de interés público.

Pero, la regulación económica tiene hoy día un nuevo sentido como consecuencia de asignarle, entre otras, la función de estimular y proteger la libre competencia en beneficio de los consumidores, lo que conlleva adoptar, en forma previa o concomitante, una política de segmentación de los diversos mercados –en tanto sea posible– junto a la desregulación de las actividades comerciales o industriales, con el fin de sustentar las libertades básicas del mercado. De lo contrario, el ámbito donde se encuentran oferta y demanda recibiría señales falsas o artificiales, alterándose el sistema natural de formación de los precios y las condiciones de las transacciones que inciden sobre ellos. Se sabe, por la experiencia de los sistemas interventores, que el costo de los mecanismos estatales que inciden artificialmente sobre el mercado termina siendo pagado por la propia comunidad, sobre cuyos miembros recaen los efectos nocivos de una economía ineficiente.

6 Ver: ARIÑO ORTIZ, GASPAR, *Economía y Estado*, ps. 470 y ss., Buenos Aires, 1993; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Los sujetos reguladores en la post-privatización*, RAP (Argentina), Nº 187, p. 29; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *La intervención administrativa*, 2º ed., p. 162, Buenos Aires, 1994.

7 Ampliar en: BIANCHI, ALBERTO B., *La regulación económica*, Tº I, p. 27 y ss., Buenos Aires, 2001.

Ahora bien, el sentido actual que asume la regulación económica –desarrollada con una intensidad mayor en el campo de los servicios públicos– no implica que el Estado abdique de las otras finalidades básicas establecidas en los diferentes marcos regulatorios. Estas finalidades se centran en los aspectos siguientes: (i) asegurar la estabilidad de los suministros; (ii) alcanzar grados óptimos de eficiencia y calidad en los servicios; y (iii) proteger las libertades de los usuarios (un ejemplo de ello es la regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales).

5. "QUID" DE LA REGULACIÓN: SOBRE LA NECESIDAD DE SEPARAR LA FUNCIÓN REGULADORA BÁSICA DEL CONTROL

La idea anglo-sajona de regulación traduce como función esencial la de atribuir a una autoridad independiente el poder de dictar las normas generales y actos individuales de aplicación cuyos efectos recaen en general sobre empresas, que prestan servicios que satisfacen necesidades primordiales de la población.

Salvo para la designación inicial del Presidente de cada ente regulador, éste actúa con independencia total del Poder Ejecutivo y como árbitro neutral de los intereses contrapuestos de prestadores y clientes.

Es fácil advertir que el sentido práctico de los anglo-sajones los ha llevado a concebir un sistema similar al que rige en los encuentros deportivos, cuyas reglas, en estos casos, no las fijan los árbitros, los que solo tienen el poder de aplicarlas e interpretarlas.

Pero, como se verá seguidamente, no siempre resulta fácil trasladar esta concepción a otros países, con sistemas constitucionales y tradiciones diferentes. En Argentina, se han creado numerosos entes reguladores de servicios públicos que, aun cuando se proclama que actúan

con independencia de los poderes de turno, se encuentran en la órbita del Ejecutivo y actúan según sus directivas. Esto es así porque conforme a nuestro sistema constitucional el Poder Ejecutivo conserva la jefatura de la Administración (artículos 99 y 100, Constitución Nacional)⁸ como máximo responsable político en la organización administrativa del país y el Congreso no podría, en tal sentido, cercenarle sus atribuciones constitucionales, ya sea recortando sus facultades reglamentarias y de control de tutela, o bien, creando entidades administrativas que dependen del Parlamento. En tal sentido, nuestro sistema constitucional difiere del que rige en los Estados Unidos, donde las agencias actúan en la órbita del Congreso y éste les delega un amplio poder regulatorio.

De todos modos, si las buenas ideas germinan siempre en otros sistemas y como nadie duda de la conveniencia de que el ente encargado de aplicar y controlar la regulación sea –al menos– independiente del Ejecutivo, se trata de ver en qué medida ello puede ser aplicable en nuestro modelo constitucional, a la vista de que la jefatura de la Administración le corresponde a dicho órgano (artículos 99, inc. 1° y 100, inc. 1°, Constitución Nacional).

Por de pronto, con abstracción del mecanismo de designación, es obvio que la elección de los directivos del ente de control debe recaer en personas independientes que posean una idoneidad especial para el cargo. En segundo lugar, estas personas precisan actuar con independencia funcional (que es un concepto diferente al político y jurídico), sin que el Ejecutivo o sus Ministros y demás funcionarios tengan la posibilidad de interferir en su accionar, ya sea ejerciendo el poder de vigilancia o bien, impartiendo órdenes o instrucciones.

En definitiva, en nuestra organización constitucional, se trata de entes autárquicos que se autoadministran en el marco de un sistema en que el Ejecutivo conserva solo un control de tutela por

causales inherentes a la legalidad (excluyendo la oportunidad) conforme a la extensión que le atribuya la ley.

Ahora bien, en cada sistema regulatorio resulta imprescindible dilucidar en cabeza de quién se encuentra la regulación así como analizar la posibilidad de separar la función regulatoria de la de control. Una serie de razones impiden, en nuestro sistema constitucional, que el Parlamento confiera a los entes de control un poder regulatorio autónomo o delegado, habida cuenta que:

- (a) la competencia para dictar normas generales le corresponde, en primer término, al Congreso y, en segundo lugar, al Ejecutivo, a través de reglamentos de ejecución o delegados, con los límites prescriptos en el artículo 76 de la Constitución Nacional;
- (b) si bien resulta discutible que el Congreso puede delegar en entes de control que actúan en el ámbito del Ejecutivo, soslayando las atribuciones constitucionales de este último, cualquier delegación igualmente estaría acotada por los límites antes señalados, es decir, que preceptivamente debe precisar las bases de la delegación junto a la determinación de un plazo para su ejercicio;
- (c) el Ejecutivo, como poder concedente de las licencias y concesiones ha establecido, en todos los casos, reglamentaciones aplicables a cada servicio y además, ha reglamentado los marcos regulatorios en los que se han basado las respectivas adjudicaciones en las diferentes operaciones de privatización llevadas a cabo. Si conforme a la Constitución Nacional el Ejecutivo es el órgano encargado de reglamentar las leyes que contienen los llamados marcos regulatorios, es evidente que una facultad

similar le está vedada otorgar al Congreso a los entes de control, no solo por la anarquía normativa que se produciría sino porque el poder reglamentario la Constitución Nacional lo ha atribuido, en exclusiva, al Poder Ejecutivo (artículo 99, inc. 2º, Constitución Nacional).

En consecuencia, se impone la separación de la función regulatoria de las que lleven a cabo los entes de control⁹, sin perjuicio de las facultades que el ordenamiento les atribuya para reglar aspectos de detalle que no impliquen la creación ex novo de obligaciones y derechos. Esta conclusión encuentra también fundamento en la circunstancia de que si los entes de control tienen atribuidas también funciones de naturaleza cuasi-jurisdiccional, ellos serían jueces de sus propios asuntos (pues juzgarían sobre las normas que han dictado) contraviniendo de ese modo un trascendente principio general del derecho, proveniente del derecho natural, que se aparta del objetivo constitucional de *"afianzar la justicia"*.

6. SUPERVIVENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA: SU MISIÓN

Al analizar el proceso de globalización económica se advierte que el objeto de la regulación económica se circunscribe, fundamentalmente, a las actividades vinculadas a la satisfacción de necesidades cuyo régimen de prestación aparece regulado por el derecho público. En unos casos, las necesidades son de primer orden, es decir, primordiales (servicios públicos), mientras que en otras son meramente generales (actividades de interés público).

Es evidente también que la concepción del servicio público ha vuelto a constituir uno de los ejes centrales del derecho público moderno, despojada de la ideología socialista que le imprimió la llamada escuela de Burdeos.

9 Vid. LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS, *Nuevo marco jurídico de las actividades liberalizadas*, punto VI, texto y notas 141 y 142, con cita de las opiniones de MAGIDE HERRERO, trabajo presentado por el autor al Libro Homenaje al Profesor BOQUERA OLIVER.

En esa línea, se ha abandonado la concepción global y amplia del servicio público para refugiarse en un concepto más restringido aunque de mayor precisión jurídica. Se trata de limitar el servicio público a las actividades que satisfacen necesidades primordiales o esenciales de los habitantes mediante prestaciones de naturaleza económica, previa declaración legislativa.

La explicación de este proceso, que reconduce al servicio público a su cauce original, responde a una serie de razones. Una, que las actividades que satisfacen necesidades de interés público que no revisten carácter primordial y que admiten la posibilidad de segmentar el mercado y practicar la competencia, pueden prestarse de un modo más eficiente en base a un régimen predominantemente privado, sin soportar las consecuencias del régimen exorbitante¹⁰ que tipifica el servicio público. A su vez, la institución del servicio público, acotada a las prestaciones de naturaleza económica, mediante prestaciones obligatorias y concretas o individualizadas (Linares dice "específicas y determinadas"), permite mantener la lógica interna de los principios que informan su régimen jurídico unitario, el que no guarda semejanza con los llamados servicios sociales o asistenciales ya que, en estos últimos, carecen de sentido muchas de las figuras y caracteres que configuran la noción (ej.: tarifas, equilibrio de las prestaciones, etc.).

De otra parte, también es preciso que los órganos legislativos de la comunidad sean los competentes para declarar la incorporación de una actividad al régimen del servicio público con el

objeto de que esta declaración normativa se nutra de una necesaria y suficiente legitimidad política.

Asimismo, al adoptarse la pertinente decisión legislativa hay que tener en cuenta que con ella se sustrae una determinada actividad del ámbito de las libertades económicas para someterla a una regulación pública más intensa, lo que conlleva el riesgo de erosionar el principio de subsidiariedad que indica, en este caso, que cuando la titularidad puede ser privada y realizarse la respectiva actividad por los particulares, o grupos intermedios con una menor intervención estatal, ha de escogerse esta opción.

En resumidas cuentas, la supervivencia del servicio público, como institución jurídica, se hace patente en la Argentina a causa del proceso de privatizaciones impulsado desde la sanción de la Ley de Reforma del Estado en el año 1989, y ha sido confirmada tanto a la luz de las declaraciones legislativas posteriores incorporadas a los marcos regulatorios de cada sector como a la Constitución reformada, cuyo artículo 42 prescribe, entre otras cosas, el deber legal, a cargo de las autoridades, de proveer a la calidad y eficiencia de los servicios públicos¹¹. Su principal misión consiste en que a través de la satisfacción de las necesidades primordiales se contribuye a mejorar la dignidad y la calidad de vida de los habitantes. El Estado actúa, en este aspecto, como garante y responsable del buen funcionamiento de los servicios públicos¹², asegurando su continuidad y regularidad¹³.

En la actualidad, se ha abierto paso la idea —que compartimos— que explica la misión que

10 BARRA, RODOLFO CARLOS, *Principios de derecho administrativo*, ps. 152 y ss., Buenos Aires, 1980.

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

12 Ver: PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Estado social y Administración Pública*, p. 121, quien destaca la visión de HAURIUO, Madrid, 1983.

13 Se ha dicho que el mal funcionamiento de los servicios públicos deslegitima al Estado (cfr. MARTÍNEZ MARÍN, ANTONIO, *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, ps. 17 y ss., ed. Tecnos, Madrid, 1990).

cumple el servicio público como punto de equilibrio de la cohesión social¹⁴ y que lo fundamental de las políticas modernas consiste en conciliar la lógica del mercado con la lógica del servicio.

Precisamente, uno de los problemas que plantea esta dicotomía se refleja en las reglas aplicables en materia de responsabilidad de los concesionarios y/o licenciatarios, que varía sustancialmente según prevalezcan los criterios del derecho público o los tradicionales del derecho civil, tema del cual constituye un buen ejemplo el caso que pasamos a relatar.

7. UN CASO PARADIGMÁTICO QUE ENFRENTA EL CRITERIO ADMINISTRATIVO CON EL CIVILISTA EN MATERIA DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE ELECTRICIDAD

Un caso realmente paradigmático es la demanda promovida contra EDESUR por la firma Angel Estrada, dueña de un establecimiento industrial en la zona de concesión de la empresa distribuidora del servicio de electricidad.

Dicha empresa, en cierto momento, comenzó a experimentar un deterioro de la calidad del suministro eléctrico (interrupciones, baja tensión), que EDESUR no podía remediar (porque para ello era necesario construir una línea de Alta Tensión, y la comunidad de Ezeiza se oponía por razones “ambientales”).

La empresa afectada reclamó ante el ente regulador la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de las interrupciones (alquiler de grupo electrógeno y sueldos abonados durante las interrupciones) por un monto que excedía al de las penalidades debidas según el marco regulatorio (cabe apuntar que, al momento de promover el reclamo, Angel Estrada no había

recibido ninguna bonificación en concepto de penalidades, por la demora habitual del trámite de determinación de multas –varios años).

El ente regulador rechazó el reclamo, al que caracterizó como “jurisdiccional”. Para eso, sostuvo que las penalidades tienen “carácter resarcitorio” y por ello “agotan la responsabilidad de la Distribuidora” (al modo de las “cláusulas penales”).

Contra esa decisión, la reclamante, convertida en actora en sede judicial, presentó el recurso directo previsto en la Ley 24.065 contra las decisiones jurisdiccionales, por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I).

Interesa desbrozar, para una mayor clarificación del caso, el voto de los tres miembros del Tribunal, a saber:

- a) el voto del Dr. Coviello negó competencia al ENRE para disponer indemnizaciones por daños y perjuicios, y por este motivo rechazó el reclamo de Angel Estrada (sin decidir sobre la extensión de la responsabilidad de la Distribuidora);
- b) a su vez, el voto del Dr. Licht admitió el recurso y revocó la decisión del ENRE. Interpretó que el Marco Regulatorio Eléctrico (en particular, ciertos decretos del PEN) limitaban la responsabilidad de la Distribuidora a las penalidades, pero entendió que esa limitación era inconstitucional (porque, al importar un privilegio, debió haber sido consagrada en una ley);
- c) por último, el voto del Dr. Buján (el más completo): cita el art. 42 de la Constitución y la Ley 24.240, y a la luz de los principios generales de “protección a usuarios y consumidores” interpreta el Marco Regulatorio Eléctrico, rechazando que allí se haya previsto una limitación de

14 Ampliar en: REBOLLO, LUIS MARTÍN, *Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras*, en RAP, Nº 287, p. 15 y ss., sección Doctrina.

la responsabilidad de la Distribuidora. Reconoce que las sanciones pueden tener carácter "resarcitorio", pero –dice– de ello no se sigue que sean "cláusulas penales" que agoten la responsabilidad de la Distribuidora.

En suma, el esquema básico de los argumentos sostenidos por el Tribunal pueden sintetizarse de este modo:

- a) El "marco regulatorio eléctrico" impone una cierta obligación a la distribuidora, que el usuario tiene derecho a exigir a cambio del pago de una determinada tarifa. Esa obligación consiste en la prestación del servicio de distribución y comercialización de energía eléctrica bajo determinados parámetros de calidad, entre los que se incluyen los relativos a la frecuencia y duración de las interrupciones ("calidad del servicio técnico").
- b) La regulación conjunta de las "tarifas" y la "calidad del servicio" no es casual. Ambas cuestiones son "dos caras de la misma moneda", y constituyen los dos aspectos fundamentales de la regulación del servicio público. Es que a una determinada tarifa corresponde un determinado nivel de calidad de servicio, y la fijación del "punto de equilibrio" entre ambas variables, en la relación jurídica entre distribuidora y usuario, no corresponde a las partes, sino al Estado, en ejercicio de su potestad reguladora del "servicio público".
- c) Aunque el principio es que la distribución y comercialización de energía eléctrica a los usuarios debe ser "continua" e "ininterrumpida", en los hechos esta continuidad puede interrumpirse por diversas circunstancias (y ningún país del mundo prevé un sistema absolutamente ininterrumpible). El marco regulatorio califica estas interrupciones. Primero, entre dos grandes grupos: algunas que directamente no serán "computables" para

el cálculo de las penalidades (vg. microcortes), y otras que sí se computarán para el cálculo de las multas. Del conjunto de estas últimas (las "interrupciones computables") algunas son objeto de penalizaciones (porque exceden el "valor máximo permitido") y otras no.

- d) La superación de ese "valor máximo permitido" (esto es, el incumplimiento de los parámetros de "calidad del servicio técnico") genera para la distribuidora la obligación de abonar una "penalización a los usuarios". El monto de esa "penalización" ha sido definido por el Estado Nacional en función del "costo de la energía no suministrada" (definido a partir de encuestas y estudios que procuraron identificar cuánto estaban dispuestos a pagar los usuarios para evitar la ocurrencia de la falla).
- e) Esta "penalización en función del costo de la energía no suministrada" –que conceptualmente debería coincidir con la magnitud de los daños que produce la interrupción– es un factor decisivo en la determinación de las características de las instalaciones afectadas a la prestación del servicio, y por esta vía repercute en las tarifas.
- f) Que el Estado haya dispuesto que las "penalizaciones" tengan por destino a los usuarios, y que esas penalizaciones estén determinadas en función del "costo de falla" –y sean sustancialmente superiores al costo que hubiera pagado el usuario por la cantidad de energía que no le fue entregada– son indicios relevantes para sostener que se ha querido "pre-tarifar" la indemnización a través de las "penalizaciones", y que estas últimas agotan la responsabilidad de la distribuidora.
- g) Es que, en principio y conceptualmente, el Estado –al momento de definir la organización del servicio público– pudo optar por dos regímenes distintos:
 - (i) disponer que la distribuidora se haría

- cargo de la reparación integral de los daños y perjuicios que fueran consecuencia de las interrupciones, atendiendo individualmente los reclamos;
- (ii) calcular el “costo de la energía no suministrada” para la comunidad, e imponer a la distribuidora la obligación de su pago ante la ocurrencia de una interrupción.
- h) Resulta más coherente con el diseño y la organización de la industria según el “marco regulatorio eléctrico” considerar a las “penalizaciones” como limitativas de la responsabilidad de la empresa, sin perjuicio de la falta de claridad de las normas concretas que se refieren a la cuestión. En definitiva, esta interpretación atiende a otorgar virtualidad a la “intención del legislador”, ante la imposibilidad de interpretar literalmente textos cuya oscuridad y vaguedad no permiten una aplicación directa.
- i) Todas estas consideraciones son relevantes porque la función de las “penalizaciones” calculadas en base al “valor de la energía no suministrada” es servir de incentivo para la realización de inversiones que eviten interrupciones. En concreto, si la distribuidora puede prever que una interrupción generará como consecuencia una penalización por un valor igual a “x”, tiene el estímulo suficiente para realizar inversiones que eviten esa interrupción, al menos hasta un costo cercano a “x”. Como la penalización “x” equivale, aunque sea aproximadamente, al valor de la “energía no suministrada”, en realidad la distribuidora recibe un incentivo para realizar *inversiones que eviten fallas* por hasta el valor que la comunidad está dispuesta a pagar para evitar esas mismas fallas. Si, en cambio, la penalización “x” no fuera la única consecuencia de la interrupción, la distribuidora estaría incentivada para realizar inversiones hasta un valor equivalente a “x + el valor de ciertas

indemnizaciones por daños y perjuicios”, y la comunidad estaría enviando una señal económicamente cuestionable.

- j) Estas “sobre-inversiones” determinarían la existencia de más expansiones que las necesarias, que obligarían a mayores costos de mantenimiento, repercutiendo en definitiva en la *tarifa* y contraviniendo el fundamental mandato del artículo 40 inciso d) de la Ley Nº 24.065, en donde se establece que las tarifas “asegurarán el mínimo costo razonable para los usuarios compatible con la seguridad del abastecimiento”.

Nuestra opinión es que la limitación de responsabilidad es la solución más compatible con los principios y la organización de la actividad de distribución según se prevé en el marco regulatorio eléctrico.

8. EL SERVICIO PÚBLICO COMO CATEGORÍA CONSTITUCIONAL

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 introdujo, en el artículo 42, la categoría del servicio público prescribiendo una serie de principios que la nutren de una tipicidad remarcable, sin llegar empero a definir el concepto jurídico de servicio público, cuyo perfil seguirá siendo obra de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia. De ella se desprende la configuración de un cuadro normativo básico de principios que requieren ser completados con los marcos regulatorios que, por imperio de la referida cláusula de la Constitución Nacional, debe dictar el Congreso de la Nación. Dicho cuadro normativo básico está constituido por los siguientes principios o directivas constitucionales:

- (a) reconocimiento de los derechos de los usuarios, “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*" (artículo 42, 1ª parte, Constitución Nacional);
- (b) la "*defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados*" y el "*control de los monopolios naturales y legales*" (artículo 42, 2ª parte, Constitución Nacional);
- (c) la "*calidad y eficiencia de los servicios*" (artículo 42, 2ª parte, Constitución Nacional). Este principio ha permitido desarrollar en algunos marcos regulatorios el criterio de rentabilidad razonable, medida en función de parámetros internacionales, y la rentabilidad es comparable a las obtenidas en actividades similares (vgr.: artículo 41, ley 24.065, y artículo 39, ley 24.076);
- (d) la participación de los "*consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control*" (artículo 42, 3ª parte, Constitución Nacional)¹⁵.

Finalmente, hay que advertir que en la citada cláusula constitucional subyace el modelo de gestión privada de los servicios públicos y que por aplicación del principio de subsidiariedad la intervención estatal en el plano de la gestión se limita a los supuestos de falta o insuficiencia de las actividades privadas. En esa línea, el artículo 42, 2ª parte, de la Constitución Nacional, consagra, a cargo de las autoridades, el deber de proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales, normas que, obviamente, tienen como destinatarios a las empresas privadas prestadoras de las respectivas actividades que pueden configurar o no, servicios públicos.

La misma inteligencia cabe atribuir al precepto constitucional (artículo 42, 3ª parte, Constitución Nacional) que pone en cabeza de la ley el dictado de los marcos regulatorios de los servicios públicos, puesto que toda regulación, por

principio, se proyecta al plano externo de la persona jurídica Estado, recayendo sus efectos sobre la gestión de las concesionarias o licenciatarias (en principio, personas jurídicas privadas) y los usuarios o clientes.

9. PROSPECTIVA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ARGENTINA

La transformación que tuvo por eje, al propio tiempo, una dupla de ideas privatizadoras y desreguladoras, ha sufrido el embate de la crítica del modelo económico basado en el sistema de convertibilidad de la moneda. Sin embargo, resulta necesario separar la paja del trigo ya que una cosa no deviene ni deriva forzosamente de la otra, aparte que las principales consecuencias de las dificultades actuales que padece la economía provienen de no haber salido a tiempo de un esquema tan cerrado de convertibilidad que si bien comprimió la inflación, terminó siendo un corsé artificial puesto a la economía. La causa del error radica en la decisión de adoptar un sistema transitorio, eficaz—en su momento— para resolver la crisis de confianza en el valor de la moneda, como un sistema de permanencia indefinida en el tiempo, lo cual, entre otras cosas, restó competitividad a la economía nacional.

Por ello, si se analiza la situación anterior a la gestión privada, con servicios públicos ineficientes y deteriorados, muchas veces en manos o bajo la influencia de los sindicatos, con una acentuada falta de inversiones, el balance resulta favorable a las privatizaciones, ya que aun con las críticas puntuales que puedan hacerse en algunos sectores, no se puede desconocer que las empresas privadas del sector servicios realizaron—en la década del noventa— inversiones de gran magnitud, que el Estado no podía llevar a cabo (por un monto aproximado a los treinta y cinco millones de dólares—US\$ 35.000.000),

15 Nos remitimos a lo expuesto en La participación pública en el control de los servicios públicos, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*, N° 250, p. 9, Año XXI, Buenos Aires, julio 1999; con una óptica diferente véase el lúcido análisis de GORDILLO, ACUSTÍN A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, p. VI-21, 3ª ed., Buenos Aires, 2000.

modernizando una porción significativa de la infraestructura y tecnología imprescindible para operar los servicios. Si a ello se le añade las inversiones hechas en el campo de la generación de energía y la producción de petróleo, la cifra total de inversiones privadas alcanza a cifras significativas.

La crisis económica y las distintas medidas adoptadas por el Estado a partir de la Ley de Emergencia n° 25.561, cuyo principal efecto, en el ámbito de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos, ha sido el congelamiento de tarifas y la consecuente prohibición de efectuar ajustes o indexaciones de naturaleza tarifaria, puede conducir –si no se revierte– a una situación de deterioro de los servicios como consecuencia de la imposibilidad de financiar las inversiones que se requieren no ya para la modernización y/o ampliación de las actuales prestaciones sino para su mantenimiento y/o renovación.

Esta situación, agudizada por el desequilibrio de los precios relativos de la economía y las dificultades para hacer frente a las deudas contraídas por el sector privado de los servicios públicos (precisamente para modernizarlos y atenuar el impacto de la mayor inversión en las tarifas de los primeros años) pueden desembocar en la quiebra (o extinción de las concesiones y licencias) y en la posterior estatización de los servicios, lo cual nos descolocaría frente a cualquier posibilidad de crecimiento basado en la competitividad de nuestra economía.

Teniendo en cuenta que la mayoría de las infraestructuras actuales están aún en buenas condiciones, el Estado tendría que desarrollar una política tendiente a recomponer la ecuación económico-financiera de las concesiones y/o licencias, alterada por la Ley de Emergencia, a través, primero, de un sendero de aumentos, soportables por la población, que contemplen incluso el establecimiento de tarifas sociales, para encarar seguidamente el proceso de recomposición definitiva de los contratos, utilizando todas las técnicas y medios jurídicos

tendientes a alcanzar un equilibrio razonable entre los intereses de prestadores y usuarios.

En este sentido aparecen, aparte de las cuestiones de fondo, varios temas que hacen a la competencia de los órganos encargados de la recomposición contractual así como al procedimiento administrativo y al proceso judicial, tal como la obligatoriedad de las audiencias públicas, la representación de los usuarios y el alcance de la legitimación del Defensor del Pueblo, entre otros.

La obligatoriedad de la audiencia pública en aquellos supuestos no exigidos por un precepto expreso ha pretendido fundarse en el art. 42 de la CN.

Lo cierto es que el referido precepto constitucional sólo habla de la necesidad de garantizar la *participación* de los usuarios y consumidores, por lo que suponer que ello implica necesariamente acudir al mecanismo de la audiencia pública resulta excesivo. A nuestro juicio, en la medida en que no exista una norma imperativa y vinculante, no puede afirmarse que la celebración de una audiencia pública configure un requisito de validez de la decisión a adoptarse en materia tarifaria o regulaciones económicas de los servicios públicos, en general. El texto constitucional en modo alguno permite extraer dicha conclusión, ya que la participación que consagra puede alcanzarse por otros medios. En la medida en que se asegure una convocatoria amplia que garantice la concurrencia de todos los interesados en hacer oír su opinión, sin discriminaciones injustificadas, a falta de una prescripción legal o reglamentaria que indique lo contrario, la Administración estará en condiciones de escoger discrecionalmente el instrumento idóneo para establecer los canales de participación en cada caso que tal intervención ciudadana sea necesaria.

Así lo ha interpretado la jurisprudencia en los casos en que le ha tocado pronunciarse sobre el asunto. En el precedente “Youssefian”, la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal ha sostenido que “la audiencia pública (...) constituye uno de los cauces

posibles para el ejercicio de los derechos contemplados en el art. 42 de la Constitución Nacional. Ello pues, la realización de dicha audiencia no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino que resulta una vía con la que puede contar aquél para ejercer su derecho de participación, en los términos previstos en la citada norma constitucional, antes de una decisión trascendente¹⁶”.

Una misma línea jurisprudencial se observa en la Sala II de la citada Cámara, en los autos “Celadi y otro c. Secretaría de Transporte y otros/s/ amparo ley 16.986”, donde se sostuvo que “el artículo 42 de la Constitución Nacional ha dejado librado al legislador la determinación, en cada caso, de los instrumentos o medios de control que se consideren más adecuados; lo cual no significa, ni surge tampoco de manera directa del texto del artículo 42, que sea la audiencia pública el único y exclusivo medio idóneo a fin de que el derecho consagrado constitucionalmente pueda ser ejercido de manera eficaz¹⁷”.

En otro fallo de la Sala I de la propia Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, el Dr. Pedro Coviello fue todavía más explícito al afirmar que “el artículo 42 de la Constitución Nacional no parecería haber instituido a la audiencia pública como el procedimiento insoslayable en la materia sino, antes bien, de la lectura de su texto surgiría que lo importante y trascendente a estos fines es “la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control”. Es decir, parecería que el objetivo es no predeterminar un solo procedimiento por excelencia en el texto constitucional (puesto que precisamente se trata de una Constitución que debe adaptarse a las cambiantes situaciones de la realidad

llamada a regir, máxime si se advierte que la modalidad del procedimiento de audiencia pública podría con el tiempo ser superado por otro más idóneo)”. Continúa el magistrado señalando que “se sigue de lo dicho que ante la inexistencia de un régimen legal formal que regule en forma específica esta materia, no se desprendería la posibilidad de que la actora esté en condiciones de invocar un derecho que surja de una preceptiva de rango legal formal. Más bien, lo que surge del texto constitucional sería la necesidad de una modalidad de ‘participación’ que podría reclamarse a las autoridades, que en el caso y con sustento constitucional la demandada optó por una de las formas hasta ahora conocidas: el ‘documento de consulta’¹⁸”. ¿Puede acaso sostenerse que responde a una idea democrática que quinientas personas se atribuyan la representación de un millón de usuarios que no les han conferido tal representación?

A su vez, el reconocimiento de legitimación procesal a las asociaciones de consumidores y usuarios, que las habilita a cuestionar las decisiones regulatorias que se adoptan ya sea por el poder concedente (administración central) o por los entes reguladores plantea un sinnúmero de problemas de significativa trascendencia que van desde su falta de representación hasta los efectos de las medidas que peticionan, que suelen recaer sobre usuarios que no han sido parte en la causa judicial.

La situación se complica aún más en un sistema como el nuestro, que ha evolucionado hacia la extensión máxima del control difuso tanto de constitucionalidad como de legalidad (en contra de lo que ocurre en el derecho norteamericano) respecto de los actos administrativos de los entes reguladores y/o autoridades de aplicación.

Como, por otra parte, no se ha reglamentado la actuación de las Asociaciones de

16 “Yousefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones”, LL 1998-D, p. 710 y ss.; en el mismo sentido: “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Secretaría de Transporte y otros”, LL 1999-E, p. 211 y ss.

17 “Celadi y otro c. Secretaría de Transporte y otros”, de fecha 10/08/2000, LL 2001-B, p. 186 y ss.

18 “Asociación Civil Cruzada Cívica. Para la DECUSP. v. Estado Nacional”, res. del 16/5/2002, JA del 7/8/2002.

Usuarios y Consumidores y muchas de ellas representan sólo un sello de goma con unos pocos adherentes, es obvio que el sistema se presta a toda clase de deformaciones en la práctica, aumentando innecesariamente la litigiosidad, favorecida por el incentivo que ofrecen los honorarios que se regulan en este tipo de causas y la insolencia de las entidades, que les permite correr riesgos ilimitados y aun conseguir medidas cautelares sin garantizar los perjuicios que provoca su traba, en el caso de perder el pleito de fondo o de revocarse la sentencia.

¿Podría sostenerse que es legítimo que treinta o cincuenta personas se atribuyan la representación de miles o de millones de usuarios? Sin embargo, por los defectos que actualmente exhibe el sistema, como consecuencia de no haberse reglamentado estas asociaciones ni las llamadas acciones de clase, ello resulta posible y les permite conseguir medidas precautorias y sentencias definitivas con efectos "erga omnes".

El error de casi todos los planteos doctrinarios y jurisprudenciales que impulsan un amplio reconocimiento de la legitimación de las Asociaciones de Usuarios y Consumidores consiste no sólo en pasar por alto las reglas de nuestro sistema representativo de gobierno y los propios principios de la representación institucional, sino en asimilar los procesos individuales del clásico derecho procesal a los procesos colectivos que surgen como consecuencia de la globalización que también se opera en el plano de las instituciones jurídicas.

El tema de la legitimación del Defensor del Pueblo resulta complejo y, si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema ha acotado su actuación a lo que entendemos sus justos límites constitucionales, los tribunales inferiores han continuado reconociéndole una legitimación amplia.

En cambio, la doctrina de la Corte ha sido restrictiva y ha sentado una serie de principios tales como:

- a) que "si bien el art. 86 de la CN prescribe que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquel el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial¹⁹";
- b) el Defensor del Pueblo no puede invocar la representación de derechos de incidencia colectiva y la defensa de los usuarios cuando "las personas y empresas que se han considerado afectadas en sus derechos subjetivos por la norma cuya validez se cuestiona, han tenido la oportunidad de acudir al Poder Judicial en procura de su adecuada tutela²⁰";
- c) que no puede fundar su accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes invocando la doctrina de la Suprema Corte de los Estados Unidos (418 U.S. 208)²¹;
- d) que al demandar al Poder Ejecutivo, alegando la defensa de intereses generales, debe expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se encuentran los demás ciudadanos²²;
- e) que el Defensor del Pueblo carece de atribuciones para alegar sin bases objetivas, la configuración de un peligro inminente, no pudiendo prevalerse de sus facultades para alterar las exigencias constitucionales que habilitan la intervención de los tribunales de la Nación²³.

19 In re "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional", Fallos 323:4102.

20 Fallos 323:4103.

21 "Consumidores Libres", JA 1998-IV-38, considerando 10, según el voto de la mayoría del Tribunal.

22 Idem, JA 1998-IV-38, considerando 10.

23 Idem, JA 1998-IV-38, considerando 9.

Un sector de la doctrina ha contradicho la afirmación de la Corte en el sentido de que cabe exigir que el Defensor del Pueblo deba ser titular de una relación jurídica sustancial sosteniendo que ello "contradice la propia esencia de la legitimación"²⁴. Nos parece, sin embargo, que en los procesos colectivos, la titularidad de la relación jurídica sustancial constituye una situación subjetiva compleja, pues corresponde probar que los demandantes representan el interés de una clase o sector de personas afectadas y nunca puede darse por cumplida sobre la configuración de una situación objetiva, invocando una genérica pretensión de que se cumplan la Constitución y las leyes. Esto no ocurre —que sepamos— en ningún lugar del mundo, con independencia de la mayor o menor amplitud con que se determine el derecho, el interés o aun, la mera ventaja o utilidad o perjuicio concreto en cada caso sometido a juzgamiento. Es decir, que la amplitud de la legitimación nada tiene que ver con este requisito que exige la Corte (titularidad de la relación sustancial) ya que de lo contrario estaríamos en el campo de las acciones populares, no prescriptas por la legislación procesal y cuya constitucionalidad es harto discutible.

Lo que hay que evitar es que, por prejuicios ideológicos (como es por ejemplo el criterio de cuestionar las ganancias, sobre la base que toda utilidad es irrazonable) se pretenda frenar el proceso de inversiones provocando el colapso de los servicios. Una política de Estado que transforme la colaboración empresaria en un conjunto, más o menos matizado, de expropiaciones encubiertas no puede desembocar sino en una vuelta a la estatización y la ineficiencia, con grave deterioro en la calidad y seguridad de las prestaciones.

Es una tarea difícil que exigirá, por cierto, de una gran dosis de responsabilidad y transparencia, respetando los derechos emergentes de los contratos y sin mirar para atrás, con propuestas demagógicas, pues no vaya a resultar

que, por hacerlo, nos convirtamos todos, como en el episodio bíblico, en estatuas de sal.

10. CONCLUSIONES

La historia del servicio público tanto en los países del continente europeo, especialmente Francia como en Hispano-América (el caso argentino ha sido, por lejos, el más típico) demuestra que si bien la institución ha subsistido, sobreviniendo a las distintas crisis que la acecharon, la técnica que, en definitiva, configura su régimen jurídico, ha ido adaptándose a los sistemas y realidades prevaletentes en cada época.

Es que el servicio público, como todas las instituciones del derecho administrativo, no pasa de ser una de las tantas categorías históricas a que el Estado acude para satisfacer las necesidades primordiales de la población.

Precisamente, el error en que cayó la escuela de Burdeos, advertido en su momento por HAURIUO, fue el de suponer que el servicio público podía ser capaz de absorber toda la actividad del Estado y aun de los particulares, diluyendo las energías y capacidades que surgen de la propia sociedad, mediante una teoría autoritaria que transformó al Estado en una gran cooperativa de servicios públicos.

Con algunas excepciones la teoría desembocó en el abandono de la gestión privada de los servicios públicos de carácter económico y en el consecuente estatismo que siguió uno de los períodos de mayor decadencia de la institución (aquí nos referimos al caso argentino) en lo que concierne a la calidad y eficacia de las prestaciones. A raíz de ello, el prestatario —que pese a las formas encubiertas utilizadas era, de últimas, el propio Estado— se convirtió en el regulador de hecho o de derecho del servicio, relegándose de este modo el interés de los usuarios.

En ese proceso de estatización de la gestión de los servicios públicos desapareció la

24 PÉREZ CORTÉS, MARÍA J. DE, *La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones*, en LL, diario del 19/03/2003, p. 4.

característica más trascendente del modelo anterior que colocaba a la Administración Pública como ente interpuesto entre los concesionarios y los usuarios del servicio.

Actualmente, al haberse asignado a la gestión privada la casi totalidad de los servicios que antes prestaba el Estado a través de empresas públicas, se plantea un nuevo problema de adaptación ya que el régimen jurídico que condujo al estatismo resulta incapaz de modelar una realidad mucho más rica y fragmentaria, que pone el acento en la calidad y eficiencia de las prestaciones, en el libre acceso a las redes (cuando es posible) y en la competencia comparativa. Si se repara en el hecho de que el objetivo de obtener la eficiencia de las prestaciones resulta compatible con la apertura de cada sector privatizado a una mayor competencia, con la salvedad del servicio universal, la clave de la adaptación consiste en articular una serie de técnicas de equilibrio que establezcan reglas comparativamente razonables que rijan la actividad de las empresas que cuentan con privilegios de exclusividad zonal, introduciendo la competencia en cuanto sea posible un beneficio de los usuarios. En definitiva, se trata de armonizar –como antes señalamos– la lógica del mercado con la lógica del servicio, manteniendo la cohesión social.

Así, desde la competencia imperfecta regulada en función de parámetros o modelos que rigen la gestión de empresas similares en la economía local, regional o internacional, hasta la segmentación de los mercados (donde la competencia surge en un ámbito creado por el propio Estado), así como el libre acceso a las redes de transporte y la apertura a las redes de distribución de grandes servicios públicos, como son el gas y la electricidad, muchas son las técnicas utilizadas que combinan la desregulación con el poder regulatorio que pasa, fundamentalmente a cumplir la función básica de promover la competencia.

El principio de la defensa de la competencia, que va de la mano con el de subsidiariedad, ha adquirido en Argentina *status* constitucional –al declararse interdicta cualquier forma de distorsionar los mercados– (artículo 42, Constitución Nacional) e implica, como regla general, que prevalece la gestión privada de los servicios, justificándose la gestión estatal sólo en supuestos de ausencia de toda posibilidad de que los particulares operen empresas de servicios públicos.

A su vez, el par de principios de competencia y subsidiariedad viene a introducir un límite general al ejercicio del poder regulatorio en el sentido que no puede utilizarse para cercenar las libertades del mercado sino de un modo ciertamente relativo, esto es en el marco de las técnicas de equilibrio que tienden a garantizar la eficiencia (que incluye una razonable rentabilidad) de las prestaciones y la competencia, cuando se dan las condiciones para la afluencia de varios prestadores.

Con la apariencia de una paradoja puede advertirse que regulación y competencia se articulan de tal modo que el sentido que justifica la primera se encuentra en la segunda y viceversa, habida cuenta que para defender la libre competencia en los distintos mercados –sean o no monopolísticos– se acude a la técnica regulatoria, cuya intensidad disminuye cuanto más perfecta sea la competencia. En este aspecto, la regulación aparece siempre como una consecuencia del principio de subsidiariedad o de gestión privada con lo que resulta fácil entender cómo el Estado de nuestros días pasa de la desregulación a la regulación. Lo que desaparece es la regulación estatista que cercena y limita las actividades competitivas de los agentes del mercado y no la regulación para la competencia²⁵.

25 ARIÑO ORTIZ, GASPAR, *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, p. 553 y ss.