

Título: Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en:

Cita: TR LALEY AR/DOC/8495/2012

EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y PROBLEMAS ACTUALES TRAS LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN

por JUAN CARLOS CASSAGNE

I. LA DÉCADA DE LAS PRIVATIZACIONES: SU SIGNIFICACIÓN POLÍTICA Y JURÍDICA

A partir de 1990 —si bien el proceso puede situarse algo antes—, la Argentina entró en un período de su historia política y económica que bien podría denominarse la década de las privatizaciones.

La operación privatizadora fue de tan vastos alcances que comprendió, prácticamente, todas aquellas empresas que no cumplían funciones esenciales o indelegables del Estado. Desde empresas que tenían por objeto meras actividades comerciales o industriales (ej.: fábricas) hasta las reguladas por el derecho administrativo en virtud de la gravitación que traducen para la comunidad (calificadas por un sector de la doctrina como actividades de interés público) hasta los servicios públicos tradicionales (1) (como la producción y distribución de agua y la distribución de gas y de electricidad) todo un variado universo de empresas fue declarado, por ley, sujeto a privatización.

Con excepción de algunos casos aislados puede decirse que la operación privatizadora de los servicios públicos y demás actividades de interés público fue tan eficaz (en cuanto se cumplieron los objetivos fijados por el legislador) como eficiente (en la medida en que pudieron seleccionarse —en condiciones económicas ventajosas— consorcios que contaban con operadores internacionales de primera línea). Se llevaron a cabo importantes inversiones y, en general, las tarifas que pagan actualmente los usuarios resultan razonables, sobretodo, si se las compara con las que rigen en los principales países del mundo occidental.

Esa historia permite extraer una conclusión liminar y ella es que el proceso privatizador reflejó un cambio político profundo en el modelo de Estado que regía en la Argentina, cambio éste que implicó, entre otras cosas, el quiebre de la concepción del Estado de Bienestar que, básicamente, inspirado en las ideas de Keynes, rigió hasta la década del 80.

Se trata de un fenómeno común a la casi totalidad de los países de Europa y de América latina que traduce —como bien lo ha destacado Ariño (2)— un significado político y otro de naturaleza jurídica.

En el plano político, se operó una verdadera revolución al quebrarse, primero, la tendencia creciente de absorción de la economía privada por parte del Estado que se concretó definitivamente con el abandono de la concepción del Estado de Bienestar, reemplazado por un nuevo modelo de Estado basado en la gestión privada de todas aquellas actividades que son susceptibles de ser llevadas a cabo por empresarios particulares.

Ese proceso de cambio desplazó, entonces, no solamente la gestión estatal en típicas empresas de carácter comercial o industrial sino también en los servicios públicos y actividades de interés público, los cuales pasaron en bloque a la órbita privada, con fundamento en el principio de subsidiariedad.

Consecuentemente, el papel del Estado en este nuevo modelo no es ya el de productor de bienes ni el de gestor de servicios públicos. Su principal función, en este ámbito de la economía, pasó a concentrarse tanto en la regulación del control de los servicios y actividades de interés público (en lo que respecta a la calidad y

eficiencia de las prestaciones) como a la promoción de la competencia que se opera, también, mediante regulaciones estatales.

Hay que advertir, asimismo, que la aplicación del principio de subsidiariedad al plano de la realidad económica ha generado numerosas zonas o actividades que, en principio y salvo los poderes ordinarios de policía, se encuentran exentas de un control estatal organizado y sus consecuentes regulaciones (liberalización o desregulación de actividades).

De ese modo, el control y la regulación para la competencia junto a la liberalización y la desregulación representan algo así como dos caras de una misma moneda en lo que hace al patrimonio ideológico del Estado Subsidiario (como lo venimos denominando desde hace algún tiempo) (3) debiendo advertirse que el motor que impulsó la configuración del nuevo modelo se ha inspirado tanto en decisiones políticas nacionales (ej.: en los países de América latina) como supranacionales (ej.: en la Unión Europea) (4).

De otra parte, en determinadas ocasiones, desde el poder político que conduce la vida del Estado se ha tratado de justificar las privatizaciones con argumentos de tipo pragmático, concibiendo la operación privatizadora como un instrumento técnico atado a la finalidad de obtener recursos para financiar el déficit público o, en el mejor de los supuestos, para alcanzar un grado mayor de eficiencia en la producción de bienes o en la prestación de servicios. Con todo y tal como se ha puntualizado (5) ambas motivaciones (la ideológica y la práctica) aparecen muchas veces entremezcladas.

Por otro lado, existe, una significación jurídica que reposa en la técnica de transferencia de amplios segmentos del sector público de la economía al ámbito privado, que básicamente comprendió:

- (i) la venta de activos y la transferencia del capital social mayoritario al capital privado;
- (ii) la asignación de la gestión del servicio o actividad a un operador privado.

En este último sentido, la experiencia argentina permite visualizar dos modalidades diferenciadas.

La primera, de mayor trascendencia política, implica el mantenimiento del carácter público de la actividad, la cual resulta sometida al régimen del servicio público ("publicatio") a través de una declaración legislativa.

La segunda, consiste en la supresión del carácter de servicio público de la actividad y constituye, en rigor, una despublicación que pasa a regularse por las reglas más generales del poder de policía que se ejerce sobre empresas que, en principio, se rigen por el derecho privado. Es lo que ha ocurrido, entre nosotros, con la producción de gas y la generación de electricidad (6).

Sin embargo, corresponde advertir que ambas modalidades son compatibles con la imposición de cargas u obligaciones de derecho público, lo que acontece con mayor intensidad en el campo en que se desenvuelven las concesionarias o licenciatarias de servicios públicos (v.gr.: las cargas propias del llamado servicio universal).

II. LOS DIFERENTES PERÍODOS DEL RÉGIMEN DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

A grandes rasgos, la situación de los servicios públicos en la Argentina puede dividirse en tres grandes etapas que, no es casual, guardaron una estrecha relación con los niveles de crecimiento de su economía y la ubicación de nuestro país en los respectivos rankings del comercio mundial.

a) Primera etapa

Abarca desde fines del siglo XIX hasta la década del 40. La nota común que caracteriza a esta etapa radica en el hecho de que la casi totalidad de los servicios públicos eran prestados por empresas privadas de capital extranjero a través de las clásicas concesiones regidas por el derecho administrativo. Así ocurrió con los servicios de gas, teléfono, electricidad, ferrocarriles y subterráneos.

Hubo, empero, dos importantes excepciones en el caso de los servicios de agua y de correos al propio tiempo que el Estado poseía un ferrocarril de fomento que prestaba un excelente servicio y no generaba pérdidas, sin competir con los ferrocarriles privados (que al final terminaron siendo todos adquiridos por compañías inglesas).

Y si bien hubo otros factores que contribuyeron al crecimiento económico de la Argentina en este período, en el que nuestro país alcanzó a ocupar el 5° lugar en el comercio internacional, los servicios públicos fueron una pieza básica del desarrollo alcanzado.

b) Segunda etapa

El comienzo de este período puede situarse hacia mediados de la década del 40 y se caracteriza por la nacionalización, salvo alguna excepción, de todos los servicios públicos cuya titularidad y gestión asumió el Estado.

En algunos ejemplos puntuales, la operación nacionalizadora resultó inconveniente para las finanzas del país (tal fue el caso de los ferrocarriles que explotaban capitales británicos, cuya concesión vencía al año siguiente).

La ideología estatista, entonces también de moda en Europa, fue la principal causa que impulsó la nacionalización de los servicios públicos. La nacionalización no se fundamentó, pues, en razones pragmáticas. El slogan que se utilizó fue que, por fin, los ferrocarriles y demás servicios públicos pasaban al patrimonio nacional. Por fin, eran nuestros.

Las mayorías políticas y aún sectores de la oposición no vislumbraron el monumental déficit que, en poco tiempo, año tras año, iba a generar la explotación ferroviaria bajo la gestión de administradores estatales.

Así, y de un modo generalizado, la mayor parte de las empresas nacionalizadas empezaron a perder calidad, eficiencia y hasta el sentido de la misión de servicio que debían cumplir, sin que la Administración Central se preocupara por controlar debidamente las prestaciones que pasaron a regularse, en los hechos, por los propios agentes de las empresas públicas.

c) Tercera etapa

Hacia el final de los años 80 la explotación de los servicios públicos por parte de empresas estatales condujo a una situación de emergencia económica, agravada por una significativa falta de inversión en los diversos sectores y una grave anquilosis empresarial que se traducía en gestiones de baja calidad e ineficientes, que iban acumulando abultados déficit crónicos.

Si bien durante el gobierno del Presidente Alfonsín aparecieron distintas iniciativas tendientes a paliar esa situación, fue recién en el año 1989 cuando, tras la sanción de la Ley de Reforma del Estado 23.696, se forjaron las bases legales que permitieron ejecutar una vasta operación privatizadora, al declararse sujetas a privatización las principales empresas de servicios públicos y actividades industriales o comerciales que explotaba el Estado y al dictarse normas que establecieron los procedimientos de transferencia de la propiedad y de la gestión al sector privado, delegándose, en el Poder Ejecutivo, la potestad de derogar privilegios, cláusulas monopólicas y

condiciones discriminatorias, y, al propio tiempo, la potestad de desregular actividades.

III. PRINCIPALES CRITERIOS SEGUIDOS EN LA OPERACIÓN PRIVATIZADORA ARGENTINA

Aun a riesgo de no precisar un catálogo completo sobre las notas principales que caracterizaron a la vasta operación privatizadora llevada a cabo en nuestro país, ésta revela la configuración de una serie de características —algunas establecidas a priori y otras sobre la propia marcha del proceso—, que se proyectan al plano tanto político y económico como jurídico, susceptibles de describirse —en forma sintética— como sigue:

(i) la amplia publicidad y difusión de las distintas convocatorias efectuadas para conseguir la mayor cantidad posible de oferentes en los diferentes procesos licitatorios;

(ii) la celeridad de la decisión legislativa inicial que declaró a urja gran parte de las empresas estatales sujetas a privatización junto a mecanismos de delegación idóneos que hicieron posible que el Poder Ejecutivo nacional pudiera concretar, en poco tiempo, las medidas iniciales previas, indispensables para sentar las bases de cada privatización. Frente a la concepción gradualista que algunos propugnaban se optó por un tratamiento de shock, a causa de la crítica situación por la que atravesaban las finanzas públicas;

(iii) el plan fue generalizado incluyendo a las principales empresas del sector público, sin prevalecer el objetivo recaudatorio. De modo concomitante, la propia Ley de Reforma del Estado (7) habilitó al Poder Ejecutivo nacional para desregular actividades económicas;

(iv) en casi todos los casos se realizaron estudios previos que contaron con el asesoramiento de entidades financieras internacionales de primera línea, con participación del Banco Mundial;

(v) no hubo privatización que no incluyera la transferencia del control de la empresa al capital privado reservándose el Estado, en algunos supuestos, una porción minoritaria de capital que, como característica generalizada, no superó el 30%, debiéndose tener en cuenta además la porción que se destinó al programa de participación participada (8);

(vi) el proceso de información y de consultas formales e informales por parte de los interesados, en torno a la elaboración de los pliegos de las respectivas licitaciones públicas. En tal sentido, se generalizaron sistemas de doble sobre que concluían con la adjudicación de la mejor oferta económica, exigiéndose, cuando lo justificaba la envergadura del servicio y la magnitud de las inversiones, la presencia de un operador internacional de primer nivel. La mayor parte de las operaciones de privatización, particularmente aquellas efectuadas en el área energética, se caracterizaron por una gran transparencia que las distintas misiones oficiales enviadas del exterior se encargaron de destacar;

(vii) la segmentación de los mercados e introducción de competencia en aquellas actividades en que ella era posible, a través de la creación de mercados disputables. En este aspecto, las leyes excluyeron del régimen del servicio público a una serie de actividades competitivas (Ej.: generación de electricidad y producción de gas).

IV. EL SERVICIO PÚBLICO COMO TÉCNICA QUE REQUIERE UNA CONSTANTE ADAPTACIÓN A LOS SISTEMAS Y REALIDADES IMPERANTES: LA REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA

La historia del servicio público tanto en los países del continente europeo, especialmente Francia, como en Hispanoamérica (el caso argentino ha sido, por lejos, el más típico) demuestra que si bien la institución ha subsistido, sobreviviendo a las distintas crisis que la acecharon, la técnica que, en definitiva, configura su régimen jurídico, ha ido adaptándose a los sistemas y realidades prevalecientes 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 Hauriou, fue el de suponer que el servicio público podía ser capaz de absorber toda la actividad del Estado y aún 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 abrió 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 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 privatizado 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.

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 del de subsidiariedad, ha adquirido en la Argentina status constitucional —al declararse interdicta cualquier forma de distorsionar los mercados— (art. 42, CN) 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, los principios de competencia y subsidiariedad vienen a introducir un límite general al ejercicio del poder regulatorio en el sentido de 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 rentabilidad razonable) 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 de que para defender la libre competencia en los distintos mercados —sean o no monopólicos— 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 competencia (9).

V. EL SERVICIO PÚBLICO COMO CATEGORÍA CONSTITUCIONAL

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 introdujo, en el art. 42, la categoría de servicio público prescribiendo una serie de principios que la nutren de una tipicidad especial, sin llegar empero a definir el concepto jurídico servicio público, cuyo perfil seguirá siendo obra de la doctrina y, sobretudo, 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 (art. 42, 1ª parte, CN);

(b) la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y el control de los monopolios naturales y legales (art. 42, 2ª parte, CN);

(c) la calidad y eficiencia de los servicios (art. 42, 2ª parte, CN). 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 (v.gr.: art. 41, ley 24.065 y art. 39, ley 24.076);

(d) la participación de los consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control (art. 42, 3ª parte, CN) (10).

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 art. 42, 2ª parte de la CN 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 (art. 42, 3ª parte, CN) 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.

VI. EVOLUCIÓN DE LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL

La concepción tradicional del servicio público ha debido evolucionar a fin de adaptarse a la cambiante realidad económica y social y al nuevo papel que se le asigna al Estado como promotor y árbitro de la

competencia.

Dicha evolución ha operado principalmente en tres sentidos. En primer lugar, en cuanto al ámbito o extensión de la propia categoría que ahora se restringe a las actividades llevadas a cabo mediante prestaciones de naturaleza económica que satisfacen necesidades primordiales o esenciales de los ciudadanos previamente configuradas como tales en la ley. De la exigencia de una previa declaración legislativa para configurar el servicio público se desprende la no admisión del servicio público implícito o virtual, tal como se postulaba en la denominada teoría tradicional.

En consecuencia, el criterio material ha desplazado al criterio subjetivo y la categorización del servicio se produce por obra exclusiva del legislador (así ha ocurrido en la Argentina en los marcos regulatorios del gas y de la electricidad, entre otros).

Por otra parte, y tal como se ha visto precedentemente, la gestión privada es el principio que domina la categoría del servicio público, no habiendo reserva alguna a favor del Estado, como ocurrió en algunos ordenamientos comparados. En este aspecto hay que anotar, asimismo, que si bien se produce una neta separación entre titularidad y gestión, el Estado no actúa como dueño del servicio (aunque pueda serlo de determinados activos afectados a éste) sino en el doble papel de concedente y regulador, es decir, en cuanto a su otorgamiento, la determinación de las reglas aplicables a los concesionarios y su control.

De esa manera, la concepción actual pone el acento en la función reguladora del Estado y en el control de la actividad de las empresas privadas que gestionan el servicio, control que se asigna a entes independientes, los que, sin embargo, antes que crear nuevas reglas (salvo que la ley le delegue atribuciones dentro de los límites fijados por el art. 76 de la CN) tienen por principal misión aplicar la regulación que hace el Estado al conceder el servicio y aún a posteriori, dentro del marco contractual preestablecido.

Como se verá seguidamente, esas transformaciones terminan incidiendo en el régimen jurídico del servicio público en el que se afirma la obligatoriedad como uno de los rasgos peculiares, que lo tipifica (11).

VII. LOS MODOS DE GESTIÓN Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO

a) Concesión y licencia

El modo más típico de gestión para la prestación de los servicios públicos continúa siendo la figura de la concesión, de naturaleza contractual, por la que se otorga a una empresa privada el derecho de explotar (comercializar y distribuir) un determinado servicio público, con o sin exclusividad. La concesión de servicios públicos (utilizada para el servicio de comercialización y distribución de energía eléctrica y para la distribución de agua) va siempre acompañada de un régimen jurídico administrativo especial, por el que se le atribuyen diversos poderes al concesionario en el marco de la prestación a su cargo.

A su vez, la figura de la licencia consiste en un acto unilateral del Estado que genera relaciones bilaterales con el licenciataria, relaciones que no son preexistentes como en la autorización sino creadas ex novo.

Sin embargo, cuando la licencia reviste naturaleza contractual y su objeto es la explotación de un servicio público, ella es, en el fondo, una concesión con las modalidades peculiares que le imprima cada marco regulatorio (12).

Las consecuencias que se desprenden de dicha categorización no implican la configuración de un régimen jurídico unitario para aquellos contratos en que la legislación optó por encuadrar la relación concesional bajo la figura de la licencia (13) sino un entramado de principios y técnicas que, en cada régimen sectorial puede

presentar una regulación diferente y específica.

Más aún, el proceso de globalización de la economía mundial muestra la existencia de problemas similares entre diferentes sistemas jurídicos, como son el argentino y el británico (14), cuyas interpretaciones resultan susceptibles de ser aplicadas, respetando siempre las peculiaridades del nuestro y la finalidad del modelo adoptado por la legislación vernácula.

En resumidas cuentas la primera regla conduce a la aplicación de las prescripciones específicas de los marcos regulatorios y de los contratos de licencia. A su vez, ante una carencia normativa, otra regla de hermenéutica indica la necesidad de acudir a la analogía integrando el vacío mediante un proceso de adaptación del principio o norma que se considera que contiene una ratio juris similar a las reglas y cláusulas contractuales que rigen en cada licencia en particular.

Con esa peculiaridad, los principios jurídicos de la concesión de servicios públicos y las soluciones que brinda el derecho comparado pueden aplicarse para cubrir las lagunas normativas que presentan los regímenes sectoriales que han optado por encuadrar la relación jurídica de prestación bajo la figura de la licencia, de naturaleza contractual (15).

b) Sobre el régimen administrativo a las concesiones de servicios públicos

En la concesión de servicios públicos, matizada, primero, y más tarde absorbida, por el derecho administrativo del siglo XX, las principales notas que caracterizaban la determinación de una actividad como servicio público y el régimen jurídico aplicable eran:

- el titular del servicio público era el Estado, siendo dicha titularidad inalienable;
- esa titularidad devenía implícita de su naturaleza, o bien, de la ley;
- la figura mediante la cual la Administración delegaba la gestión del servicio al empresario privado era la concesión de servicios públicos;
- los bienes que el Estado le hubiera vendido o facilitado y los que adquiriera el concesionario a posteriori revertían al patrimonio estatal al finalizar la concesión;
- toda concesión de servicios públicos debía ser temporal;
- la transferencia al Estado de los bienes del concesionario podía llevarse a cabo por razones de interés público en cualquier tiempo (rescate);
- la Administración conservaba el poder de modificación unilateral e implícito del contrato de concesión (ius variandi) sin perjuicio del derecho del concesionario a ser indemnizado;
- las potestades inherentes al rescate y a la modificación unilateral se consideraban irrenunciables;
- la igualdad tarifaria configuraba uno de los pilares esenciales del servicio público.

Ahora bien, ese bagaje de principios, que provenía del antiguo derecho administrativo, ha sido y está siendo objeto de una profunda revisión y consecuente transformación a fin de adaptar el régimen jurídico del servicio

público a las concepciones dominantes en la actualidad, a través de un proceso cuyo desarrollo, en algunos campos, aún no ha culminado.

¿Porqué y cómo sobrevive la figura del servicio público? ¿Es compatible con la introducción de la competencia? Resulta evidente que las obligaciones o cargas del servicio público, aún en un régimen de competencia de las prestaciones, no han desaparecido y que la noción de servicio de interés general que introduce el derecho comunitario europeo constituye un supra-concepto comprensivo del servicio público al que no excluye ni niega (16).

Se ha intentado reemplazar el servicio público por la noción de regulación económica (proveniente del derecho anglo-sajón) lo que nos parece erróneo por varios motivos. El servicio público (en su versión amplia o restringida) es una institución con caracteres típicos y definidos mientras que la regulación constituye una función o actividad englobada en el poder de policía. En cualquier caso, el servicio público es el objeto de la regulación, por lo que esta noción que juega en el plano de la competencia y de los poderes o facultades de los órganos estatales nunca puede confundirse con la institución que regula. En tal sentido, la publicatio, en su función actual, no se diferencia de la regulación (17).

No parece haber duda, sin embargo, respecto de la subsistencia de algunos de los caracteres fundamentales del régimen jurídico del servicio público tales como la continuidad, regularidad y obligatoriedad, los que, junto a la, igualdad, constituían el basamento típico de su régimen administrativo.

Con todo, no se alcanza a configurar un régimen jurídico homogéneo, habida cuenta las diferencias existentes en los distintos marcos regulatorios, ya que si bien se advierten cambios significativos en algunos regímenes (en la concepción que regía el campo de la concesión de servicios públicos), en otros, ello no se ha producido, como lo indican las transformaciones llevadas a cabo mediante técnicas que tienden a fortalecer la estabilidad de las concesiones, como la interdicción del rescate y la revocación por oportunidad, sobre cuya inconveniencia comienza a forjarse consenso, al menos para no aceptar su configuración implícita.

Otra figura que comienza a padecer una declinación histórica es la llamada reversión de los bienes (18) al fin de la concesión (mantenida en algún régimen sectorial como el del agua) que en vez de garantizar patrimonialmente al Estado quita todo incentivo para que el concesionario realice inversiones en los últimos años de su gestión, cuando ya no es posible efectuar las amortizaciones. De otra parte, en algunos regímenes sectoriales, el principio de igualdad tarifaria aparece matizado con el de solidaridad a través de la creación de componentes tarifarios específicos (v.gr.: el cargo SUMA en la concesión de Aguas Argentinas) o bien, mediante el establecimiento de una tarifa social (tal como aconteció con los acuerdos marco celebrados con las distribuidoras de electricidad para proveer el servicio a villas de emergencia y barrios carenciados).

Corresponde también señalar que en la evolución que ha experimentado la concesión de servicios públicos no puede dejar de señalarse un aspecto de gran trascendencia para la estabilidad contractual, ya advertido hace unos años por Ariño (19) como es la sustitución del principio del riesgo y ventura (que caracterizaba a las primeras concesiones de servicios públicos), el cual aparece desplazado por el principio del equivalente económico o del equilibrio financiero mediante una ecuación que limita el riesgo del concesionario al derivado de su ineficiente gestión, sin cargarle ni el alea administrativa (hechos del príncipe) ni el alea económica que no le sea imputable ni pueda entrar dentro de una razonable previsión.

Por último, el análisis de los regímenes sectoriales existentes revela la imposibilidad de englobarlos en un régimen jurídico homogéneo por cuanto existen una serie de características diferenciales que obstan a su configuración unitaria, las cuales pueden someramente, describirse así:

(i) la propiedad de los bienes afectados a la concesión es estatal en el caso de los servicios de distribución del agua y de electricidad mientras que los bienes son de propiedad privada en el servicio de distribución del gas y en el campo de las licencias de telecomunicaciones otorgadas para prestar el servicio básico, con reversión de

los bienes al Estado al finalizar los períodos de la concesión y licencia, respectivamente;

(ii) por su parte, la potestad de proceder al rescate de la concesión se halla expresamente contemplada en el servicio de distribución de agua potable, con una indemnización de base contractual, estando en otros supuestos limitada por un plazo de veinte (20) años (aeropuertos) y en otros, vedada (gas y telecomunicaciones) en forma expresa;

(iii) los regímenes tarifarios combinan, mediante formulaciones técnicas de gran diversidad, el sistema de price cap con el de la tasa de retorno, y aunque, en general, existe una tendencia a la aplicación del primero, no se excluye la determinación de la rentabilidad a la hora de fijar las tarifas máximas que pueden percibir los distintos concesionarios y licenciatarios, ni tampoco la obligatoriedad de determinadas inversiones a cargo de éstos a fin de mantener la calidad de las prestaciones.

El plano de la realidad demuestra pues la inexistencia de un régimen unitario y los inconvenientes que podrían llegar a generarse si se concretasen los intentos hacia la unificación que algunos vienen propiciando, en la medida en que ella estuviera en colisión con los derechos adquiridos y la peculiar naturaleza o realidad que exhibe cada clase de servicio público o actividad del interés público.

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

La idea anglosajona 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, ésta actúa con independencia total del Poder Ejecutivo y como árbitro neutral de los intereses contrapuestos de prestadora y clientes.

Es fácil advertir que, el sentido práctico de los anglosajones 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 sólo 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 la 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.

Esto es así porque conforme a nuestro sistema constitucional el Poder Ejecutivo conserva la jefatura de la Administración (arts. 99 y 100, CN) (20) 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,

particularmente con la jefatura de la Administración que le corresponde a dicho órgano (arts. 99, inc. 1° y 100, inc. 1°, CN).

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 sólo 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 de 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 art. 76 de la CN;

(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 que han precedido 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 sólo por la anarquía normativa que se produciría sino porque el poder reglamentario la Constitución Nacional lo ha atribuido, en exclusiva, al Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 2°, CN).

En consecuencia, se impone la separación de la función regulatoria de las que lleven a cabo los entes de control (21), 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".

IX. LAS CLÁUSULAS DE AJUSTE DE TARIFAS EN FUNCIÓN DE ÍNDICES DE INFLACIÓN EXTRANJERA

Prácticamente, la totalidad de las concesiones y licencias de servicios públicos contienen cláusulas de ajuste de las tarifas en función de índices generales o sectoriales que reflejan —en más o en menos— los ascensos o descensos de los precios en el mercado norteamericano.

Cabe apuntar que, aún en países con estabilidad económica que fueron pioneros en la privatización de los

servicios públicos se utilizan fórmulas de ajuste de costos, conforme a una canasta indicadora de bienes y servicios, y no se ha cuestionado en ellos que tales fórmulas impliquen realimentar la inflación.

En tal sentido, Urbiztondo ha señalado que "...esta indexación de tarifas en Estados Unidos e Inglaterra tiene por objeto reducir el riesgo de rentabilidad de las inversiones específicas y existe con el fin de favorecer a los usuarios con menores tarifas y mayor inversión..." agregando que "las relaciones de largo plazo, sean éstas entre privados y entre un concesionario y el Estado regulador, están a menudo caracterizadas por inversiones específicas y sólo recuperables dentro de dicha relación. Por este motivo, quien decide invertir requiere que estén establecidas las cláusulas por las cuales se calculará la remuneración a dicha inversión; en caso contrario, o bien no invierte, o bien solicita una compensación mayor o por anticipado para reducir o evitar el riesgo que la falta de definición implica. En consecuencia, resulta imprescindible que los términos de ajuste contractual estén establecidos en los contratos para lograr mejores precios" (22). En suma, se trata de una cláusula de estabilidad tarifaria que contribuye a lograr la mayor eficiencia de las inversiones.

1. El modelo utilizado en la Argentina

En el modelo adoptado por los marcos regulatorios nacidos como consecuencia de la reforma del Estado, entre ellos, los servicios de telecomunicaciones, agua potable, energía eléctrica y gas natural, se ha adoptado el sistema denominado price cap.

De ese modo, en la privatización de la distribución de gas, por ejemplo, se optó por incluir en el esquema de price cap al PPI de los Estados Unidos como el factor que refleja la evolución de la canasta de bienes y servicios representativos de la actividad. La fórmula básica de este esquema consiste en el ajuste de las tarifas por un índice de precios, más un factor K que refleja las inversiones a realizar y juega como un factor de incremento de las tarifas de acuerdo con los proyectos de inversión aprobados, menos un factor X que refleja la reducción de costos, en razón de la eficiencia que se logra por incorporación tecnológica.

El componente de ajuste de precios en el sistema price cap tiene como fundamento reconocer a los prestadores del servicio las variaciones de los costos, no de sus propios costos, sino de los del conjunto de la actividad. Su eliminación implicaría quitarle al sistema legalmente establecido, la única posibilidad que tienen las compañías de reflejar en las tarifas variaciones en los costos. Desde el punto de vista económico, éste no es un mecanismo indexatorio, sino un factor de corrección. En suma, la aplicación de este tipo de cláusulas que pueden, en algunos casos, no reflejar el aumento de los costos internos, implica la alineación de las tarifas con los índices de precios del mercado norteamericano y representan, por tanto, una garantía para los inversores y prestamistas. En tal sentido puede ocurrir, como ha acontecido, que los índices de aumento de los precios del mercado norteamericano sean inferiores a los que reflejan los índices locales, en cuyo caso la cláusula deja de operar. Sería injusto, por ello, no aplicarla cuando conducen a un aumento de tarifas además de la inconveniencia económica en el plano del estímulo de la inversión, la seguridad jurídica y el respeto por los derechos adquiridos.

La ventaja del sistema price cap radica en que una vez establecido el nivel tarifario (el nivel base y su corrección), la empresa se ve obligada a tratar de lograr eficiencias que le signifiquen un ahorro en sus costos, lo que se verá luego reflejado en reducciones tarifarias reales a través de un factor de eficiencia que sin duda beneficiará a los usuarios.

En algunos sistemas (v.gr. gas y electricidad), al no garantizarse una tasa de rentabilidad a la licenciataria, o concesionaria, ésta se ve estimulada a alcanzar mayores beneficios mediante la introducción de innovaciones tecnológicas (inversión) y el aumento de la eficiencia en el uso de recursos.

2. Las fórmulas de ajuste tarifario por índices de inflación externos no contravienen la Ley de Convertibilidad

Habida cuenta de que la Ley de Convertibilidad prohíbe la actualización monetaria, la variación de costos y repotenciación de deudas (23) se ha planteado la cuestión de si estas fórmulas de ajuste contravienen o no dicha interdicción legislativa.

La respuesta a este interrogante conduce a sentar la inaplicabilidad del precepto señalado con base en que la tarifa no retribuye una prestación pecuniaria efectuada en el pasado o en el momento sino que representa una ecuación que rige para el futuro y que tiene por objeto retribuir al titular de la licencia, básicamente, las inversiones, los costos fijos y la rentabilidad, y que, además, resulta acotada por parámetros de eficiencia.

Así, en la relación entre el Estado y la empresa licenciataria o concesionaria, la tarifa representa un valor que refleja su equivalente en dinero participando de la naturaleza propia de las obligaciones dinerarias, respecto de los usuarios, sólo a partir de la emisión de la factura o determinación nominal de cada precio individual.

En tal caso, el dinero funciona como la retribución del servicio que se presta y de las inversiones realizadas, con un régimen peculiar, el cual puede advertirse, entre otras cosas, del hecho de que las eventuales pérdidas que sufran las licenciatarias (siempre que no deriven de cambios en los costos que estén fuera del control del concesionario o que sean extraordinarios) no justifican el ajuste de las tarifas.

Por lo demás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido terminante en el sentido de sostener la inaplicabilidad del art. 7° de la ley 23.928 a las deudas dinerarias (24).

X. LA RESPONSABILIDAD DE LAS CONCESIONARIAS Y LICENCIATARIAS FRENTE A LOS USUARIOS POR DAÑOS OCASIONADOS POR INTERRUPCIONES DEL SERVICIO

Los sistemas de responsabilidad en materia de concesiones y la licencia de servicios públicos cuando se interrumpen los suministros o prestaciones y se ocasionan daños a los usuarios requieren de fórmulas de equilibrio que, como en el caso del transporte aéreo, permitan la limitación de responsabilidades, algunas veces con base en regímenes o cláusulas de naturaleza objetiva e incluso cláusulas de exención de responsabilidad por causas ajenas a la prestataria (25). Para ello, juegan fundamentalmente consideraciones económicas que hacen al valor de la tarifa, la configuración y estado de la red así como el nivel de inversiones que será menor a medida que aumente el riesgo empresario derivado de una responsabilidad civil por la actividad riesgosa.

Se impone pues una ecuación equilibrada que preserve el interés de la comunidad en no encarecer las tarifas con riesgos no acotados que, en definitiva, serán trasladados a las tarifas, o bien, implicarán una reducción de las inversiones de las concesionarias o licenciatarias.

Sin embargo, reciente jurisprudencia de una de las salas en lo Contencioso Administrativo Federal (26) sostuvo que, en el caso de interrupción del suministro del servicio eléctrico correspondía aplicar directamente el Código Civil por sobre la fórmula de responsabilidad objetiva y limitada prevista en el Sub-Anexo 4 del Contrato de Concesión, condenando a la distribuidora eléctrica a la indemnización del lucro cesante.

Creemos que se trata de una jurisprudencia errónea por cuanto corresponde, en tales casos, aplicar la cláusula del contrato de concesión de servicios que, como tal, configura una relación contractual de derecho administrativo cuyos efectos se proyectan (además de los que se generan entre las partes) con relación a terceros que no han sido partes del contrato.

Precisamente esta circunstancia, que refleja la presencia de uno de los elementos del régimen administrativo propio del contrato de concesión de servicios públicos, indica la prevalencia que cabe atribuir al derecho administrativo sobre el Código Civil, cuya aplicación sólo sería pertinente por analogía y nunca en forma directa.

Dicha precedencia, en virtud de la autonomía del derecho administrativo, corresponde tanto si la cláusula de responsabilidad se encuentra establecida en la ley como en el contrato pues no se trata de contraponer el Código Civil a un contrato sino de aplicar soluciones previstas para un ordenamiento diferente que pertenece al derecho público, en cuyo ámbito se resuelven, en principio, los problemas que plantea la aplicación e interpretación de una cláusula contractual de la concesión o licencia de servicios públicos.

De lo contrario podrían hasta duplicarse las indemnizaciones debidas a los usuarios y el quiebre de la ecuación económico-financiera de cada concesión se produciría indefectiblemente si ocurren interrupciones o emergencias por plazos mayores a los normales o corrientes.

XI. EL MANTENIMIENTO DEL SERVICIO UNIVERSAL Y LA TRANSICIÓN HACIA UN RÉGIMEN MÁS ABIERTO Y COMPETITIVO

Se sostiene, en el plano de la técnica, que prácticamente todos los servicios públicos pueden prestarse bajo un régimen competitivo y abierto, de modo que la liberalización de ellos provocaría un incentivo para la realización de nuevas inversiones y el acceso a las redes de distribución para comercializar las prestaciones a un precio de mercado que, por resultar del juego de la oferta y la demanda, sería el menor que paguen los usuarios o clientes de los servicios sin la injerencia del Estado regulador (lo que resultaría ventajoso).

Sin embargo, como también se sostiene que la propiedad de las redes se encuentra, en general, en cabeza de una o muy pocas empresas y como, además, desde el punto de vista geográfico, ambiental y económico resulta imposible la instalación de muchas redes de distribución en las zonas territoriales que demandan los servicios, el problema fundamental que plantea la apertura de la competencia se centra en la determinación de los llamados derechos de conexión o peajes que permiten el acceso y la utilización de las redes. ¿Quién los fija y con base en qué criterio?

Como se trata de abrir la competencia y dada la posición monopólica o dominante de los propietarios de las redes, tales derechos sólo pueden ser fijados por el Estado como titular de la potestad regulatoria, lo cual, desde luego, no impide que, sin enajenar sus potestades, pueda regular su ejercicio en los respectivos contratos de concesión o licencia.

Los criterios para fijarlos pueden ser múltiples y variados, debiendo adaptarse a las modalidades de cada servicio. En cualquier caso, ellos tienen que respetar el mantenimiento de la ecuación económica financiera de las concesiones existentes (salvo que se indemnice o compense a sus dueños de otro modo) y contemplar, sobretudo, el financiamiento de los denominados servicios universales que son aquellos que el Estado considera servicios básicos mínimos a los que todos los ciudadanos tienen derecho a acceder así como los que se prestan en zonas no rentables (27).

En resumidas cuentas, la cuestión pasa por hacer compatible el servicio competitivo con el servicio universal y trazar las reglas de separación entre uno y otro, lo cual entraña una serie de dificultades que van desde la determinación de las tarifas y su diversificación (28) (incluyendo el análisis de los subsidios cruzados) hasta la distribución equitativa de los mayores costos que irroga el servicio universal. Y aquí juega el principio de solidaridad que conduce, en casos excepcionales, al establecimiento, incluso, de tarifas sociales.

Con todo hay que evitar, como se ha señalado, el riesgo de que la teoría contradiga la realidad (29) ya que el costo de desandar las situaciones consolidadas (concesiones con exclusividad zonal, por ejemplo) puede ser mayor para los ciudadanos, sin reparar en las indemnizaciones que debería abonar el Estado por el cambio de régimen.

Tampoco es justo que esto se lleve a cabo en forma encubierta (ej.: rebaja unilateral de los niveles de las categorías de grandes usuarios) sino que tendrá que ser producto de un consenso entre las partes involucradas, dentro de un clima de seguridad jurídica y transparencia, en las que se basa la confianza de los inversores.

XII. EXCURSO SOBRE LA APLICACIÓN DE DOS CONCEPCIONES BÁSICAS DEL DERECHO NORTEAMERICANO: A) LA TEORÍA DE LA DEFERENCIA Y B) LA LLAMADA JURISDICCIÓN PRIMARIA

Como es sabido, el derecho administrativo norteamericano se montó alrededor de una serie de decisiones jurisprudenciales que afirmaron la especialidad del derecho destinado a regir la actividad de las agencias o entes reguladores en comparación con las clásicas reglas del common law, típicas del derecho privado.

En el conjunto de ese derecho, que se extendió de modo tal que terminó incorporando regulaciones específicas en el plano legislativo, se destacan nítidamente dos concepciones, cuya aplicación al caso argentino corresponde analizar habida cuenta de que los entes reguladores constituyen una de las pocas instituciones de nuestro derecho administrativo que hunde sus raíces en el modelo de las agencias reguladoras independientes del derecho norteamericano (30).

Como es sabido, el derecho norteamericano se orientó hacia la restricción del control judicial para juzgar la legalidad de la actividad administrativa y reglamentaria de las agencias reguladoras independientes a través de dos construcciones jurisprudenciales distintas: la teoría de la deferencia, por una parte, y la concepción de la jurisdicción primaria, por la otra.

Como lo ha puesto de relieve recientemente Bianchi (31) ambas concepciones tienen diferentes posibilidades de ser aplicadas en nuestro derecho. En efecto, si la teoría de la deferencia implica restringir el control judicial sólo a los casos en que la interpretación del ente regulador prevalece en la medida en que no sea manifiestamente errónea o contradictoria con la regulación o bien, en la medida en que sea razonable cuando la ley es insuficiente o ambigua (doctrina de los casos "Bowles v. Seminole Rock & Sand Co" y "Chevron" de la Corte Suprema norteamericana), resulta evidente que ella choca con la concepción dominante en nuestro derecho constitucional y administrativo, según la cual el control judicial debe ser suficiente, con amplitud de debate y prueba (conforme a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en el conocido caso "Fernández Arias") (32). De allí surge que la interpretación existente en el derecho público sea más garantística, en principio, pues los tribunales suelen aplicar, en forma quizás inconsciente, la teoría de la deferencia, cuando la interpretación de los entes favorece a los usuarios y, a la inversa, suelen ignorarla cuando consideran que beneficia a las empresas prestadoras de servicios públicos.

A nuestro juicio, no existen obstáculos constitucionales para aplicar la teoría de la deferencia, siempre que los entes reguladores sean integrados por funcionarios especializados, honestos e independientes de la influencia política, porque es indudable que la complejidad técnica de las cuestiones que se suscitan conduce a que tal sistema, bajo esas condiciones, sea preferible al de la revisión judicial amplia por tribunales que no están en situación de conocer los aspectos financieros y tecnológicos de cada servicio público. Pero hasta tanto se cumplan tales condiciones, resulta preferible aplicar la tesis del control judicial pleno y suficiente.

De otra parte, en lo que concierne a la llamada jurisdicción primaria, la cual no hay que confundir con la teoría del agotamiento de la instancia administrativa (que para ciertos autores como Schwartz constituyen dos caras de la misma moneda) (33) ello implica dos tipos de controversias: a) aquellas que se sustraen de la competencia de los tribunales (caso "Abilene Oil Cotton Co") y b) los conflictos (o las cuestiones) en las cuales, una vez iniciado un caso judicial, los jueces deben resignar su jurisdicción a favor del ente regulador (caso "Far East Conference") (34).

Ahora bien, en el estado actual de evolución de nuestro derecho público nada impide aceptar la teoría de la jurisdicción primaria, en la medida en que se trate de entes creados por leyes y caracterizados por su especialización, imparcialidad e independencia, la cual se circunscribe a la circunstancia de atribuir jurisdicción privativa y excluyente con el objeto de que los entes reguladores resuelvan controversias entre particulares como si fueran tribunales de primera instancia, siempre que se deje expedita la posterior vía judicial.

Con ello queda, a nuestro juicio, salvada la constitucionalidad de la atribución de funciones jurisdiccionales a entidades pertenecientes a la Administración Pública conforme a la interpretación dinámica que cabe asignar al art. 109 (ex art. 95) de la CN que venimos desde hace tiempo propiciando junto con un sector de la doctrina y la jurisprudencia.

Queda en pie la cuestión concerniente al alcance de la revisión judicial, tema que aquí resulta similar al planteado respecto de la aplicación de la doctrina de la deferencia, sobre la que hemos expuesto precedentemente nuestro punto de vista.

XIV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En el estado actual de la evolución del derecho administrativo argentino carece realmente de interés proseguir el debate en torno a la existencia de una institución como el servicio público que, a partir de la reforma de 1994, posee status constitucional.

El servicio público, como construcción dogmática, no es un producto de las ciencias exactas sino de la realidad y, como tal, adolece de la imprecisión que, en mayor o menor medida, acompaña a todas las instituciones jurídicas (35) y por ser una institución que se apoya en la realidad antes que en la ideología ha podido subsistir y evolucionar, sin que se resienta su contenido esencial que es, en definitiva, la satisfacción de las necesidades que una comunidad considera primordiales o esenciales sometiéndolas a un régimen jurídico especial.

Por tales motivos, no obstante las críticas doctrinarias que la institución del servicio público ha venido soportando, no se puede desconocer que las reformas constitucional y legislativa operadas en nuestro país le han conferido una renovada vigencia que demandará, no obstante, su adaptación a las grandes transformaciones iniciadas en la última década del siglo pasado.

Esas adaptaciones requerirán conciliar la regulación de actividades abiertas a una competencia plena o acotada con los llamados servicios universales, sin alterar el modelo de gestión privada para la prestación de servicios públicos y demás actividades de interés público adoptado a partir de la Reforma del Estado, en el que podrán jugar de un modo armónico los principios de subsidiariedad, eficiencia y solidaridad —a fin de satisfacer aquellas necesidades esenciales que demanda la comunidad— que son el basamento para el ejercicio de las libertades de los ciudadanos y de la cohesión social.

Algunos autores se han preguntado ¿hacia dónde va el Estado? La suerte de este interrogante pertenece hoy más al plano de la economía que al de la ciencia política y aunque la característica global que exhibe el mundo a fines del siglo pasado ha sido la decadencia de la concepción de la soberanía estatal, el papel del Estado en los servicios públicos abre un nuevo camino al instalar la idea de la regulación para la competencia que comprende entre otras cosas la configuración de un mercado que permita la apertura del acceso a las redes, su libre utilización y el modo de financiar el servicio universal. Como bien se ha advertido el mercado "es el primero que necesita del Estado" (36) reclamando su intervención selectiva para garantizar las libertades y los derechos de propiedad de los ciudadanos y empresas.

Y en los sistemas que han contado, en la primera fase de privatización, con empresas concesionarias o licenciatarias que poseen exclusividades zonales, la transición deberá hacerse respetando los contratos celebrados y la seguridad jurídica y por consenso con los interesados dado que es en este último donde radicará la legitimidad de cualquier modificación de las reglas de juego existentes que el Estado considere conveniente realizar a fin de introducir competencia y de mejorar la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

(1) POUGNAUD, Pierre, *Service Public "a la française" ¿una exception en Europe?*, Institut de Gestion Déléguée, Paris, 1999, p. 65, afirma que el vocablo servicio público tiene la ventaja de evocar una amplia posibilidad de acceso a un vasto público, por lo que conlleva una connotación muy democrática. Por supuesto, la fórmula "servicio económico de interés general" ha sido consagrada en el derecho comunitario europeo.

(2) Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Granada, 1999, ps. 439/442.

(3) CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, 6ª ed., t. I, Buenos Aires, 1998, ps. 62 y ss.

(4) Ver CASSESE, Sabino, "Las transformaciones del servicio público en Italia", *AeDP*, nro. 4, Buenos Aires, 1996, p. 5.

(5) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios...*, cit., p. 439.

(6) Leyes 24.065 y 24.076.

(7) Ley 23.696, art. 10.

(8) Establecido en los arts. 21 y ss. (cap. III) de la ley 23.696.

(9) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios...*, cit., ps. 553 y ss.

(10) Nos remitimos a lo expuesto en "La participación pública en el control de los servicios públicos", *RAP*, 250-9, año XXI, Buenos Aires, julio 1999; con una óptica diferente véase el lúcido análisis de GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 3ª ed., Buenos Aires, 2000, p. VI-21.

(11) Ver MAIRAL, Héctor A., "La ideología del servicio público", *REDA*, ps. 429 y ss., Buenos Aires, 1993; y nuestro *Derecho administrativo*, 6ª ed., t. II, p. 438.

(12) Véase MARIENHOFF, Miguel S., "Los privilegios en el derecho público", *ED*, 162-1200.

(13) Cfr. TAWIL, Guido S., "A propósito del proyecto de ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos", *RAP*, 252-21 y ss., Buenos Aires, septiembre de 1999; en contra: SALOMONI, Jorge L., "Régimen de los bienes públicos en las concesiones o licencias de servicios públicos (el caso de la explotación en la distribución del gas natural)", en *Derecho administrativo hoy*, Buenos Aires, 1996, ps. 305 y ss.

(14) BUDASSI, Iván F., "Licencias y concesiones: un estudio comparativo entre los sistemas del Reino Unido y la Argentina", *REDA*, nro. 24/26, ps. 227 y ss., Buenos Aires, 1998.

(15) ROCA JUNYENT, Miguel, "Neorregulación, servicio público y el papel del Estado en el mundo globalizado", en un trabajo presentado al 44º Congreso de la Union International des Avocats (celebrado en Buenos Aires entre el 29 de octubre y el 2 de noviembre de 2000) ha señalado, con acierto, que "la fuerte regulación a la que están sometidos los mercados analizados [se refiere fundamentalmente a las telecomunicaciones, electricidad y energía] y las obligaciones impuestas a algunas de las empresas que en ellos operan, justificadas por razones de interés general, acercan su situación a las de las empresas concesionarias de servicios públicos" planteando la posibilidad de aplicar a esas actividades los principios propios del contrato de concesión de servicios públicos (ROCA JUNYENT, Miguel, "Neorregulación...", cit., p. 14).

(16) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás R., "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", *RAP*, 150-64, Madrid, sept.-dic. 1999.

(17) CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, t. II, 6ª ed., Buenos Aires, 1998, ps. 421-422. Ésta es también la opinión que, recientemente, ha sostenido Tomás Ramón Fernández (FERNÁNDEZ, Tomás R., "Del servicio...", cit., p. 64).

(18) Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. I, 9ª ed., Madrid, 1999, ps. 740 y ss., para quienes la reversión no es de la esencia de la concesión y al poseer una naturaleza exclusivamente económica que juega en el equilibrio contractual debe ser motivo de pacto expreso.

(19) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios...*, cit., y *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, ps. 194 y ss.

(20) Cfr. CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, cit., t. I, ps. 354 y ss., t. II, ps. 434 y ss.

(21) Ver LAGUNA DE PAZ, José C., "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 prensa).

(22) URBIZTONDO, Santiago, "El ajuste de las tarifas telefónicas y el Dictamen del Procurador del Tesoro", *Indicadores de Coyuntura*, nro. 400, ps. 17/19, Fundación de Investigaciones Latinoamericanas, Buenos Aires, mayo de 2000. Puntualiza este economista que: "el ajuste de precios según la inflación es un mecanismo que procura guiar cómo evolucionará la remuneración a quien realizó las inversiones que permiten la transacción: si no es posible establecer contractualmente dicho ajuste entonces o bien el precio debe ser fijo (y el riesgo de inflación requiere una mayor remuneración del capital, resultando en un precio real en promedio mayor) o bien el precio debe discutirse período a período, anticipándose que la efectividad de la inversión significará una posición desventajosa en las discusiones futuras; en ambos casos, el resultado es que el riesgo es mayor, el precio por ende también es mayor, y las inversiones serán menores".

(23) Ley 23.928, art. 7°.

(24) LL, 1995-D-798 y 1996-D-551.

(25) Ver p. ej., el art. 11, inc. c) del Reglamento de Servicio aplicable a las Distribuidoras de Gas Natural. Sobre la limitación de la responsabilidad de empresas distribuidoras de energía eléctrica en los regímenes europeos, véase: BARREIRO, Rubén, "Naturaleza jurídica de la relación concesionario-usuario y responsabilidades emergentes", en *Jornadas sobre Servicio Público de Electricidad*, ENRE, Buenos Aires, 1995, ps. 270 y ss.

(26) Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., sala I, 15-X-1998, en el caso "Ángel Estrada y Cía. SA v. res. 71/1996, Sec. Ener. y Puertos", ED, 187-980 y ss.

(27) Según anota Bianchi se trata de un concepto antiguo nacido en el campo de las telecomunicaciones proveniente de Theodore Vail, un empresario norteamericano (cfr. BIANCHI, Alberto B., "La regulación económica en Estados Unidos", REDA, 32-403/404, Buenos Aires, dic. 1999).

(28) Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios...*, cit., p. 586, quien considera que las tarifas diversificadas son compatibles con el servicio universal.

(29) A RIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios...*, cit., p. 581.

(30) Cfr. GORDILLO, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 5ª ed., FDA, Buenos Aires, 1998, p. XV-13; COMADIRA, Julio R., "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados (con particular referencia a Enargas, ENRE, CNT y Etoss)", ED, 162-1134 y nuestro trabajo "Los nuevos entes regulatorios", REDA, 14-485/486, Depalma, Buenos Aires, 1993.

(31) Cfr. BIANCHI, Alberto B., *La regulación económica*, Ábaco, t. I, Buenos Aires, 2001, ps. 287 y ss.

(32) Fallos, 247:646.

(33) SCHWARTZ, Bernard, *Administrative law*, 3ª ed., Little Brown & Co., 1991, ps. 533/561 (obra que hemos tenido a la vista aunque la cita ha sido hecha por BIANCHI, Alberto B., *La regulación...*, cit., p. 291) y PERRINO, Pablo E., "El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense", en *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, dir. por Cassagne y Gordillo, Platense, La Plata, 2000, p. 271.

(34) Cfr. BIANCHI, Alberto B., *La regulación económica*, t. I, Ábaco, Buenos Aires, 2001, p. 295.

(35) Algunos críticos de la construcción dogmática proponen reemplazar la teoría del servicio público por el concepto de regulación económica o, simplemente, poder de policía o policía, mediante formulaciones (también teóricas) que no cuentan con mayor precisión y traducen las más de las veces posturas ajenas a la realidad constitucional y legislativa. Ello no es óbice para reconocer el esfuerzo que algunos hacen para despojar al servicio público del lastre autoritario y estatista que le insufló la llamada Escuela de Burdeos, hoy día inadaptable, en muchos aspectos, al nuevo modelo de gestión privada de los servicios públicos. En cualquier caso, los jueces, legisladores y juristas (aun los que critican la noción) continúan refiriéndose al servicio público

como un concepto institucional vigente y un valor entendido en nuestra comunidad jurídica.

(36) RETORTILLO BAQUER, Sebastián M., Fragmentos de derecho administrativo, Madrid, 2000, ps. 207 y 212.