

LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS CONCESIONADOS

por Ignacio M. de la Riva

SUMARIO: I. PLANTEO DEL PROBLEMA. II. TÉCNICAS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD CONCESIONADA. III. CONTENIDO Y LÍMITES DEL CONTROL *STRICTO SENSU* DE LA ACTIVIDAD CONCESIONADA. IV. LA LIBERTAD DE EMPRESA DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS.

I. PLANTEO DEL PROBLEMA

La noción de servicio público ha sido desde sus orígenes, y continúa siendo hoy en día, motivo de debate entre los estudiosos del Derecho administrativo. Sus perfiles difusos, sujetos a permanente controversia; la falta de consenso acerca de su contenido esencial, que ha llevado a algunos, incluso, a pregonar la conveniencia del abandono del concepto mismo de servicio público; el tratamiento por homogéneo que recibe por parte del ordenamiento positivo; constituyen todos obstáculos difíciles de superar para quien intenta acercarse a dicho campo de la actuación pública con algún afán sistematizador.

No es éste el momento adecuado para acometer la formidable tarea de clarificación y síntesis que, en una amplia medida, la figura aún reclama. Dentro del acotado marco de análisis escogido para este trabajo basta con destacar un elemento que, siguiendo la orientación marcada por la doctrina de vertiente continental europea, ha sido identificado en nuestro medio, de manera mayoritaria, como el núcleo esencial y determinante de la configuración de la idea de servicio público. Me refiero a la *publicatio*, o asunción por parte de los Poderes públicos de la titularidad de la actividad en cuestión a través de su declaración como servicio público¹.

Esta afirmación de que el Estado se convierte en el *titular* del servicio no comporta sino una ficción jurídica más, de las tantas que estamos acostumbrados a ver en el

¹ Cfr. MARTÍN REBOLLO, Luis; "Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 2002, núm. 287, pp. 16-20.

Derecho. Ella sirve al propósito de retratar la total y definitiva asunción por parte de los Poderes públicos de la responsabilidad última por la adecuada satisfacción de la necesidad pública primordial en juego, aun cuando la gestión concreta del servicio –en caso de optarse por la modalidad de gestión indirecta) recaiga sobre un sujeto privado, el concesionario. Con ello se afirman, obviamente, los correlativos poderes de intervención².

Naturalmente, a partir de la declaración de una determinada actividad como servicio público se produce la inmediata eliminación de la misma del ámbito de libre actuación de los particulares. El sector involucrado queda, desde ese instante, reservado al exclusivo dominio del sector público y sujeto a su estricto control³. Esta consecuencia directa de la *publicatio*, con el consiguiente cercenamiento de los derechos individuales involucrados, exige que tal declaración emane, necesariamente, de una ley formal⁴.

Como se sabe, a partir de la asunción pública del servicio el Estado puede, no obstante, optar por prestarlo de forma directa o indirecta, es decir, con la colaboración del sector privado. La técnica por excelencia a estos últimos efectos es la de la concesión, la cual permite a la autoridad concedente conservar la titularidad del servicio al tiempo que delega su gestión en manos del concesionario⁵. La confluencia de los dos ámbitos, el

² Como bien lo señala MAIRAL, entre las muchas consecuencias que se pueden extraer de esta idea de *titularidad pública del servicio*, la primera que surge es el reconocimiento de la posibilidad de que, frente a determinadas circunstancias, el Estado pueda retomar el servicio, revocando la concesión otorgada, lo cual denota que la autoridad concedente en ningún momento se desprendió irrevocablemente –ni de forma definitiva- de su compromiso con la prestación del servicio. La segunda derivación de aquel postulado es, precisamente, la de atribuir al Estado el control interno sobre el servicio, tema del cual nos ocuparemos en este trabajo (*vid.* MAIRAL, Héctor; “El servicio público”, en AA.VV., *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, pp 144-145).

³ Cabe advertir sobre la existencia de otras concepciones que difieren del enfoque expuesto, clásico entre nosotros. Así, en el Derecho norteamericano, donde impera el axioma de que toda actividad económica es, en principio, privada, se distingue simplemente entre aquellos ámbitos librados a la libre competencia –y sujetos, por tanto, únicamente a la *Ley Antimonopólica*-, y aquellos otros donde, en razón de la índole de la actividad y del interés público fuertemente comprometido, se requiere de una intensa regulación estatal –las llamadas *industrias reguladas*– (cfr. MAIRAL, H.; “El servicio público”, cit., p. 145).

⁴ Si bien es cierto que nada hay en el texto constitucional –en particular en su artículo 42, que aborda el tema de los servicios públicos- que dé indicios del acogimiento de la noción de *publicatio* o reserva de la actividad por el Estado, a la manera del artículo 128, inciso 2, de la Constitución española, tampoco puede decirse que tal concepción esté en contradicción con nuestro sistema constitucional. El constituyente no ha sido explícito sobre este punto, aun cuando el artículo 28 de la Constitución Nacional es suficientemente claro en cuanto a atribuir al legislador, de manera privativa, el poder de limitar (*reglamentar*) los derechos.

⁵ Cfr. ARIÑO ORTÍZ, Gaspar; *Economía y Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 340.

público y el privado, que se observa en la vida de los servicios públicos cuando éstos se prestan por la vía indirecta, genera un vínculo concesional que requiere de una clara delimitación de las funciones y cometidos propios de cada uno de tales actores, a fin de disminuir todo cuanto sea posible los potenciales conflictos que pueden resultar tanto de la invasión por uno de ellos de la esfera privativa del otro, como –con menor frecuencia- de su omisión de cumplir con la parte que le toca.

En razón de la responsabilidad que le cabe como titular del servicio, y atento las necesidades esenciales que aquél apunta a satisfacer –las cuales, por cierto, constituyen el fundamento y justificación de la *publicatio*-, el Estado conserva intensos poderes de control sobre la actividad en cuestión pese a la delegación operada con motivo de la concesión ⁶. El alcance de dicho control resulta, sin duda, muy superior al que de ordinario ejerce la autoridad pública sobre cualquier actividad de tipo comercial o industrial que, en tanto puede por definición alterar el orden público o afectar derechos de terceros, queda siempre sometida a los límites que fija la reglamentación pertinente y a la acción fiscalizadora consiguiente a cargo de la autoridad administrativa.

En este último terreno –el de la actividad industrial o comercial en su conjunto-, las medidas -generales o singulares- de intervención están sujetas, básicamente, al imperativo de su razonabilidad, de modo que el sacrificio impuesto a quien despliega la actividad ha de ser proporcionado a los fines de interés público perseguidos por el actuar público. En el caso de los servicios públicos concesionados, en cambio, la situación es, en algún sentido, más compleja, ya que el principio brindado por el derecho constitucional de *ejercer toda industria lícita* queda enmarcado en unos límites mucho más estrictos, a los cuales el propio concesionario consintió libremente someterse, límites dados por el marco regulatorio del sector, sus normas reglamentarias y por el contrato de concesión suscripto.

⁶ Cfr. DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, Tomo III, p. 291; ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1976, Volumen II, pp. 78-82; y MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, tercera edición actualizada, Buenos Aires, 1983, Tomo III-B, pp. 620-622.

En el sentido indicado, señala Patricia Raquel MARTÍNEZ que “la administración dispone de un poder originario para controlar el servicio concedido y hacer que se preste en las condiciones reglamentarias. Su justificación está obviamente en que, no obstante la concesión, el servicio sigue siendo público” (vid. su trabajo titulado “Sistema de control de los servicios públicos ‘privatizados’ en la Argentina”, en la obra colectiva *Los servicios públicos (Régimen jurídico actual)*, coordinada por Marta GONZÁLEZ DE AGUIRRE, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 128).

II. EL CONTROL EN SENTIDO LATO DE LA ACTIVIDAD CONCESIONADA

En el capítulo introductorio ha quedado expuesto el fundamento del amplio poder de control que ostenta el Estado frente al concesionario de un servicio público, el cual descansa sobre la titularidad del servicio que aquél conserva. Tal reserva de la actividad en cabeza del Poder público se explica, a su vez, por el carácter primordial de las necesidades que el servicio busca satisfacer, a lo que se suma –ineludiblemente- la decisión expresa de la autoridad competente de erigir en servicio público la actividad involucrada, por estimar que resulta la modalidad de intervención más adecuada para garantizar la prestación del servicio en condiciones apropiadas⁷. Toca ahora examinar las vías a través de las cuales dicho poder de control se hace efectivo.

Una primer distinción que puede hacerse apunta a deslindar el control de la actividad concesionada, entendido en un sentido amplio, del control en sentido estricto que se ejerce sobre ella. Dentro de la primera acepción –control en sentido laxo- cabe incluir lo relativo a la regulación de las condiciones en que la actividad debe desarrollarse, como también el control *ex ante* derivado del requisito de la previa habilitación para el ejercicio de dicha actividad, la que sólo podrá ser desplegada por quien la reciba en concesión. En una perspectiva más acotada, se entenderá en cambio por control –en sentido estricto- la dirección, vigilancia o supervisión que ejerce sobre el concesionario la autoridad administrativa competente.

Centremos, por el momento, nuestra atención en la primer modalidad del control de los servicios públicos. Es indudable que la función regulatoria de la actividad comporta una forma de control, aunque de índole general y abstracta, de enorme significación. La fijación de los estándares de calidad del servicio a los que habrá de atenerse el concesionario, la imposición de ciertas exigencias que configuran su carácter obligatorio, la estipulación de los criterios que primarán en materia tarifaria, entre otras pautas previstas en el régimen marco, son todos medios para garantizar que el servicio sea prestado

⁷ Existen, en efecto, innumerables necesidades sociales igualmente básicas que, pese a ello, no están sometidas a un régimen de servicio público. Piénsese, por ejemplo, en el abastecimiento de alimentos o de vestidos, cuya provisión continua y regular a todos y cada uno de los miembros de la comunidad resulta tan urgente como la de cualquier servicio público declarado como tal. Sin embargo, en aquellos casos la experiencia demuestra que los mecanismos del mercado se bastan para garantizar la adecuada satisfacción de dichas necesidades, lo cual hace innecesario restringir, mediante la *publicatio* de la actividad, el ejercicio de los derechos involucrados.

conforme a ciertos cánones que aseguren la satisfacción mínima de la necesidad colectiva primordial vinculada al mismo.

Esa tarea es desempeñada concurrentemente por el legislador –que en principio dicta el marco regulatorio del sector⁸-, la Administración concedente –que diseña y aprueba, pliego de condiciones mediante, el marco contractual que regirá la relación- y el Ente regulador pertinente –al que de ordinario se asignan amplias facultades reglamentarias que le permiten completar y actualizar el estatuto jurídico que gobernará al servicio-. Esta superposición de competencias no se traduce, por cierto, en la ausencia de un orden de prelación jerárquica entre las disposiciones emanadas de unos y otros. Se configura, de ese modo, un auténtico sistema donde las normas en cuestión deberán subordinarse unas a otras según el orden expuesto, lo cual brindará un límite insuperable para el ejercicio de las potestades regulatorias en cabeza de la Administración –quien no podrá contrariar lo previsto en la ley marco- y del Ente –quien deberá respetar tanto la ley como las disposiciones contractuales-.

Sentadas estas premisas, ¿qué diferencia existe entre la técnica regulatoria del servicio público y la tradicional actividad de policía, entendida como poder reglamentario del ejercicio de los derechos en aras a preservar el orden público? ¿Son ambas manifestaciones de una misma modalidad interventora, sólo que en el primer caso bajo un nombre específico por el único motivo de que ella se desarrolla dentro del ámbito de los servicios públicos, o existe realmente alguna diferencia sustancial que permite hablar de dos formas de actuación pública esencialmente diversas? ¿Se trata, en definitiva, el servicio público tan sólo de una actividad *muy reglamentada*?

Pues bien, aunque la reglamentación de cualquier actividad industrial en aras a la protección del orden público pueda parecer análoga a la llamada *regulación económica*, la diferencia entre una y otra es sustancial. El grado de intervención en la economía de esta última es notablemente más profundo, y excede con mucho el temperamento en alguna medida *pasivo* de la actividad meramente reglamentaria que, como se dijera, no ambiciona otra cosa que la preservación del orden público. La reglamentación derivada del ejercicio de la policía establece las reglas de juego, fija el marco dentro del cual habrá de

⁸ Tras la reforma de 1994, en efecto, la Constitución Nacional prevé que “la legislación establecerá (...) los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional” (artículo 42).

desenvolverse la actividad, pero en modo alguno predetermina las decisiones posteriores de los empresarios del sector. Mientras respeten los límites impuestos por el legislador o por la autoridad administrativa, ellos son enteramente libres de actuar según mejor convenga a sus intereses.

La regulación económica –desplegada sobre los servicios públicos- va, en cambio, mucho más lejos, ya que su meta consiste en asegurar que la satisfacción de las necesidades primordiales a las que apunta el servicio concesionado se realice con ajuste a ciertos niveles de calidad y precio. De allí que el grado de injerencia en las condiciones de prestación del servicio sea sustancialmente distinto, según lo pone en evidencia el hecho de que la normativa se hace cargo de aspectos tales como la fijación de las tarifas, los niveles mínimos de calidad, las metas de inversión o el diseño básico de conformación del mercado, temas todos extraños a la simple reglamentación de policía⁹.

ARIÑO nos ofrece una sugerente explicación del porqué de esta incursión tan detallista y pormenorizada de la regulación hacia aspectos que la actividad reglamentaria clásica deja librados a la libre elección de los agentes económicos. Para el mencionado autor, la explicación está en que la regulación económica viene a actuar como un sustituto del mercado allí donde éste presenta fallos o está enteramente ausente, en razón de la condición de monopolio natural que reviste la mayoría de los servicios públicos. En tales circunstancias, el regulador se ve obligado a crear los estímulos y exigencias que la libre competencia impone a las empresas en el mercado, de modo de obligar a las firmas gestoras del servicio a actuar con la misma eficacia que hubieran de hacerlo en un marco competitivo¹⁰. Se entiende, así, que el modelo regulatorio avance sobre cuestiones como la fijación de las tarifas que retribuyen el servicio, el diseño de los planes de expansión del mismo, los niveles de calidad con que debe prestarse, o la delimitación de las áreas geográficas en las cuales se lo debe suministrar, asuntos que en condiciones normales quedarían librados a la acción de las fuerzas del mercado.

El *control* de la actividad calificada como servicio público, entendido aquel término en sentido amplio, se manifiesta también en la exigencia de previa habilitación para

⁹ En igual sentido, *vid.* ARIÑO ORTÍZ, Gaspar; *La regulación económica (Teoría y práctica de la regulación para la competencia)*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 97-100.

¹⁰ Cfr. ARIÑO ORTÍZ, G.; *La regulación económica...*, cit., p. 98.

el desempeño de la actividad, recaudo inherente a la reserva de dicha tarea en favor del sector público. Las cualidades que debe reunir quien pretenda ocupar la condición de proveedor del servicio, estipuladas de antemano por la normativa vigente, así como el estricto proceso de selección que habrá de seguirse en orden a su designación, contribuyen también a que la elección recaiga sobre un agente con antecedentes y capacidad demostrados para gestionar eficientemente el servicio cuya prestación se ha decidido delegar. La competencia para ejercitar esta vía de control de la faz subjetiva del servicio recae, obviamente, sobre la persona del concedente.

Cabe, a este respecto, hacerse una pregunta análoga a la formulada más arriba respecto de la distinción establecida entre la mera reglamentación y la regulación económica. Parece, en efecto, conveniente dilucidar si el requisito de la habilitación administrativa para poder encarar el ejercicio de la actividad publicada entraña o no alguna diferencia con la técnica autorizatoria consustancial a la policía administrativa.

Tradicionalmente se ha entendido que, en tanto la autorización parte de la suposición de un derecho preexistente, cuyo ejercicio está sometido, no obstante, a la previa constatación de que el interesado posee las condiciones y requisitos necesarios para su normal ejercicio, en el caso de la concesión, en cambio, tal derecho no se juzga existente sino que nacería en el momento mismo del otorgamiento de la concesión por parte de la Administración, la cual puede discrecionalmente decidir prestar por sí el servicio o delegarlo en manos del particular¹¹. Semejante distinción, a los ojos de algunos autores, ha ido perdiendo nitidez, de modo tal que hoy resulta difícil en ocasiones reconocer las diferencias entre uno y otro instituto¹².

Es posible, sin embargo, destacar una segunda diferencia entre ambas figuras, consistente en este caso en que mientras la autorización coloca al sujeto destinatario bajo las exigencias previstas en un régimen de naturaleza reglamentaria, el otorgamiento de una

¹¹ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, segunda edición actualizada, Buenos Aires, 1994, pp. 77-84.

¹² Vid. MARTÍN REBOLLO, L.; "Sobre el nuevo concepto de servicio público...", cit., p. 24. Entre nosotros, cfr. GRECCO, Carlos M., y MUÑOZ, Guillermo A., *La precariedad de los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 83-88; y TAWIL, Guido Santiago, "Licencia y contrato como título habilitante para la prestación del servicio público", en AA.VV., *Contratos administrativos (Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho)*, editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pp. 459-464.

concesión da origen a un vínculo contractual –ciertamente, de carácter público- entre el concedente y el concesionario¹³, con todo lo que ello implica. El concesionario pasa a ser, a partir de entonces, un colaborador de la Administración, sujeto a los principios y técnicas propias de los contratos administrativos en general, y de la concesión de servicios públicos en particular.

Como corolario de lo expuesto en el presente apartado, podría afirmarse que los mecanismos de *control* -en el sentido amplio del término- de los servicios públicos que han sido examinados lucen como condicionamientos estáticos, preconcebidos, que confluyen a diseñar las condiciones del servicio y de su prestador. Quien asume, en calidad de concesionario, el servicio público en cuestión conoce de antemano las limitaciones y obligaciones derivadas de tales instrumentos, y se somete voluntariamente a ellas al decidir postularse como candidato para hacerse cargo de la prestación del servicio. Es cierto que, en ciertas circunstancias, dichos parámetros pueden sufrir modificaciones con posterioridad a la fecha de la concesión, pero en ese caso el concedente tendrá el deber de resarcir al concesionario de los perjuicios que pudiere ocasionarle la eventual alteración de la ecuación financiera del contrato, de modo que, en términos estrictamente económicos, la situación de aquél no se debería ver agravada.

En otras palabras, las sorpresas –o, si se prefiere, el alea- en este campo están muy acotadas. Es cierto que las restricciones y deberes que pudieren provenir de la normativa –legal, reglamentaria o contractual- que gobierna la actividad a cargo del concesionario serán, por fuerza, más rigurosos que los que pesan, en virtud del ordenamiento aplicable, sobre quien desempeña cualquier otra actividad empresarial que no ha sido declarada servicio público. Sin embargo, se trata en este caso de límites que se ponen *desde afuera* al perfil y a la actividad del concesionario, sin interferir de un modo inmediato y directo en su gestión empresarial. De allí que no sea posible hablar en estos casos de mecanismos de control en sentido estricto.

Es en razón de los motivos apuntados que, siempre que ella sea suficientemente idónea para garantizar el interés público comprometido, la técnica de la *regulación* debe

¹³ Cfr. MURATORIO, Jorge I.; “Carácter contractual o reglamentario de la licencia administrativa”, en AA.VV., *Contratos administrativos...*, cit., pp. 499-502.

preferirse a la *dirección* de la actividad del concesionario, ya que aquélla resulta menos invasora de la autonomía de gestión de dicho sujeto.

III. CONTENIDO Y LÍMITES DEL CONTROL *STRICTO SENSO* DE LA ACTIVIDAD CONCESIONADA

Al margen de los medios hasta aquí descriptos, las empresas concesionarias de servicios públicos están también sujetas a un control que se ubica en otra dimensión, en virtud del cual la autoridad pública controlante vigila, supervisa y co-dirige la actividad empresarial desplegada. Esta tarea de control cubre un amplio espectro de materias propias de la gestión del servicio.

El ejercicio de esta función recae fundamentalmente sobre los Entes reguladores, lo cual parece enteramente lógico dado que, en virtud de la especialización que se presume poseen, ellos son los más idóneos para el desempeño de una tarea que exige un elevado conocimiento y manejo de los aspectos técnicos propios de cada sector. El desplazamiento de esta tarea desde el poder político hacia un órgano dotado de independencia funcional contribuye, además, a evitar que los objetivos de más largo plazo se sacrifiquen en función de los intereses y necesidades urgentes del gobierno de turno¹⁴.

Es indudable, sin embargo, que el reconocimiento de estas potestades de fiscalización y control sobre el concesionario, cuya presencia configura probablemente el signo más palpable de la titularidad pública de la actividad, lleva ínsito el riesgo de una constante intromisión de la autoridad administrativa en los más variados resquicios de la gestión empresarial del concesionario privado. No en vano se califica a dichas facultades como pertenecientes a un poder *interno* de dirección en manos de la Administración¹⁵. De allí que, si no se delimitan adecuadamente las fronteras de semejante potestad, su natural fuerza expansiva terminará por llevarla a extremos difícilmente conciliables con la opción hecha en favor de un gestor privado del servicio.

¹⁴ Vid. COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 227. Según GORDILLO, "el que concede no debe controlar" (cfr. su *Tratado de Derecho Administrativo*, 4a. edición actualizada, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, tomo 1, p. XV-3).

¹⁵ Cfr. ARIÑO ORTÍZ, G.; *Economía y Estado*, cit., p. 398.

A esos efectos, es particularmente importante que los marcos regulatorios se esfuercen, por un lado, por definir de manera precisa la competencia asignada a los Entes en ese campo, y por otro, por fijar rigurosamente las pautas conforme a las cuales tales atribuciones deben ser ejercidas, a fin de reducir al máximo el grado de discrecionalidad en manos de dichos órganos. A la luz de esta advertencia, no parece conveniente postular, en este terreno, la existencia de facultades implícitas en cabeza de los Entes, que los autoricen a entrometerse en decisiones que son privativas de las empresas concesionarias sin un respaldo normativo que claramente los avale a hacerlo¹⁶. En cualquier caso, si han de reconocérseles ciertas potestades implícitas¹⁷, debe quedar claro que bajo ningún concepto el ejercicio de tales facultades podrá contrariar lo expresamente previsto en el ordenamiento –normativo o contractual- que rige la actividad concesionada.

En consonancia con lo anterior, debe decirse que, en principio, la autonomía de gestión del concesionario no casa demasiado con la idea de que sus decisiones estén sometidas a controles o autorizaciones de carácter previo. Un esquema de ese tipo choca, en efecto, con la noción misma de concesión, erigida sobre la regla de que el concesionario gestiona el servicio, por delegación de la Administración, y esta última se limita a controlar que el servicio prestado se ajuste a las pautas técnicas y económicas estipuladas¹⁸. Ese

¹⁶ En este sentido, es conocida la postura de Juan Francisco LINARES según la cual la competencia de un órgano administrativo viene dada por lo que está expresamente autorizado en la norma atributiva, más aquello que esté razonablemente implícito en lo expreso (*vid.* su clásico trabajo “La competencia y los postulados de la permisión”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 1971, núm. 2, p. 14).

CASSAGNE propone una visión más amplia, que asienta la competencia en la idea de especialidad del órgano, lo cual remite al fin público que le ha sido asignado. No obstante, este último autor hace la salvedad de que el principio de la especialidad no se aplica con relación a los actos de gravamen (cfr. CASSAGNE, Juan Carlos; *Derecho Administrativo*, séptima edición, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, tomo I, p. 279), cual sería el caso en examen donde las potestades en juego estarían claramente orientadas a restringir la libertad del concesionario.

¹⁷ En algunos casos, el tenor de las disposiciones de los marcos regulatorios que describen las atribuciones de los Entes dan cabida a que se les reconozcan facultades implícitas. Así, por ejemplo, en el sector eléctrico, donde se confiere al Ente regulador la competencia de “realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley y su reglamentación” (artículo 56, inciso “s”, de la Ley 24.065). Una disposición análoga aparece reproducida en el marco regulatorio del gas, en el artículo 52, inciso x), de la Ley 24.076.

¹⁸ Cfr. ARIÑO ORTÍZ, G.; *Economía y Estado*, cit., p. 438.

ESCOLA se ha ocupado, también, de subrayar esta idea, señalando que “la actividad de dirección y control no debe ni puede llegar a la desnaturalización de la concesión, es decir, no puede concluir por transformar la concesión –la relación contractual vigente- en una suerte de explotación directa de la administración, convirtiendo al concesionario en un simple agente de ella” (cfr. su *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., vol. II, p. 81).

reparto de funciones propio de la concesión de servicios públicos aparece claramente reflejado en el marco regulatorio del servicio de agua potable y desagües cloacales, el cual, tras la enumeración de las atribuciones conferidas al Ente regulador, declara que *“las facultades enumeradas precedentemente no podrán ser ejercidas de manera tal que interfieran u obstruyan la prestación del servicio, ni signifique la subrogación del Ente Regulador en las funciones propias del Concesionario, en particular, la determinación de los medios que permitan la obtención de los resultados exigidos y comprometidos respectivamente”*¹⁹.

Un somero repaso de las materias que quedan, en mayor o menor medida, sometidas a esta función de control directo de los Entes reguladores nos ofrece el siguiente elenco de cuestiones.

(a) Un primer ámbito donde el espacio de libre decisión de las firmas concesionarias está sumamente acotado es el tarifario. Como se sabe, los cuadros tarifarios de los servicios públicos resultan de la aplicación de una serie de principios y pautas claramente detallados en las normas legales, reglamentarias y contractuales aplicables en cada caso²⁰. Si bien las tarifas resultantes se integran, también, con un componente surgido de la oferta formulada originalmente por el concesionario, la aplicación de los restantes criterios queda a cargo de la autoridad regulatoria, que es quien debe, además, aprobar el cuadro tarifario vigente²¹. En este terreno, ciertamente crucial para el éxito de la gestión del servicio concesionado, la discrecionalidad de la autoridad administrativa está reducida a niveles mínimos.

(b) Los Entes reguladores tienen, también, directa injerencia en las decisiones de la empresa concesionaria en materia de inversiones. Así, en lo que hace a los planes de mejoras y expansión del servicio, es frecuente que se atribuya al Ente la facultad de intervenir en su elaboración, o que se le reserve la potestad de proceder a su aprobación²². Esto tiene un doble propósito, ya que apunta al mismo tiempo a asegurar la concreción de

¹⁹ Cfr. el artículo 17, último párrafo, del Decreto 999/92.

²⁰ Vid., por ejemplo, los artículos 40 a 42 de la Ley 24.065; 38, 39 y 45 de la Ley 24.076; y 44 del Decreto 999/92.

²¹ Cfr., entre otros, los artículos 45 a 47 de la Ley 24.065; 42, 46 y 52, inciso f), de la Ley 24.076; y 17, inciso k), y 46 del Decreto 999/92.

²² Cfr. los artículos 17, inciso e), 56 y 57 del Decreto 999/92; 11 de la Ley 24.065; 16 de la Ley 24.076; y 17.14 del Decreto 375/97.

aquellas inversiones que se estimen indispensables, así como a evitar inversiones superfluas, especialmente si el régimen tarifario ha sido diseñado sobre la base del modelo de *rate of return*.

(c) Asimismo, compete a los Entes el control de la calidad con que debe prestarse el servicio según las exigencias prescritas en las normas legales y contractuales, cometido que se efectiviza, entre otras cosas, a través de la obtención de muestras o de la confección de registros que permitan comprobar si el servicio se brinda satisfactoriamente²³, así como por vía de la atención de los reclamos presentados por los usuarios debidos a la deficiente prestación del servicio²⁴;

(d) Corresponde, además, a dichos Entes controlar los bienes afectados al servicio, lo cual comprende la supervisión del mantenimiento de las instalaciones afectadas a su prestación²⁵, la exigencia de autorización previa para enajenar o alterar sustancialmente tales bienes, la homologación de equipos y materiales de uso específico en telecomunicaciones²⁶, etcétera.

Desde una óptica de análisis distinta, cabe todavía imaginar una variedad de mecanismos específicos a través de los cuales los Entes reguladores pueden satisfacer las funciones de control arriba descritas. Algunas de esas técnicas ya han sido mencionadas, como es el caso de la decisión aprobatoria que, en algunos casos puntuales, se requiere como paso previo para que el concesionario pueda llevar adelante su gestión. A la par de este supuesto, existen otros instrumentos a través de los cuales los Entes ejercen el control sobre la actividad concesionada, como ser:

(i) su facultad de requerir información al concesionario en aquellos casos en que precise conocer ciertos datos en poder de la empresa indispensables para el correcto desempeño de su función de control²⁷;

²³ Cfr. los artículos 39 y 42 del Decreto 999/92.

²⁴ Vid. el artículo 17, inciso h), del Decreto 999/92.

²⁵ Cfr. los artículos 16 de la Ley 24.065; 17, inciso q), del Decreto 999/92; y 17.3 del Decreto 375/97.

²⁶ Cfr. el artículo 6, inciso f), del Decreto 1185/90.

²⁷ Cfr. los artículos 56, inciso n), de la Ley 24.065; 52, inciso o), de la Ley 24.076; y 17, inciso c), y 39 del Decreto 999/92.

(ii) los poderes de inspección de las instalaciones o de la documentación contable del concesionario que ostenta el Ente en aquellos casos en que le hayan sido expresamente atribuidos²⁸;

(iii) la posibilidad de impartir instrucciones, circulares u órdenes concretas tendientes a exigir al concesionario el oportuno y fiel cumplimiento de sus deberes legales, reglamentarios y contractuales²⁹;

(iv) su potestad de imponer sanciones al concesionario cuando se verifique un incumplimiento de su parte de cara a sus deberes contractuales, potestad que deberá ser ejercida con ajuste a las exigencias procedimentales establecidas³⁰.

La potestad sancionadora es, como se comprenderá, resultado inescindible de la tarea de control asignada, ya que es obvio que sin esta faceta coercitiva el resto de los cometidos a cargo de la autoridad administrativa tendrían una eficacia nula. Sólo merced a esa capacidad de sancionar los incumplimientos en que incurre el concesionario, el Ente puede aspirar a corregir con éxito las deficiencias en la prestación del servicio que derivan de ellos y constreñir a la firma para que ofrezca un servicio conforme con las normas que lo regulan.

²⁸ Vid. los artículos 52, inciso o), de la Ley 24.076; 56, inciso n), de la Ley 24.065; y 39 del Decreto 999/92.

²⁹ Con relación a las atribuciones de los Entes reguladores de dirigir órdenes e instrucciones a los concesionarios, me permito discrepar con Patricia R. MARTÍNEZ, quien entiende que “este poder ordenatorio sobre los servicios públicos se asimila al poder jerárquico en sentido estricto” (cfr. su “Sistema de control de los servicios públicos...”, cit., p. 141). Aun cuando pueden reconocerse ciertas semejanzas entre ambas situaciones, es indudable que la jerarquía, *stricto sensu*, que rige en el ámbito de la Administración pública centralizada no puede extenderse hacia sujetos privados que actúan en carácter de colaboradores de aquélla en virtud de los vínculos de naturaleza contractual asumidos. Los principios, criterios y técnicas que imperan en este último caso son ajenos a la idea de poder jerárquico, aplicable exclusivamente, como se indicara, a las relaciones entre órganos de la Administración central.

³⁰ Cfr. los artículos 56, inciso o), y 77 a 81 de la Ley 24.065; 52, inciso q), y 71 a 73 de la Ley 24.076; 17, inciso o), del Decreto 999/92; y 17.32 del Decreto 375/97.

IV. LA LIBERTAD DE EMPRESA DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS

No es habitual en el Derecho argentino oír hablar de *libertad de empresa*, al menos bajo esa expresión. La locución proviene del Derecho español, cuya Constitución “reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”³¹.

Sin embargo, es innegable que en el sistema constitucional argentino rige el principio del *favor libertatis*, conforme al cual el ejercicio de la libertad, en sus distintas manifestaciones –entre ellas, las de comerciar y ejercer industria lícita–, sólo puede ser restringido cuando medien razones de interés público que así lo justifiquen y en la medida que tales fines lo reclamen. En virtud de ello, el legislador y la Administración, al actuar en procura del interés público cuya defensa les ha sido encomendada, están obligados a emplear los medios que menos perjuicio causen a los derechos individuales. Como consecuencia de aquel mismo principio, además, toda duda interpretativa sobre el alcance de las normas restrictivas de derechos o de cualquier medida interventora, deberá resolverse en favor de la libertad³².

Ahora bien, la magnitud de los poderes de control que la autoridad pública se reserva para sí en el caso de los servicios públicos pone en grave entredicho la existencia misma de una auténtica libertad de empresa en cabeza del concesionario. Más aún, si el principio que rige la actividad económica en general es el de la libertad empresarial, cuando nos desplazamos al terreno de los servicios públicos veremos anteponerse a dicho principio la regla de la preservación de la prestación regular del servicio.

Podría extrapolarse a este respecto la idea propuesta, bien que en otro contexto, por el maestro MARIENHOFF cuando postulara la distinción entre derechos de origen común (civil o comercial) y derechos de origen “*administrativo*”³³. Según dicho autor, el diferente

³¹ Cfr. el artículo 38 de la Constitución española.

³² Vid. CASSAGNE, Juan Carlos; *La intervención administrativa*, cit., pp. 88-89.

³³ MARIENHOFF planteó dicha distinción en el marco de la discusión relativa al alcance del resarcimiento debido con motivo de la extinción de un derecho, sosteniendo que la indemnización debía ser plena frente al primer caso, y que sólo procedía resarcir el daño emergente cuando se tratase de la extinción de derechos de origen administrativo (cfr. sus trabajos “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado (Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia), en ED 114-949; “Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado (Distinción entre derecho de origen y naturaleza común (civil o comercial) y derecho de origen y naturaleza administrativo.

tratamiento que ambas situaciones merecen, en virtud del cual la reparación en el caso de los derechos comunes debe ser más extensa, se justificaría en el hecho de que en el ámbito del Derecho privado la pertinente prerrogativa pertenece *ab-initio* al sujeto lesionado, mientras que los derechos de vertiente administrativa son en su origen de la Administración, quien los traspassa al particular a la postre damnificado. Se da así, según nos lo recuerda el propio MARIENHOFF, el caso de los administrados que contratan con el Estado y, por esa vía, realizan o cumplen alguna actividad propia del Estado: ellos actúan a simple título de “*colaboradores*” de la Administración, y no en virtud del ejercicio de un derecho propio³⁴.

Siguiendo el paralelismo anticipado, cabría sostener que en el caso de los concesionarios de servicios públicos, su derecho a ejercer la actividad industrial que desarrollan –y, por ende, la libertad de empresa aneja a tal actividad- no pertenece, *iure proprio*, al sujeto que gestiona el servicio, sino que nace del acto mismo de la concesión, estando así limitado a los reducidos extremos en que ésta se otorga³⁵. Esto permitiría hablar en su caso de una cierta modulación del derecho constitucionalmente garantizado al ejercicio de la libre empresa, análoga a la que –siempre en el esquema propuesto por MARIENHOFF- padece el derecho de propiedad cuando debe su origen y apoyatura a un acto de la Administración pública.

De hecho, no falta quien, como ENTRENA CUESTA, niega terminantemente que quepa siquiera hablar de *libertad de empresa* en el ámbito de los servicios públicos. Entiende, en efecto, dicho autor que “*el servicio público supone, por definición, la titularidad pública de la actividad, cuya mera gestión se cede al concesionario, lo que, evidentemente, niega el derecho propio y originario de los sujetos económicos a emprender la actividad; pero no es sólo esta cuestión, que podría considerarse formal: en la gestión del servicio público, el concesionario está sujeto a las cláusulas concesionales, y sobre todo, a los poderes exorbitantes de la administración concedente, de forma que aunque*

Justicia distributiva y justicia conmutativa)”, en LL 1991-C, p. 1080; y “Otra vez acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Respuesta a algunas objeciones”, en LL 1992—E, p. 1031).

³⁴ Vid. MARIENHOFF, Miguel S.; “Nuevamente acerca del lucro cesante...”, cit., pp. 1085-1086.

³⁵ Un enfoque similar puede verse en el trabajo de Jorge I. MURATORIO titulado “La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994”, publicado en la obra colectiva *Estudios sobre la reforma constitucional*, dirigida por Juan Carlos CASSAGNE, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 107-108.

frente al ejercicio de los mismos pueda el concesionario accionar su derecho al equilibrio financiero, no cabe sostener que el concesionario se encuentra en posición de ejercicio de la libertad de empresa”³⁶.

ARIÑO ORTÍZ, por su parte, distingue tres dimensiones dentro de lo que considera el “*contenido esencial*” de la libertad de empresa, a saber: la libertad de acceso al mercado, la libertad de ejercicio de la empresa y la libertad de cesación en ese ejercicio. Opina dicho autor que en el caso del concesionario de un servicio público, la libertad de empresa se encuentra sumamente limitada en el primero y tercer aspectos, en tanto no hay auténtica libertad de acceso al mercado –que está monopolizado por el Estado-, al que sólo se accede mediante la obtención de la concesión, ni verdadero derecho al cese en el ejercicio de la empresa, toda vez que el concesionario queda obligado a seguir prestando el servicio durante el plazo de la concesión otorgada. En el tramo intermedio, que ARIÑO califica como *libertad de ejercicio de la empresa*, sostiene el autor que, aunque sujeto a los límites derivados de las facultades de ordenación del servicio y de la potestad tarifaria, el concesionario conserva un ámbito para el ejercicio de su autonomía de decisión³⁷.

El esquema propuesto por ARIÑO resulta, por cierto, sumamente útil. Pero resta aún saber cómo habrán de resolverse las dificultades que seguramente sobrevendrán en la fase intermedia, sin duda la más conflictiva de la relación concesional dado que abarca toda la vida del contrato. El criterio hermenéutico para abordar tales controversias podría formularse en estos términos: cuanto más cerca del núcleo central del servicio público se sitúe la materia en discusión, con más fuerza deben emerger las facultades de dirección y control del concedente; mientras que cuanto más alejado esté el motivo de debate de dicho núcleo, mayor espacio deberá asignarse a la libertad de actuación del empresario a cargo de la gestión del servicio.

En línea con las reflexiones expuestas, cabría identificar ciertos campos en los que la Administración controlante carece de todo título para entrometerse en la política

³⁶ Cfr. ENTRENA CUESTA, Ramón; “El principio de libertad de empresa”, en AA.VV., *El modelo económico de la Constitución española*, tomo I, Madrid, 1981, p. 163, citado por ARIÑO ORTÍZ, G.; *Economía y Estado*, cit., p. 435.

³⁷ Vid. ARIÑO ORTÍZ, G.; *Economía y Estado*, cit., pp. 435-437. El autor citado añade, además, que en esa franja de la libertad de empresa, “*las facultades de dirección y control deben extenderse exclusivamente a aquellos aspectos que están directamente vinculados a la prestación del servicio*” (idem., pp. 437-438).

empresarial escogida por el concesionario. Así, por ejemplo, la empresa mantiene entera libertad para seleccionar las fuentes o las condiciones de financiación a las que decide recurrir para solventar los costos propios de su actividad. También es de su exclusiva incumbencia el perfil de su estructura organizativa³⁸, así como el desarrollo de su política de personal o su estrategia en cuestiones de *marketing*. Nada impide, por otra parte, al concesionario optar por ofrecer un servicio cuyos niveles de calidad superen a aquellos previstos en el marco regulatorio o en el contrato.

Así y todo, es frecuente que la situación en que se encuentran los concesionarios de servicios públicos respecto de la Administración concedente sea calificada, en su conjunto, como una *relación de sujeción especial*. Se advierten opiniones en ese sentido tanto en la doctrina³⁹ como en la jurisprudencia⁴⁰ nacionales.

Es sabido que las relaciones de sujeción especial, categoría forjada en la esfera del Derecho alemán, se caracterizan por comportar una dependencia particularmente acentuada respecto de la Administración, que se traduce en la práctica en un debilitamiento de los derechos o garantías de los súbditos involucrados⁴¹. La presencia de este régimen más intenso ha sido atribuida a la mayor proximidad entre administrado y Administración causada por la inserción de aquél en la esfera organizativa de esta última, a punto tal que el primero pasa a formar parte de sus cuadros y a desarrollar en beneficio de aquélla una concreta actividad manual o intelectual⁴².

³⁸ Dejo a salvo, al respecto, las habituales limitaciones a la composición societaria del concesionario. No es extraño, en efecto, que se estipulen ciertos condicionamientos orientados a impedir el traspaso del paquete accionario en manos del operador seleccionado, o a evitar que los distintos tramos en que pueda estar subdividido un sector estén gestionados por los mismos sujetos, con la consiguiente amenaza a la libre competencia.

³⁹ Cfr. BIANCHI, Alberto B., *La regulación económica*, Tomo 1, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 265; COMADIRA, J.R., *Derecho Administrativo*, cit., p. 233.

⁴⁰ *Vid.*, por ejemplo, CN Cont. Adm. Fed., Sala I, “Edenor S.A. c/ Estado Nacional (Secretaría de Energía)”, 5/9/95, LL 1996-C, p. 445; CN Cont. Adm. Fed., Sala II, “Edesur S.A. c/ ENRE”, causa 52.616/94, 3/2/98; CN Cont. Adm. Fed., Sala III, “Edenor S.A. c/ ENRE”, causa 22.663/94, 27/8/98; y CN Cont. Adm. Fed., Sala III, “Edesur S.A. c/ ENRE”, causa 14.968/95, 2/4/96 –estos tres últimos casos citados por BIANCHI, A.B.; *La regulación económica*, cit., nota 221-.

⁴¹ *Vid.* LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano; *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Universidad de Córdoba-Civitas, Madrid, 1994, pp. 66-67. Puede verse, también, GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992; y LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Instituto Vasco de la Administración Pública, Madrid, 1994.

⁴² *Vid.* LÓPEZ BENÍTEZ, M.; *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 161-162, 194-195 y 200-201.

Amén de los recelos que provoca la noción misma de *relación de sujeción especial*, cuya validez no termina de ser admitida por la doctrina, que advierte ciertos resquicios en el planteamiento que encierra, opino que no debe darse al asunto más relevancia que la que en rigor posee. Podrá debatirse, si se desea, acerca de si el voluntario sometimiento del concesionario al régimen de carácter público que rodea a la actividad supone colocarse en un *status* diferenciado del que ostenta la generalidad de los administrados, con deberes y cargas más estrictos, sobre lo cual no parece haber mayores dudas. Pero aun cuando se decidiera que dicha situación da origen a una relación de sujeción especial, como bien lo advierte BIANCHI, tal calificación se plasmaría en un aumento de los poderes de la Administración por encima de lo previsto en las normas – legales, reglamentarias y contractuales- que gobiernan la relación concesional⁴³, lo cual convierte a la discusión de si estamos o no frente a un supuesto de relación de sujeción especial en un debate estéril.

En cualquier caso, no cabe ninguna duda de que el margen de libertad con que opera el concesionario de un servicio público es sumamente restringido, y ello ha de tener su correlato en otros campos vinculados con la actividad del concesionario. Es evidente, por ejemplo, que el riesgo empresario inherente a todo emprendimiento habrá de estar, en el caso de los servicios públicos, acotado a los resultados que puedan imputarse al ámbito de libre decisión del concesionario, lo cual explica -y justifica-, entre otras cosas, que los marcos regulatorios prevean habitualmente que las tarifas fijadas deben garantizar al prestador del servicio una rentabilidad *razonable* por su gestión⁴⁴.

Otro terreno en que debe reflejarse la considerable restricción de la libertad empresarial que afecta al concesionario tiene que ver con el régimen de su responsabilidad frente a terceros –usuarios o no usuarios-. Es razonable pensar que las consecuencias dañosas producidas por decisiones que le vienen impuestas por las normas que regulan el servicio o que son el resultado de instrucciones recibidas por la autoridad controlante, no le deberían ser imputadas, cupiendo a la Administración asumir la responsabilidad que le corresponde en el caso. Es el Estado, y no el gestor del servicio sujeto a su dirección y control, quien debería cargar con los resultados nocivos de sus decisiones e imposiciones, resarcando los perjuicios que pudieren haberse ocasionado en razón de tales medidas

⁴³ Cfr. BIANCHI, A.B.; *La regulación económica*, cit., p. 264.

⁴⁴ *Vid.*, por ejemplo, los artículos 39 de la Ley 24.076 y 41 de la Ley 24.065.

equivocadas⁴⁵. Y esto vale también respecto de las pérdidas y daños padecidos por el propio concesionario como consecuencia de esas mismas órdenes e instrucciones de acatamiento compulsivo.

No hay que perder de vista, con todo, que las actividades sometidas a un régimen de servicio público no son intrínsecamente públicas, en el sentido de que no forman parte de los fines históricos del Estado. Llegado un punto en la evolución de la vida social (y, en particular, de la vida urbana) tales actividades fueron asumidas por los Poderes públicos (esto es, “*publificadas*”)⁴⁶, y ello con el único objeto de garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas involucradas. La importancia de este dato no debe ser subestimada, ya que ello significa que, en la medida en que se vayan encontrando técnicas jurídicas que brinden un similar grado de cobertura a las necesidades primordiales comprometidas con un grado menor de sacrificio a los derechos individuales como contrapartida, nada impedirá que tales ámbitos del quehacer económico sean restituidos al dominio privado, con la consiguiente *despublificación*.

De hecho, hoy ya se observan algunos ejemplos de esta dinámica de reversión hacia el sector privado, en el marco del extendido proceso de liberalización económica que se viene verificando en la inmensa mayoría de los países. Al hilo de dicha evolución se han ido forjando nuevas técnicas jurídicas a través de las cuales abordar el tema, con la mira puesta en compatibilizar el espíritu de apertura señalado, con la preservación y garantía de ciertas prestaciones básicas inherentes al servicio. Dicho enfoque ha dado origen, en la órbita del Derecho comunitario europeo, a figuras tales como las llamadas *obligaciones de servicio público*, o la noción del *servicio universal*⁴⁷, que testimonian el afán por limitar el influjo del régimen de servicio público únicamente a aquellos aspectos de la actividad que

⁴⁵ La doctrina especializada ha sugerido la validez de la posición fijada en el texto, al señalar que “a menos que el daño se provoque por causas atribuibles a la Administración o por una orden de aquella, por regla no es posible sostener la responsabilidad ni directa ni subsidiaria del Estado” (cfr. PERRINO, Pablo Esteban; “La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados”, en AA.VV., *Contratos administrativos...*, cit., p. 166) —el subrayado en el párrafo transcrito me pertenece—.

⁴⁶ Cfr. ARIÑO ORTÍZ, G.; *La regulación económica...*, cit., p. 55.

⁴⁷ Cfr. MARTÍN REBOLLO, L., “Sobre el nuevo concepto de servicio público...”, cit., pp. 20-23; y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis, “Nuevo sistema conceptual”, en AA.VV., *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, edición a cargo de Gaspar ARIÑO ORTÍZ, Madrid, 1999, pp. 140-152.

necesiten de una sujeción a exigencias tan rigurosas como las impuestas por el régimen referido.

Los cambios observados dan cuenta, ciertamente, de una nueva etapa en la evolución del tradicional servicio público, la cual se inscribe en una acertada concepción de la proyección del principio de subsidiariedad en este campo del quehacer económico-social. Este nuevo espíritu ha sido lúcidamente sintetizado por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ al señalar que, *“en definitiva, se trata de entender que el interés general no es patrimonio o monopolio del Poder público sino de todos los ciudadanos, atributo también del ejercicio de la libertad”*⁴⁸.

⁴⁸ Vid. su trabajo “Nuevo sistema conceptual”, cit., p. 140.