

The background of the cover features a black and white architectural photograph of a modern building's exterior. A prominent green diagonal band runs across the upper portion of the image, serving as a backdrop for the author's name and the title. The building's facade is composed of various geometric forms, including a grid-like pattern and a series of curved, cylindrical elements.

JUAN MARTÍN GONZÁLEZ MORAS

# El servicio público como derecho social



debates

# **El servicio público como derecho social**

**JUAN MARTÍN GONZÁLEZ MORAS**



González Moras, Juan Martín

El servicio público como derecho social / Juan Martín González Moras. -  
1a ed. - La Plata : EDULP, 2017.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-4127-35-8

1. Servicios Públicos. 2. Derechos Sociales. I. Título.

CDD 363.6

**El servicio público como derecho social**  
**JUAN MARTÍN GONZÁLEZ MORAS**



EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA (EDULP)

47 N.º 380 / La Plata B1900AJP / Buenos Aires, Argentina

+54 221 427 3992 / 427 4898

edulp.editorial@gmail.com

www.editorial.unlp.edu.ar

Edulp integra la Red de Editoriales de las Universidades Nacionales (REUN)

Primera edición, 2017

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11723

© 2017 - Edulp

Impreso en Argentina

*“...Necesito renovar mi interior  
dibujarse es vivir, el presente es un proyecto anterior  
se agotó por aquí, necesito desarmar el taller  
aprenderse es vivir, raspar el empapelado de ayer  
no dejarse dormir.  
Necesito repintar la razón, pelear es vivir...”*

FERNANDO CABRERA

A Jorge Luis Salomoni.

A Pascual Caiella, Pamela Pittatore y Marcelo Salinas, por tantos años de trabajo y amistad.

A Esteban Rodríguez Alzueta, Fabián Albelo, Fabiana Di Luca, Santiago Sebastián Arenillas, Miguel Boo, Elea Peliche, Alfonso Buteler, Juan Gustavo Corvalán, Leandro Ferreyra, Sofía Caravelos y Pablo Cabral, amigos que estuvieron de muchas maneras en los momentos necesarios.

A Claudio Viale, por sus palabras y su acompañamiento sin condiciones, por sus sugerencias y consejos, y por la oportunidad que me brindó en la Universidad Nacional de Córdoba.

A mis padres Juan Carlos y Ana María, y mis hermanas Ana Clara, María Dolores y María Catalina, por su empuje y sostén.

A Mercedes, Manuel e Inés, que con su amor dan sentido a todo esfuerzo, y con quienes tuve el privilegio de compartir la alegría y el desvelo de tantas horas de estudio y escritura. Y la defensa de esta tesis en un soleado mediodía cordobés de abril de 2016.

# Índice sistemático

<b>Prólogo</b> .....	25
----------------------	----

## **PARTE I. INTRODUCCIÓN GENERAL**

### **Capítulo I. Una introducción a la problemática abordada**

1. De genealogías y cartografías .....	29
2. La vuelta al servicio público .....	31
2.1. Períodos regulatorios y modelos prestacionales .....	35
2.1.1. Primer período regulatorio: las constituciones nacionales de 1853 y 1949 .....	37
2.1.1.1. Constitución nacional de 1949 .....	38
2.1.1.2. El modelo prestacional a partir de la Constitución de 1949 .....	38
2.1.2. Segundo período regulatorio: el servicio público en el marco de la denominada “reforma” del Estado .....	39
2.1.3. Tercer período regulatorio: el servicio público en el marco de la Constitución nacional de 1994 .....	41
2.2. Los modelos prestacionales .....	44
2.2.1. Primer modelo prestacional .....	44
2.2.2. Segundo modelo prestacional .....	45
2.2.3. Tercer modelo prestacional .....	45
2.2.4. Cuarto modelo prestacional .....	46
2.2.5. El modelo prestacional mixto público y privado .....	47
3. El servicio público en los ordenamientos públicos globales .....	48
4. El servicio público en perspectiva. Del paradigma de la “eficiencia” del servicio al de la “efectividad” de los derechos .....	51

## **Capítulo II. El concepto de servicio público**

1. ¿Definir o conceptualizar al servicio público?.....	51
2. Ubicación sistemática del “servicio público” a los efectos de su “definición” o conceptualización .....	54
2.1. La tesis “subjetiva” .....	56
2.2. La tesis “objetiva”: el servicio público como actividad .....	56
2.3. La organización y el régimen jurídico especial del servicio público .....	58
2.4. Las definiciones de servicio público .....	59
2.5. Síntesis: la definición de servicio público a partir de sus elementos .....	63
3. Servicio Público, actividades de interés público y public utilities. Servicio público y poder de policía .....	64
3.1. El servicio público y los “servicios de interés general”. Los diferentes modelos de gestión .....	66
4. Primera “crisis” del servicio público: nacionalización y prestación estatal directa .....	69
5. Segunda “crisis” del servicio público: el Estado “regulador” y la privatización de la prestación de los servicios públicos .....	70
6. El concepto actual de servicio público en el régimen jurídico argentino.....	71

## **PARTE II. PRIMERA ETAPA REGULATORIA**

### **EL RÉGIMEN DEL SERVICIO PÚBLICO EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO: 1853-1949**

## **Capítulo III. El servicio público en la formación del derecho público argentino**

Introducción.....	73
1. Implicancia constitucional: intervención del Estado. Creación de infraestructuras económicas. El servicio público en la constitución económica y el sistema de potestades estatales .....	73
1.1. El servicio público como función administrativa en la Constitución nacional de 1853 .....	76

1.2. El servicio público como técnica de intervención en el sistema de potestades estatales. Servicio público y poder de policía .....	78
2. Antecedentes de Derecho patrio. La idea de “policía de prosperidad” en los textos constitucionales anteriores a la Constitución Nacional de 1853 .....	79
2.1. La “cláusula de prosperidad” en el pensamiento y obra de Juan B. Alberdi. Su incorporación al proyecto de Constitución Nacional de 1853. Poder de policía de “prosperidad” y servicio público .....	82
2.2. La “cláusula de prosperidad” y su aplicación e interpretación por el Congreso constituyente .....	85
2.3. Nuestra interpretación de la Cláusula de prosperidad .....	88
3. El concepto de servicio público en la formación del Derecho público nacional. La legislación, jurisprudencia y doctrina nacional del período 1853-1900 .....	90
3.1. El servicio público en la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional del período 1853- 1900 .....	90
3.1.1. El concepto de servicio público la primera legislación nacional .....	91
3.1.1.1. El Estatuto de Hacienda y Crédito Público de 1853 .....	91
3.1.1.2. El concepto de servicio público en los primeros Tratados internacionales celebrados por la Confederación argentina .....	94
3.1.1.3. El concepto de servicio público y los delitos contra la administración pública .....	96
3.1.1.4. El concepto de servicio público en las normas de contabilidad y organización administrativa nacionales .....	97
3.1.1.5. El servicio público en las normas de jubilaciones y retiros .....	99
3.1.1.6. El concepto de servicio público aplicado en sentido estricto a actividades económicas de titularidad estatal: el servicio público económico .....	99
3.1.1.6.1. El Servicio público de correos y mensajerías nacionales .....	99
3.1.1.6.2. El servicio público ferroviario .....	102

3.1.1.6.3. El servicio público telegráfico y de comunicaciones telefónicas .....	104
3.1.1.6.4. El servicio público de faros .....	105
3.1.1.6.5. El servicio público, obras de infraestructura y concesiones de obra pública .....	105
3.1.2. El servicio público en la primera jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia nacional .....	107
3.1.2.1. El servicio público como y la prestación de actividades económicas de titularidad estatal .....	107
3.1.2.1.1. Servicio público y jurisdicción federal .....	107
3.1.2.1.2. Responsabilidad de los prestadores de servicios públicos .....	110
3.1.2.1.2.1. “Falta de servicio” y responsabilidad de los prestadores de servicios públicos. Antecedente inmediato de la responsabilidad extracontractual del Estado .....	110
3.1.2.1.2.2. Responsabilidad extracontractual de los prestadores de servicios públicos .....	113
3.1.2.1.2.3. La responsabilidad del Estado y su fundamento constitucional y legal .....	115
3.1.2.1.2.4. Responsabilidad extracontractual por actividad ilícita.....	116
3.1.2.1.2.4.1. Responsabilidad por falta de servicio con fundamento normativo autónomo ..	116
3.1.2.1.2.4.2. Responsabilidad por falta de servicio con fundamento normativo autónomo y aplicación supletoria del Código Civil.....	117
3.1.2.1.2.4.3. Responsabilidad por falta de servicio sin fundamento normativo autónomo, por aplicación de los principios generales del Código Civil .....	118
3.1.3. Servicio público y dominio público .....	120
3.1.3.1. La “afectación” al servicio público como forma de consagración de bienes al “dominio público” .....	120
3.1.3.2. Inembargabilidad de bienes afectados al servicio público .....	123



3.1.4. Servicio público y expropiación .....	126
3.1.5. El servicio público como “función administrativa” .....	128
3.1.5.1. Servicio público y contratos de la administración .....	128
3.1.5.2. Servicio público y responsabilidad del funcionario público .....	128
4. La doctrina del Derecho público nacional y el concepto de servicio público .....	130
4.1. Período 1853-1900 .....	130
4.1.1. El derecho constitucional .....	130
4.1.2. El Derecho administrativo .....	136
4.1.2.1. La decisiva influencia de Colmeiro .....	139
4.1.2.2. Las enseñanzas de Adolfo F. Orma y de Lucio V. López .....	142
4.2. Período 1900-1940 .....	144
4.2.1. El servicio público y el problema de la técnica concesional .....	146
4.2.2. Período de 1940 en adelante. Los Tratados de Derecho Administrativo .....	148

#### **Capítulo IV. Primer modelo prestacional: la técnica concesional**

1. Introducción .....	151
2. Desarrollo legislativo de la técnica concesional: dominio público, obras y servicios públicos .....	154
3. La consolidación de la técnica concesional en la jurisprudencia nacional .....	157
3.1. La técnica concesional como “privilegio” y acto de “delegación” de funciones estatales en la cláusula de prosperidad .....	157
3.1.1. Concesión de servicio público y jurisdicción federal .....	164
3.1.2. Límites constitucionales al modelo prestacional. La concesión de servicio público frente a las prerrogativas estatales y los derechos de los usuarios del servicio.....	164
3.1.3. “Delegación” de funciones estatales. Concesiones y licencias .....	165
3.1.4. Concesión de servicio público y responsabilidad .....	167
3.1.5. Concesión de servicio público y tarifas .....	167
3.1.6. Prerrogativas del Estado concedente .....	167

3.1.7. Protección de los usuarios .....	170
3.1.7.1. Concesiones de servicio público y relaciones con los usuarios: los contratos de “adhesión” .....	170
3.1.8. Concesión de servicio público y régimen de los bienes afectados al servicio .....	171
3.1.9. Concesión de servicio público y derechos de los concesionarios .....	171
3.1.10. Concesión de servicio público y rescate .....	174
4. El alcance de la concesión de servicio público .....	175

## **Capítulo V. El servicio público en la constitución nacional de 1949**

1. Teoría del Estado, servicios públicos y constitucionalismo social.....	176
2. Reformulación de la teoría del Estado en el pensamiento liberal; doctrina del Welfare State.....	180
3. Reforma constitucional de 1949. El servicio público en el marco de los derechos sociales. Ratificación de las potestades de intervención del Estado argentino y del servicio público .....	182

## **Capítulo VI. Segundo modelo prestacional: nacionalización y prestación directa de los servicios públicos**

1. Introducción .....	188
2. El intervencionismo estatal en argentina .....	190
2.1. El servicio público en manos de las empresas del Estado .....	191
2.2. Organización estatal y prestación de servicios públicos nacionales .....	193
3. La técnica concesional en el período de nacionalización de los servicios públicos .....	195
4. La consolidación del Estado empresario y el servicio público .....	196
4.1. Las denominadas “Empresas del Estado” .....	196
4.1.1. Las Sociedades de economía mixta .....	196
4.1.2. El modelo definitivo: las sociedades del Estado .....	197
5. El servicio público en la legislación entre 1945 y 1989 .....	198
5.1. La consolidación del servicio público con prestación estatal .....	198
5.1.1. Servicios de provisión de agua potable y cloacas .....	198
5.1.2. Ferrocarriles .....	198
5.1.3. Energía Eléctrica .....	199

5.1.4. Provisión de gas .....	199
5.1.5. Telecomunicaciones .....	200
5.1.6. Correos .....	200
5.1.7. Transporte automotor .....	200
5.1.8. Aeronavegación .....	200
5.1.9. Navegación, Puertos y Marina Mercante .....	201
5.2. La extensión del servicio público hacia nuevas actividades .....	201

**PARTE III. SEGUNDA ETAPA REGULATORIA**  
**EL RÉGIMEN DEL SERVICIO PÚBLICO EN LA “REFORMA”**  
**DEL ESTADO: 1989-2002**

**Capítulo VII. El servicio público en los procesos de reforma del estado. El caso argentino**

1. Premisas para el análisis de la “reforma” del Estado.....	204
2. El fundamento de la “reforma” del Estado y la “subsidiariedad” en jaque. Del Estado “mínimo” al Estado social de Derecho .....	207
2.1. Reforma del Estado y principio de subsidiariedad .....	207
2.2. El principio de subsidiariedad no puede ser entendido como un principio jurídico .....	211
2.2.1. El principio de subsidiariedad presupone un momento constitucional en el que se define la matriz de actuación del Estado .....	211
2.2.2. El nuevo liberalismo y la doctrina del Estado mínimo .....	213
2.3. El concepto servicio público en el marco de la “reforma del Estado” .....	218
3. La liberalización de mercados de servicios públicos en la Europa comunitaria .....	221
4.4. El Estado “subsidiario” frente a la afirmación de los derechos económicos y sociales.....	223
5. La “reforma” del Estado en el caso argentino .....	226
5.1. Ley 23.696 de “reforma” del Estado.....	230
5.2. Normas de carácter permanente en la legislación de emergencia .....	232
5.3. La ley 23.697 y el Decreto 2284/91 .....	234

6. Servicio público y “reforma” del Estado en el caso argentino .....	235
6.1. El “nuevo” servicio público en la doctrina y jurisprudencia .....	240
6.2. La jurisprudencia nacional: “reforma” del Estado y servicios públicos.....	249
6.3. Regulación económica, desregulación y servicio público en el proceso de “reforma” del Estado desarrollado en Argentina .....	253
6.3.1. La “Desregulación económica” y el servicio público en el marco de la “reforma” del Estado. El Decreto 2284/91 .....	255
6.3.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema nacional en materia de desregulación y liberalización de la oferta de servicios incluidos en el Decreto 2284/91 .....	257
6.3.3. La liberalización de las actividades de servicio público en argentina .....	258
6.3.4. Privatización de empresas estatales prestatarias de servicios públicos .....	259
6.3.4.1. Sistema general en la ley 23.696. Privatización absoluta y relativa. Total o parcial .....	259
6.3.4.2. Privatizaciones de actividades económicas: absolutas o relativas .....	259
6.3.4.3. Privatizaciones “absolutas” de actividades previamente reguladas como “servicios públicos” .....	261
6.3.4.3.1. Generación de electricidad y gas natural .....	261
6.3.4.3.2. Actividad portuaria .....	262
6.3.4.4. Privatizaciones “relativas” de actividades caracterizadas como “servicios públicos” .....	262
6.3.4.5. Privatizaciones de empresas estatales: totales o parciales .....	263
7. La técnica concesional en el marco de la reforma del Estado .....	264
8. El modelo de “control” de los servicios públicos privatizados .....	266
8.1. En general sobre los denominados “Entes reguladores” .....	266
8.2. Los Entes reguladores en el caso de la reforma del Estado argentina y su inserción en el esquema competencial de regulación estatal de los servicios públicos .....	272

## **Capítulo VIII. Tercer modelo prestacional: concesiones, licencias y permisos en el régimen de “reforma” del estado**

1. Técnicas de delegación del servicio público. Concesión de servicio público, licencias y obligaciones de servicio público. Los permisos.....	273
2. La técnica concesional en el marco de la “reforma” del Estado .....	275
3. Licencias administrativas y delegación de servicios públicos .....	278
3.1. La utilización de la “licencia” como título habilitante para la prestación de servicios públicos por particulares en mercados monopólicos, oligopólicos y desmonopolizados .....	280
3.1.1. Licencias como contratos administrativos para la delegación de servicios públicos en el marco de la Reforma del Estado argentino .....	280
3.1.2. Licencias otorgadas para la prestación de servicios públicos desmonopolizados. El caso argentino .....	282
4. La utilización del “permiso” como título habilitante para la prestación de servicios públicos .....	284
4.1. Servicios de transporte automotor urbano de pasajeros .....	284
4.2. Transporte automotor interurbano de pasajeros .....	286

## **PARTE IV. TERCERA ETAPA REGULATORIA**

### **EL RÉGIMEN DEL SERVICIO PÚBLICO EN LOS ORDENAMIENTOS**

#### **PÚBLICOS GLOBALES: 1994 EN ADELANTE**

## **Capítulo IX. El servicio público en la reforma constitucional de 1994**

Introducción.....	288
-------------------	-----

## **Capítulo X. Nuevos derechos y garantías y servicio público**

1. Reforma constitucional de 1994. Derechos de “tercera generación”: el servicio público y los derechos de los usuarios. Servicio público y Derecho internacional .....	290
2. El art. 42 de la Constitución nacional y el rol del Estado en la organización, prestación y regulación de los servicios públicos .....	294
2.1. El art. 42 y el principio de subsidiariedad .....	294
2.2. El art. 42 y el derecho de la competencia .....	297

2.3. El art. 42 de la Constitución nacional y la “nacionalización” del régimen jurídico de los servicios públicos .....	298
3. Alcances de la reforma constitucional de 1994. La reconfiguración del régimen jurídico del servicio público a partir de los derechos y garantías de los usuarios .....	301
3.1. La intervención estatal: del poder de policía al servicio público .....	301
4. Nuevos derechos y garantías: el servicio público como garantía de la efectividad de otros derechos fundamentales .....	312

## **Capítulo XI. Sistema de fuentes internacionales del derecho público argentino luego de la reforma constitucional de 1994**

1. Del viejo al nuevo esquema de fuentes internacionales en la Constitución Nacional de 1994 .....	314
2. El nuevo esquema de fuentes internacionales. Impacto del art. 75 inc. 22 en los arts. 27 y 31 de la Constitución Nacional. La Convención de Viena del Derecho de los Tratados y el art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos .....	317
2.1. Modalidad de incorporación de los Tratados de Derechos Humanos al sistema de fuentes internacionales de la Constitución nacional. La fuerza expansiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos .....	320
2.2. Supremacía constitucional y “monismo” en el marco del Orden Público Internacional de los Derechos Humanos. Alcances de la reforma constitucional de 1994 .....	323
2.2.1. Principios hermenéuticos emergentes del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos .....	323
2.2.2. El art. 29 de la CADH y su aplicación sistemática con los art. 24 y 28. Igualdad y elección del mejor derecho .....	326
2.2.3. Reconfiguración de la supremacía constitucional en el nuevo sistema de fuentes internacionales: el bloque de constitucionalidad federal y norma de reconocimiento constitucional .....	329
2.2.4. Las fuentes internacionales y el llamado “margen de apreciación nacional” .....	337

3. Bases normativas de la actual configuración de la supremacía constitucional en el sistema de fuentes internacionales, luego de la reforma constitucional de 1994 .....	346
4. Sistema de fuentes internacionales y Derecho público nacional. La internacionalización de los ordenamientos nacionales .....	347
4.1. Internacionalización y derecho administrativo “global” .....	351

## **Capítulo XII. El régimen del servicio público en los “ordenamientos públicos globales”**

1. Introducción .....	355
2. Derecho de la Integración y Derecho Internacional del Comercio .....	357
2.1. El concepto de servicio público en el marco constitutivo de la Unión Europea .....	360
3. Los Tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones y el servicio público .....	365
4. El servicio público como derecho social en los ordenamientos internacionales de Derechos Humanos .....	367
4.1. El servicio público como garantía y como derecho social .....	368
4.1.1. Garantías y derechos generales en materia de servicio público .....	368
4.1.2. Servicio público y servicios sociales .....	370
5. Obligaciones asumidas por los Estados nacionales en el marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos .....	372

## **Capítulo XIII. El servicio público como derecho social**

1. Introducción .....	375
2. Los denominados “Derechos sociales” .....	376
3. Los derechos sociales y las modulaciones del servicio público como servicio esencial o servicio social .....	379
3.1. Los servicios públicos generales y los servicios “sociales” .....	380
3.2. Concepción de los derechos sociales en el marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos .....	381
4. Sobre la “justiciabilidad” del cumplimiento de los derechos sociales por parte del Estado .....	388
5. El impacto del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el esquema de responsabilidad pública en Argentina .....	391

5.1. Los criterios de la Corte Interamericana .....	393
5.2. Alcances de la reparación .....	395
6. Conclusiones en torno al alcance de la responsabilidad estatal en materia de derechos sociales .....	395
7. El concepto de servicio público en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	399
7.1. Principio de igualdad y no discriminación y servicio público ....	399
7.2. El servicio público y la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	401
7.3. La regulación del servicio público en ordenamientos jurídicos “multinivel” .....	404

## **PARTE V. EL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS NACIONALES**

### **Capítulo XIV. Alcances conceptuales del servicio público en el régimen jurídico argentino. Los servicios públicos generales, sociales y esenciales**

1. Alcances conceptuales del “servicio público” en el régimen jurídico argentino .....	408
1.1. Sobre el concepto de servicio público. Recapitulación .....	409
2. Los servicios públicos generales. Su recepción constitucional, legal y jurisprudencial .....	410
2.1. Servicios públicos generales en el marco constitucional .....	410
3. Servicios públicos “impropios” o servicios sociales .....	414
3.1. Educación pública .....	418
3.2. Servicio público y salud .....	421
3.2.1. Prestación de servicios públicos hospitalarios .....	424
3.3. Servicio público y sistema financiero .....	426
3.4. Servicio público y actividad aseguradora .....	427
4. Los servicios esenciales .....	428
5. Servicios públicos generales en el marco normativo legal .....	430
5.1. Código Penal .....	430
5.2. Código Civil y Comercial: servicio público y dominio público ..	431



5.3. Servicio público y responsabilidad del Estado .....	432
----------------------------------------------------------	-----

## **Capítulo XV. El servicio público económico**

1. Introducción .....	433
2. El concepto de “servicio público económico” .....	434
3. Recepción normativa en el ámbito nacional .....	442
3.1. Marcos regulatorios de servicios públicos nacionales .....	442
3.1.1. Servicio público nacional y jurisdicción federal: las potestades del Estado nacional para la creación y organización del servicio público .....	443
3.1.2. Servicios públicos, jurisdicción federal y cláusula ambiental .....	446
3.2. Naturaleza de la relación jurídica emergente entre los sujetos del proceso de privatización .....	446
3.2.1. La “publicización” del régimen jurídico de los servicios públicos nacionales y la competencia del fuero contencioso administrativo federal .....	449
3.2.2. Competencia contencioso administrativa federal en materia de servicios públicos y Entes Reguladores .....	449
3.3. El régimen jurídico del servicio público y las leyes de Defensa del consumidor y de la competencia. Ámbitos de aplicación e implicancias mutuas .....	452
3.3.1. Ley de defensa del consumidor y Código Civil y Comercial .....	453
3.3.1.1. El “Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo” creado por la ley 26.993 .....	458
3.3.2. Defensa de la competencia y servicio público .....	460
4. Actuales servicios públicos económicos nacionales .....	462
4.1. Telecomunicaciones .....	462
4.2. Servicios públicos de provisión de agua potable y cloacas ....	463
4.3. Transporte y distribución de electricidad .....	463
4.4. Transporte y distribución de gas natural .....	464
4.5. Servicio público de correos .....	465
4.6. Transporte automotor y ferroviario de pasajeros .....	466
4.6.1. Servicios de transporte automotor urbano de pasajeros ....	466
4.6.2. Transporte automotor interurbano de pasajeros .....	467

4.6.3. Transporte ferroviario de pasajeros y cargas .....	469
4.6.3.1. La Ley 27.132 y la modalidad de “acceso abierto” para la prestación de servicios de transporte ferroviario .....	470
4.7. Servicio público de practica y pilotaje .....	473
4.8. Servicios de transporte aerocomercial de pasajeros. Código aeronáutico .....	474
4.9. Servicio público aeroportuario .....	475
4.10. Servicio público de navegación aérea .....	477
5. Otras normas nacionales que receptan el concepto de servicio público .....	478

## **Capítulo XVI. El servicio público como servicio universal**

1. Introducción .....	481
2. Servicio público de correos .....	482
2.1. Desmonopolización del régimen del servicio público de correos nacional .....	482
2.1.1. Desmonopolización de servicios públicos prestados por empresas estatales. Decretos 1842/87 y 214/92 .....	483
2.1.2. Decreto 1187/93: Supresión del monopolio postal. Creación del Registro Nacional de Prestadores de Servicios Postales .....	483
2.2. Marco regulatorio de la actividad postal. La continuidad del régimen de servicio público .....	484
2.2.1. La concesión del Correo oficial y la prestación del servicio postal universal .....	487
3. Servicio público de telecomunicaciones .....	488
3.1. Condiciones de prestación del servicio en el marco del Decreto 764/2000 .....	490
3.2. Régimen General del Servicio Universal .....	493
3.2.1. Servicios no incluidos en el régimen originario de “telefonía básica” y servicio público .....	496

## **Capítulo XVII. Régimen jurídico del servicio público económico**

1. Creación y supresión del servicio público. Publicatio, consagración o reserva de la actividad al servicio público.....	499
2. La titularidad del servicio público .....	503

2.1. Titularidad estatal del servicio público en la doctrina de la Corte Suprema nacional .....	503
2.1.1. La titularidad estatal del servicio público en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	507
2.2. Caracteres y régimen jurídico del servicio público económico ....	508
2.2.1. La “obligatoriedad” en la prestación del servicio público .....	510
2.2.1.1. “Obligatoriedad” del servicio público para el usuario .....	516
2.2.1.2. Las denominadas “obligaciones de servicio público” .....	517
2.2.2. La “regularidad” en la prestación del servicio público .....	517
2.2.2.1. Regularidad y continuidad del servicio público ...	521
2.2.3. La “continuidad” en la prestación del servicio público ....	522
2.2.4. La “universalidad” y “uniformidad” en la prestación del servicio público. El usuario del servicio público .....	524
2.2.4.1. Universalidad o generalidad. La “accesibilidad” al servicio público .....	524
2.2.4.2. Uniformidad en la prestación del servicio público ....	525
2.2.4.3. El usuario y la prestación del servicio público .....	526
3. La responsabilidad del Estado y de los prestadores en el régimen general del servicio público .....	526
3.1. La “falta de servicio” como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita .....	527
3.2. Desarrollo específico de las condiciones de aplicación de la responsabilidad por “falta de servicio” .....	510
3.3. Responsabilidad del Estado y falta de servicio en la ley 26.944 .....	531
3.3.1. Requisitos para la configuración de la responsabilidad estatal por falta de servicio en la ley 26.944 .....	533
3.3.2. La responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos generales .....	537
3.3.3. Responsabilidad del Estado en la prestación directa del servicio público económico .....	539
3.3.3.1. Responsabilidad del Estado en la prestación indirecta del servicio público económico .....	539

3.4. La “descontractualización” del régimen de servicio público.	
La relación de consumo y los derechos de los usuarios .....	542
3.4.1. Los casos “Ferreyra”, “Caja de Seguros” y “Bianchi”	
de 2006.....	542
3.4.2. El caso “Ledezma” de 2008 .....	545
3.5. Responsabilidad subsidiaria del Estado .....	548
3.6. Responsabilidad del Estado por la deficiente regulación	
o control de la prestación de servicios públicos .....	557
4. El régimen jurídico de los bienes afectados a la prestación de	
servicios públicos. El dominio público como propiedad estatal	
y servicio público .....	560
4.1. La clásica regulación en el Código Civil .....	562
4.2. El dominio público en el Código Civil y Comercial. ....	564
4.2.1. La sistemática del Código Civil y Comercial en	
materia de dominio público .....	564
4.2.2. La regulación del dominio público en el Código Civil	
y Comercial y los bienes afectados a la prestación de	
servicios públicos .....	566
4.2.2.1. Garantía común. Bienes afectados directamente	
a un servicio público .....	567
4.2.2.2. Régimen de los bienes “afectados” a la prestación	
de servicios públicos .....	568
4.2.2.2.1. La utilidad o comodidad común de las obras	
que se libran al uso común directo o indirecto .....	569
4.2.2.2.2. Afectación de bienes para la prestación de	
servicios públicos económicos .....	570
4.2.2.3. Régimen jurídico de los bienes (públicos y	
privados)afectados directamente a la prestación de un	
servicio público en el Código Civil y Comercial .....	574
5. Regulación y control de los servicios públicos. Marcos regulatorios	
y Entes Reguladores .....	577
5.1. Los Entes reguladores como “Entes de control” .....	578
5.2. Finalidad de la creación de los Entes reguladores .....	579
5.3. Sobre el alcance de las potestades jurisdiccionales de los	
Entes reguladores. Evolución jurisprudencial .....	580
5.3.1. Entes reguladores y determinación del “daño directo” .....	582

## **Capítulo XVIII. Cuarto modelo prestacional mixto**

1. Introducción .....	586
2. La concesión de servicio público como contrato administrativo .....	587
2.1. El régimen concesional en el Decreto delegado 1.023/2001 .....	588
2.2. Concepto y caracteres de la concesión (o licencia) de servicio público .....	595
2.3. Onerosidad del contrato de concesión (o licencia) de servicio público .....	599
2.4. Modalidades de la concesión de obras y servicios públicos .....	603
2.4.1. La subvención o subsidio como forma de retribución en los contratos de concesión de obras y servicios públicos .....	605
2.5. Mutabilidad y aleatoriedad en el contrato de concesión de servicio público .....	607
2.5.1. Alea normal y anormal y reparto de responsabilidades contractuales entre los sujetos del servicio .....	610
2.5.2. Alea extraordinaria y emergencia económica .....	613
2.6. Constitucionalización de los derechos del usuario y reparto de responsabilidades entre el Estado y los prestadores .....	614
2.6.1. La “descontractualización” del régimen de servicio público. La relación de consumo y los derechos de los usuarios ...	615
2.7. Derechos adquiridos y estabilidad de los derechos contractuales de concesionarios y licenciatarios de servicios públicos .....	618
2.7.1. Emergencia y renegociación de contratos administrativos: la ley 25.561 .....	622
2.7.2. Renegociación contractual y efectos sobre las concesiones vigentes .....	624
2.7.3. Contratos de concesión de obras y servicios públicos renegociados y aplicación del Decreto 1023/2001 .....	627
3. Reestatización de la prestación de servicios públicos privatizados .....	629
3.1. Correo argentino .....	630
3.2. Aguas y Saneamiento SA .....	631
3.3. Concesiones ferroviarias .....	632
4. El modelo prestacional mixto .....	633
4.1. El modelo prestacional mixto público y privado .....	635

## **Capítulo XIX. El servicio público como derecho social en el Cuarto modelo prestacional**

1. Introducción .....	638
2. El servicio público como derecho social. Alcances conceptuales y regulatorios .....	641
2.1. La universalidad de los derechos sociales y el servicio público ....	642
2.2. Consumidores y usuarios y relación de consumo .....	642
2.3. Principios generales de interpretación y aplicación de los derechos y garantías de los usuarios .....	648
2.3.1. Igualdad y no discriminación .....	649
2.3.2. Interpretación más favorable al usuario e interpretación contra el “estipulante” .....	649
2.3.3. Buena fe .....	651
2.3.4. Contenido mínimo de las prestaciones y “accesibilidad” ....	652
2.3.5. La realización de “acciones positivas” por parte del Estado .....	653
2.3.6. El principio de la “confianza legítima” .....	654
2.3.7. Responsabilidad del prestador .....	654
2.4. El rol del Estado en la defensa de los derechos de los usuarios de servicios públicos .....	656
2.5. Deberes y obligaciones de los usuarios de servicios públicos .....	657
3. El servicio público en la “relación de consumo” .....	658
3.1. La “relación de consumo” en el art. 42 de la Constitución nacional. Ley de Defensa del consumidor y régimen del servicio público .....	659
3.2. Consumidores y usuarios en el art. 42 de la Constitución nacional .....	665
3.3. Derechos y garantías reconocidos para los usuarios de servicios públicos en la Ley de Defensa del consumidor y el Código Civil y Comercial .....	668

## **Capítulo XX. Derechos y garantías de los usuarios de servicios públicos**

1. El derecho de acceso al consumo y el servicio público .....	673
1.1. El acceso al agua como bien fundamental. Un caso testigo .....	677
1.2. Limitaciones al corte de servicio por falta de pago .....	680

2. Libertad de elección y condiciones de trato digno y equitativo .....	682
3. Garantizar la calidad y eficiencia de los servicios públicos .....	684
3.1. Marcos regulatorios de los servicios públicos nacionales .....	684
3.2. Organismos de control .....	685
4. Derechos sustanciales en la relación de consumo .....	686
4.1. Resguardo de la salud, seguridad e intereses económicos de los usuarios .....	686
4.2. Intereses económicos de los usuarios .....	689
4.2.1. Servicio público y tarifas .....	690
4.2.2. Servicio público, tarifas e igualdad .....	692
4.2.3. El estatuto jurídico del usuario y la cuestión tarifaria .....	693
4.2.4. Servicios públicos, emergencia y renegociación. La cuestión tarifaria .....	694
4.2.5. Servicios públicos e indexación de tarifas en moneda extranjera .....	695
4.2.6. Mutabilidad del servicio público por razones de interés social .....	699
4.2.7. Servicio público y “cargos” específicos .....	700
4.2.8. Servicio público y tarifa “social” .....	701
4.2.8.1. Recepción normativa de la tarifa “social” en los marcos regulatorios argentinos .....	704
4.2.8.1.1. Servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales .....	704
4.2.8.1.2. Servicio público de distribución de gas .....	706
4.2.8.1.3. Transporte público de pasajeros de carácter urbano y suburbano de jurisdicción del Estado Nacional en el Área Metropolitana de Buenos Aires .....	707
4.2.8.1.4. Servicio público de distribución de energía eléctrica .....	709
4.2.8.1.5. Régimen tarifario específico para entidades de bien público .....	710
4.3. Acceso a la información y derechos de participación .....	711
4.3.1. El derecho de los usuarios de servicios públicos a la información adecuada y veraz .....	711
4.3.1.1. El derecho de acceso a la información pública .....	711
4.3.1.2. La recepción del derecho de acceso a la	

información pública en los Tratados internacionales de Derechos Humanos.....	713
4.3.2. Acceso a la información de los usuarios de servicios públicos. Las audiencias públicas .....	714
4.3.4. Acceso a la información en el la Ley 27.275 y el Decreto 1172/2003. Los prestadores de servicios públicos ....	719
4.4. Participación de usuarios en forma individual o colectiva .....	722
4.5. Derechos y garantías procesales.....	724
4.6. Los procedimientos eficaces para la resolución de conflictos .....	726
4.6.1. Legitimación procesal en materia de servicios públicos .....	727
<b>Bibliografía</b> .....	730
<b>Abreviaturas</b> .....	772



## Prólogo

La solicitud del amigo para que me encargue de la portada de su libro rejuvenece por el solo hecho de la distancia generacional, pero también porque me obliga, en este caso, a *deconstruir* el bagaje cultural que aquella distancia supone.

Toda novedad exige salir de la inercia haragana con la que, por comodidad, se aborda la realidad. Esta circunstancia exige una energía diferente a la rutina, y con ella la necesidad de despabilarse para no quedar preso del capricho con el que es habitual enfrentar a las posiciones distintas.

También es rejuvenecedora la necesidad de no invadir la obra con apreciaciones positivas o negativas, porque por ese camino se llega siempre a consecuencias poco plausibles, ya que con ellas se provoca una sustitución del autor, del lector, o de ambos a la vez.

En consecuencia, solazado por esta invitación y para evitar adelantarme al lector no hablaré sobre la obra en sí, porque, como he dicho,

sería una contradicción, pero si me explayaré con relación al autor, no solo por la amistad que me liga a él, a su recorrido personal y académico, sino porque existen notas de su personalidad que, con un fulgor especial, advierten sobre la diferencia que impide que se cristalice la modorra conservadora.

La diferencia, ese desacuerdo que no remite necesariamente al conflicto fáctico de dos posiciones sino a un nuevo proceso de significación, no importa desconocer la tradición sino entenderla en su justo término, es decir como la trasmisión de aquello cuya sustancia no se deteriora por el mero paso del tiempo y con en el encanto que supone no acarrear distorsiones epocales.

Cierto es que los discursos y las figuras discursivas consecuentes, esas formulaciones vacías que se imponen como dogmas que describen los cánones, en muchas ocasiones no permiten descubrir la sustancia de las cosas, porque ésta exige una actividad fresca y sin prejuicios, siendo una dificultad que en ocasiones no resulta fácil resolver.

Pero el autor, desde sus comienzos centró su inquietud intelectual alrededor del ser humano, actitud que le ha permitido despojarse del discurso y de aquellas figuras discursivas del poder a partir de las cuales se ha desarrollado el derecho, (en especial el derecho público, en general, y el administrativo, en particular, relegando al hombre a distintas categorías de la sujeción y no de la libertad como son: sujeto de derecho, súbdito, administrado, usuario, consumidor, etc.), abriéndose y abriéndonos así una nueva perspectiva para considerar a la dignidad humana como un imperativo ético y jurídico, que exige no ser condicionado por los reduccionismos económicos (eficiencia, eficacia, estabilidad, etc.)

El haber estudiado, siendo bien joven, en Italia, le permitió tomar y aprehender procedimientos y categorías elaboradas para las mismas necesidades pero para otras circunstancias, aprovechando así la diferencia para ampliar la base de su horizonte de reflexión intelectual, especialmente al incorporar la universalidad de los derechos fundamentales, circunstancia que le ha permitido expandir su inquietud jurídica, advirtiendo por ello de la necesidad de proponer un nuevo enfoque del servicio

público, no desde el poder sino desde la persona, perspectiva que en definitiva sostiene su posición que desarrolla con rigor intenso y exhaustivo.

Además de ser un inquieto abogado al que le interesan los intersticios que generan los pliegues del derecho y descubrir cómo por ellos se filtra la justicia, dejando muchas veces la legalidad vacía de legitimidad, su incursión por la música y la poesía correspondiente a su generación, hizo que pudiera auscultar la sociedad desde los umbrales en los que el derecho se diluye y el poder emerge en su plenitud fáctica sin más intermediación que el conflicto. En esos confines, la estridencia del rock y la poesía urbana, que no distinguen ni el adentro ni el afuera y que se universalizan generacionalmente, resulta un procedimiento social adecuado para impulsar reflexiones que desde la frontera perforan al peso dogmático del canon. Esta experiencia es la que hace que el autor sea dúctil a los cambios, armónico con los ruidos del caos, y que por su pluma se deslice el lenguaje con la densidad del significante y la intensidad del significado, evitando que su análisis jurídico sea meramente la exposición de un saber técnico para ser la manifestación del conocimiento de la conducta, es decir de la vida.

El final de los tiempos, el tiempo del final, el Reino de Dios, el Mesías, y la profecía, configuran en la tradición judeo cristiana una escatología de salvación que ubica al hombre como un hacedor continuo con miras a dilucidar el enigma de construir la identidad en la igualdad y en libertad. La estrategia existencial del autor pareciera deambular en ella, al encaminarse decididamente y sin rémora por un sendero no recorrido plenamente, en el que emerge con el peso de la autoridad intelectual, obligándose al esfuerzo permanente de liberar de ataduras su posición y avanzar en el refinamiento conceptual y juvenil que requiere la justicia.

**CLAUDIO MARTÍN VIALE**

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la  
Universidad Nacional de Córdoba*

## **PARTE I**

---

### **Introducción general**

## Una introducción a la problemática abordada

### 1.- De genealogías y cartografías

En el Derecho público argentino (y respecto del servicio público en particular), hemos vivido momentos en los que, por diferentes razones, se pretendió justificar que nos encontrábamos en el grado cero de la historia y que, por ello, había que hacer tabla rasa con el pasado.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> En primer lugar, tenemos a la Convención reformadora de la Constitución nacional de 1860, en el marco de la cual se enarbola la idea de que la Constitución nacional era una copia casi textual respecto de la norteamericana, conforme el “Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal presentado a la Convención del Estado de Buenos Aires”, de fecha 3 de abril de 1860, presentado al Congreso Nacional con motivo de la incorporación de la Provincia de Buenos Aires, y la reforma del texto de la Constitución originaria; la *Comisión Examinadora* de la Provincia de Buenos Aires, estaba integrada por Bartolomé Mitre, Dalmacio Velez Sarsfield, José Marmol, Antonio Cruz Obligado y Domingo F. Sarmiento; ver texto completo en: Arturo Enrique Sampay, “Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)”; Edit. EUDEBA, Bs. As., 1975; págs. 384 y sigs. La tarea de negación de nuestras fuentes constitucionales y, especialmente, del derecho patrio, será complementada con la traducción de las sentencias de la Corte Federal norteamericana por parte de Nicolás Calvo, hacia mediados de la década de

Estos momentos dejaron profundas cicatrices y han impedido, en gran medida, proyectar adecuadamente, en el tiempo, las líneas de fuga trazadas por la generación fundacional que gestó la Constitución de 1853.<sup>2</sup>

En todos los casos, y aun apelando formas diversas, el sentido de dichas intervenciones sería el mismo: sustituir nuestro Derecho público por otro de fuente distinta; y su efecto, único: paralizar su evolución y generar la idea de que nos encontramos a fojas cero, en el grado cero de la historia.

Es por esto que necesitamos, una vez más, reconstruir ese pasado para poder *volvernos* al presente e intentar trazar las líneas del nuevo

---

1860, lo que abonará el intento de introducción de aquellas doctrinas (como si fueran propias) a los efectos de interpretar nuestra Constitución; el segundo punto de inflexión tiene que ver con la doctrina del Derecho administrativo que, hacia mediados de la década de 1920, se volcará decididamente a utilizar como exclusiva fuente de nuestro Derecho administrativo a la doctrina francesa, italiana, alemana; cuyo primer ejemplo es el texto publicado por Bullrich en 1925 (Bullrich, Rodolfo, “Nociones de Derecho Administrativo”, redactadas a base de las conferencias del profesor titular por Juan Bautista Arcioni y José María Garciarena, Librería de Derecho y Jurisprudencia Restoy & Doeste, Buenos Aires, 1925), y su *climax* en lo político será la famosa “IV Conferencia Nacional de Abogados”, del año 1936. Los tratadistas, salvo contadas excepciones, no podrían sustraerse a este influjo. La temprana derogación de la Constitución nacional de 1949 marcará, también, la imposibilidad de desarrollo del régimen del servicio público como derecho y garantía. Finalmente, la década de 1980, primero en el marco del gobierno de facto (a través de la ley 22.177) y, luego ya en democracia (con la ley 23.696), consolidarán un *movimiento* político y doctrinario que girará alrededor de la idea de “reforma” del Estado, bajo consignas provenientes tanto de la doctrina social de la iglesia como de la filosofía política y el Derecho angloamericano, y marcará el último punto de profunda ruptura con el desarrollo y evolución que el régimen del servicio público había tenido en nuestro país.

<sup>2</sup> Si hay algo que entendió la generación del '37 y, especialmente, Alberdi, es que el intento de borrar todos nuestros puntos de contacto con el pasado colonial y sus instituciones (tanto desde el punto de vista sociológico, como jurídico e institucional), era la causa del fracaso de los intentos constitucionales de 1819 y 1826. Las “Bases...” y su proyecto de constitución, trazan, partiendo de dichos antecedentes –y sumándoles otros provenientes del mundo ilustrado y norteamericano– el mapa de un proyecto de consolidación y desarrollo nacional que permitió, ciertamente, una original evolución para nuestro Derecho público. Ver, en este sentido: Salomoni, Jorge Luis, “Teoría general de los servicios públicos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999; González Moras, Juan M., “Estado y Prosperidad: bases y puntos de partida para la invención de la nación argentina en la obra de Juan Bautista Alberdi”, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, N°3, RAP, Buenos Aires, marzo de 2008.

mapa que, para el servicio público en particular, ha propuesto la reforma constitucional de 1994.

Reconstrucción que nos devolverá un panorama donde, con toda claridad, y a pesar de los reiterados y metódicos intentos por negarlo, se verá que gran parte de la riqueza conceptual implicada en el trazado del mapa fundacional del Derecho público argentino, ha mantenido asombrosas continuidades y ha consolidado un cúmulo de principios y reglas jurídicas que nos permiten usarlos de plataforma para escudriñar el servicio público que viene.

El cual no está desprovisto, desde ya, de interrogantes, tensiones e incertidumbres.

## 2. La vuelta al servicio público

Sin desconocer los desarrollos y avances conceptuales que se han logrado sobre el servicio público, tanto en nuestro país como en otras experiencias jurídicas, debemos señalar que intentaremos, a los efectos de reconstruir el régimen del servicio público nacional, evitar el lugar común de partir de definiciones o conceptos ya establecidos.

Entendemos que ello constituye un error que se ha cometido ya en muchas ocasiones. Error que implica, elementalmente, ir a buscar (en el régimen jurídico) sólo aquello que *entre* o tenga cabida en el recorte que supone toda definición o concepto.

Implica, también, mirar el pasado a través del cristal del presente. Acción que representa, en principio, exactamente lo contrario que pretendemos hacer: mirar el presente a partir del pasado y trazar, desde allí, líneas de fuga que nos permitan avanzar en la construcción de un nuevo régimen para el servicio público.

De esta manera, puede decirse que nuestra tarea se ceñirá al estudio sistemático del régimen jurídico del servicio público en nuestro país, intentado, en cada momento histórico relevante, contextualizarlo, a los efectos de su mejor comprensión.

Nuestra misión no consiste en repetir -una vez más- la fórmula de discutir (para afirmarlo o negarlo) el servicio público, por fuera del ordenamiento jurídico vigente. Es decir, a partir de conceptos o definiciones de principios que se consideran aplicables a cualquier ordenamiento jurídico, a cualquier país.

La realidad marca que, a pesar de obviamente existen algunos rasgos comunes (por el tipo de actividades económicas involucradas), la fisonomía del servicio público (desde el punto de vista de su recepción, desarrollo y regulación legal) cambia de Estado en Estado y, dentro del mismo Estado, según evoluciona su propio régimen jurídico.

En esta tarea de búsqueda y de proyección, nos impulsa una gran novedad de orden constitucional.

Novedad que nos llena de interrogantes.

Concretamente, porque la noción de servicio público resulta, ahora, un concepto *normativo* de rango constitucional que requiere ser definido, en sus distintos alcances posibles, a los efectos de su aplicación.

Sólo por citar las normas más trascendentes: ¿Qué significa que el art. 11 del Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establezca que todos tenemos derecho a gozar de “servicios públicos básicos”? ¿Qué contenido posible tendrán las restantes normas de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional que establecen derechos vinculados con el goce de “servicios sociales” o “esenciales”? En fin, ¿Qué significan las palabras “servicio público” en el marco del art. 42 de la Constitución nacional? ¿O en el art. 99, inc. 18?

Entendemos que la o las respuestas que podamos dar a estos interrogantes, no implicarán una contribución meramente teórica a la doctrina del servicio público, sino un dato fundamental para dar plena efectividad a los derechos y garantías incorporados al plexo constitucional.

Sin un contenido para la expresión servicio público, pues, no tendremos la posibilidad de exigir, en términos constitucionales, determinados y concretos derechos fundamentales reconocidos en dicho ordenamiento.



El concepto de servicio público, entonces, escapa tanto a la cuestión doctrinaria como meramente legislativa. No es una cuestión retórica y, tampoco, algo que pueda quedar entera y definitivamente librado a la “soberanía” del legislador.<sup>3</sup>

Si existen derechos constitucionales que lo reconocen y lo nombran, tenemos la obligación de darle contenido a efectos de poder exigirlo, tal como lo establece el propio art. 42 de la Constitución nacional, a las autoridades nacionales: legislativas, ejecutivas y judiciales.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Aunque en otro contexto histórico y, fundamentalmente, normativo, compartimos lo sostenido en su momento por Linares en el sentido de que: “...*No creemos que el concepto de servicio público se haya tornado en confuso o haya entrado en crisis. Siempre fue confuso y estuvo en crisis porque el objeto estudiado es de por sí confuso (...) Pero la ciencia debe tratar también, en la medida de lo posible, de obtener conceptos claros sobre un objeto oscuro (...) La doctrina no puede limitarse al inventario de las oscuridades y dificultades existentes en la materia del concepto de servicio público, sino de superarlas si es que quiere ser fiel a su cometido*”, Linares, Juan, Francisco, “Concepto y definición de servicio público”, Revista Argentina de Derecho Administrativo, 1978- N°19, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, pág. 42. Por aquellos años, al contrario, Gordillo sostenía: “...*Que algún escritor lo llame ‘servicio público’ antes de existir la regulación legal de derecho público, es equívoco, pues expresa sólo su opinión personal de que convendría que esa actividad fuere objeto de regulación por el derecho público. A su vez, que él llame ‘servicio público’ a una actividad cualquiera, después que el derecho público la ha regulado, no solo es ya intrascendente, sino que también es proclive a confusiones, pues muchos podrán creer, siguiendo esta tradición conceptual, que se rige por el derecho público porque ‘es’ un servicio público, olvidando que se lo llama convencionalmente servicio público porque está regido por el derecho público (...) En el mejor de los casos, la expresión ‘servicio público’ ha cumplido históricamente una función axiológica, cuando en base a ella se sostuvo que tales o cuales actividades debían ser objeto de regulación por el derecho público; pero cuando esa función valorativa está superada, la expresión pierde toda connotación explicativa del derecho positivo de un país dado y pierde también, por su vaguedad indefinible, utilidad valorativa racional...*” Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Parte General, Tomo 2, Ediciones Macchi-Lopez, Buenos Aires, 1975, Capítulo XIII, pág. 12 y 13.

<sup>4</sup> En este nuevo contexto normativo, el propio Gordillo, sin dejar de rechazar las definiciones “esencialistas” del servicio público, reconoce actualmente que en Argentina “...*hay un renovado debate que tiene alguna justificación. Salvo los que buscan una definición ‘esencial,’ las discusiones se acercan al tema real, que es la extensión que en el derecho positivo vigente tenga un régimen jurídico al que luego, buscando receptor esa extensión, optaremos por llamar p. ej. ‘servicio público,’ o también ‘actividad regulada,’ etc. El nudo de la cuestión no es a qué decidamos colectiva o individualmente, por un acto mágico de voluntad, llamar ‘servicio público’ y luego deducir algo de ello. El verdadero debate es decidir qué tipo y cantidad de regulación el orden jurídico ha establecido —y nosotros como sociedad postulamos— para qué tipo de actividad, en qué tiempo y lugar, en qué estadio tecnológico, etc. Una vez resuelta la discusión de cuánta regulación hay o*

Ello, incluso, compartiendo la idea de que no es posible ni útil formular una única definición conceptual del servicio público, válida para cualquier régimen jurídico.

En realidad, dicha definición o, mejor, los elementos que deban integrarla, deben ser ubicados en el desarrollo y devenir histórico del servicio público, según cada tradición nacional, que son los que han permitido que actualmente el mismo tenga rango constitucional. Eso es, también, a lo que nos obligan los Tratados internacionales de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional: a enraizar y entroncar los derechos y garantías que son allí reconocidos con la tradición jurídica y cultural de nuestro país, a efectos de dar un contenido posible y concreto a esos derechos.

En definitiva, podemos afirmar que la discusión del servicio público, volviendo a sus raíces, ha vuelto a constitucionalizarse a partir de 1994. Aunque, esta vez, de una manera inédita.

El servicio público, luego de su fugaz paso en la Constitución nacional de 1949, es reintroducido al sistema de derechos y garantías.

Pero ahora con fuentes múltiples: por un lado, en los “Nuevos derechos y garantías” consagrados en los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución

---

*queremos que exista para ciertas actividades, entonces sí podemos resolver si llamamos a algunas de ellas servicio público, actividad regulada, o si pasamos más simplemente a abandonar la pretensión de establecer criterios generales precisos y explicamos entonces cada actividad principal por sí misma en su régimen jurídico concreto: Gas, electricidad, etc...”, Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 2, 10ª ed., ahora como 1ª ed. del “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, Cap. VI-8, Buenos Aires, F.D.A., 2014. En la misma línea, compartimos la visión sostenida por Balbín, al señalar que: “...Tal vez pueda sostenerse que el concepto de servicio público, en razón de su imprecisión y de las múltiples contradicciones, debe suprimirse del mundo jurídico, sin embargo cierto es que el legislador y el convencional (...), han utilizado y utilizan insistentemente este criterio. En conclusión, el concepto de servicio público debe construirse simplemente desde las normas jurídicas, y no más; rechazándose entonces su contenido natural y sus esencias. Creemos (...) que el Derecho Administrativo debe fundarse en los principios constitucionales, y ello mismo ocurre con la idea del servicio público. Intentemos entonces explicar y justificar el concepto sobre bases más sólidas y ciertas. ¿Cuáles son esas bases? El texto constitucional y su interpretación; así, ya dejamos asentado que el juicio de servicio público debe pensarse nuevamente, pero desde el texto constitucional...”, Balbín, Carlos F., “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 919.*

nacional; y, a la vez, en el sistema de fuentes internacionales reformulado por el nuevo art. 75, inc. 22, de la misma Constitución.

## 2. 1. Períodos regulatorios y modelos prestacionales

Respecto a la evolución del régimen del servicio público, nuestra indagación nos ha llevado a la convicción -a diferencia de lo que la doctrina nacional ha propuesto hasta el presente- que pueden distinguirse claramente: a) tres períodos regulatorios; y b) cuatro modelos prestacionales.

Salomoni, Cassagne y Bianchi, han propuesto, en su momento, el estudio del régimen del servicio público en nuestro país de manera distinta.

En efecto, Jorge Salomoni entendía que podían visualizarse tres períodos: 1) 1853 a 1945; 2) 1945 a 1989; y 3) 1989 en adelante.<sup>5</sup>

Por su parte, tanto Cassagne como Bianchi han propuesto la existencia de cuatro períodos.

Cassagne señala los siguientes períodos: 1) 1880-1930; 2) 1930-1943; 3) 1946-1989; y 4) 1989 en adelante.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Salomoni, Jorge L., “Teoría general de los servicios públicos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

<sup>6</sup> Señala este autor que: “...Entre 1880 y 1930, prácticamente todos los servicios públicos (a excepción del de correos y el ferrocarril de fomento) eran prestados por empresas privadas bajo el régimen de concesión (Electricidad, Teléfonos, Gas, Subterráneos, Ferrocarriles, etc.) (...) De 1930 a 1943 fue un período de estancamiento en lo económico y social, caracterizado por la aparición de ideas intervencionistas y el comienzo de la quiebra del sistema de la concesión de los principales servicios públicos, junto a la paralela adopción de las concepciones francesas, entonces dominantes, claramente inclinadas a favorecer al Estado frente a los concesionarios (...) A partir de 1946 se dispuso la nacionalización generalizada de los principales servicios públicos, que pasaron a ser prestados por empresas públicas. Este período se caracterizó por servicios ineficientes y abultados déficits de explotación, con tarifas políticas y elevada ocupación de personal (...) En el 1989 se inicia la última etapa con la reforma del Estado, que fundamentalmente se apoya en políticas de liberalización de la economía mediante las privatizaciones de empresas públicas, la desregulación y desmonopolización de actividades...”, Cassagne, Juan Carlos, “El surgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción)”, Revista de Administración Pública, Núm. 140, Mayo-agosto de 1996, pág. 108.

Y Bianchi coincide con la apreciación de cuatro períodos, pero los diferencia en el tiempo, ubicándolos de la siguiente manera: 1) finales del siglo XIX hasta mediados del XX; 2) 1940-1989; 3) 1989-2002; y 4) 2002, en adelante.<sup>7</sup>

Como adelantamos, para nosotros pueden identificarse, por un lado, tres períodos regulatorios y, por otro, cuatro modelos prestacionales.

Para ello, tenemos especialmente en cuenta que, en Argentina, el régimen del servicio público (su establecimiento y desarrollo) giró, siempre, en torno a la Constitución nacional.

Concretamente, hay tres momentos constitucionales que tienen impacto directo en la recepción y desarrollo del régimen jurídico del servicio público.

---

<sup>7</sup> Sostuvo Bianchi en este sentido que: “...En su recorrido histórico dentro de nuestro país, el servicio público ha transitado ya por tres etapas y hoy día se encuentra en la cuarta. Para decirlo rápidamente, pues esto es bien conocido, la primera de ellas corre desde finales del siglo XIX hasta mediados de éste. Fue una época en la cual las actividades así calificadas estaban básicamente en manos de los particulares quienes las prestaban bajo diversos títulos, entre ellos el contrato de concesión, bien que no era el único. Sin dudas en estos primeros años tuvimos un auge práctico de los servicios públicos antes que un gran desarrollo doctrinario. Este último se expandió notablemente en el segundo período y ello no deja de ser curioso, pues en esta etapa el timón fue tomado por el Estado, lo que les hizo perder a los servicios públicos buena parte de su identidad jurídica al convertirlos en una prestación estatal. A lo largo de esta segunda época, que se extiende por un espacio aproximado de medio siglo (1940-1990), experimentamos la presencia de las grandes empresas públicas, siguiendo con ello el rumbo general de la economía con predominio estatal, surgida hacia fines de la Primera Guerra e incrementada luego de la llamada Gran Depresión de 1930 (...) Tan decidida fue esta tendencia que hasta obtuvo rango constitucional en 1949 cuando el Estado se erigió en el único prestador exclusivo y excluyente. En 1989 se abre la tercera etapa donde, siguiendo una vez más el curso de los acontecimientos mundiales, viramos nuevamente hacia la prestación en manos privadas. Fue la era de las privatizaciones y en ella el concepto tradicional –manejado hasta entonces con enormes dificultades conceptuales– fue objeto de una gran revisión (...) Transitamos ahora por la cuarta etapa. Su fecha de inicio también puede establecerse en una fecha determinada, que es enero de 2002 con la sanción de la ley 25.561. Si bien todavía no está completamente definida en cuanto a sus alcances jurídicos, evidentemente tiene como signo particular la severa crítica del período anterior, lo que implica un cierto retorno al sistema de la segunda etapa...” conf. Bianchi, Alberto B., “Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), “Servicio Público y Policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006, pág. 79 y 80.

En efecto, en las Constituciones nacionales de 1853, 1949 y 1994, el servicio público tendrá un lugar destacado pero, en cada caso, por diferentes razones. Y casi inmediatamente antes de las modificaciones constitucionales de 1994, la “reforma” del Estado, que a pesar de su brevedad, dejará marcas perdurables en el régimen del servicio público.

Los modelos prestacionales, a su vez, si bien estarán moldeados por cada uno de dichos períodos regulatorios, estarán sujetos a avatares propios y distintos.

## **2. 1. 1. Primer período regulatorio: las constituciones nacionales de 1853 y 1949**

La constitución nacional de 1853, recoge la tradición del derecho patrio en materia de policía y prosperidad y le da, a su vez, un giro a partir de las obras de Alberdi y Fraguero. Uno es fundamental antes (con su obra y su proyecto constitucional), el otro, después, con el Estatuto de Hacienda y Crédito Público de 1853.

Esta constitución, sin embargo, no establece un régimen del servicio público, sino que lo ubica conceptual y normativamente dentro del poder de policía de prosperidad, en el actual art. 75, inc. 18.

Aun así, contiene las dos cuestiones que serán las claves para su desarrollo: a) la noción de titularidad estatal de la actividad; y b) la técnica concesional, como forma de desarrollo de infraestructuras y de prestación de servicios.

El régimen, a partir de allí, se desarrollará legislativamente de manera muy acelerada.

En este marco, el servicio público involucrará no solo a los servicios públicos económicos, sino a otras actividades que, luego, serían especificadas como funciones públicas.

La doctrina y la jurisprudencia nacionales acompañarán el régimen en su formación original hasta mediados de la década de 1920.

### *2. 1. 1. 1. Constitución nacional de 1949*

La reforma constitucional de 1949 viene a producir dos grandes cambios en el régimen del servicio público.

En primer lugar, un cambio de legitimidad del servicio público a partir de su incorporación al sistema constitucional de derechos y garantías, en la regulación de la función social de la propiedad.

El servicio público, a la par de las fuentes de energía, es declarado de propiedad inalienable del Estado nacional, vinculando de manera directa las nociones de dominio y servicio público. Y, sobre la base de aquella declaración, se erige, por primera vez, en una garantía (un medio) para la satisfacción de otros derechos (sociales).

En segundo lugar, y vinculado directamente con lo anterior, se modifica el esquema prestacional, al eliminarse la posibilidad de “conceder” la prestación de los servicios a particulares.

El centro neurálgico del régimen del servicio público deja de ser la técnica concesional y pasa a ser, directamente, el de la titularidad estatal del servicio y su función de garantía.

Cambios regulatorios que, sin embargo, no tendrán el debido desarrollo normativo por la abrupta e intempestiva derogación de la Constitución nacional de 1949.

Lo que impide considerar que esta norma constitucional haya impuesto un período regulatorio distinto o separable desde el punto de vista dogmático en relación con el propio de la Constitución nacional de 1853.

### *2. 1. 1. 2. El modelo prestacional a partir de la Constitución de 1949*

Desde el punto de vista prestacional, se avanzará en la “nacionalización” de los servicios. Esto es, su puesta en manos de empresas estatales. Lo cual, paradójicamente, terminaría provocando una gran crisis conceptual respecto del servicio público.

El servicio, por un lado, se confunde con el cúmulo de actividades económicas que el Estado acapara y, por otro, termina justificando un vínculo con los usuarios regido sustancialmente por normas de Derecho privado.

A esta crisis conceptual, le seguirá una crisis general del modelo prestacional. Derogara la constitución de 1949, se pondrá en discusión la finalidad del servicio público (es decir, su función de garantía) y, con ello, la eficacia y eficiencia de los servicios públicos nacionales en manos de empresas públicas.

Esta doble crisis del servicio público se erigirá, a su vez, en el corazón argumental de la llamada “reforma” del Estado, iniciada formalmente hacia comienzos de la década de 1980.

La “reforma” del Estado, pues, iniciará otro período regulatorio.

## **2. 1. 2. Segundo período regulatorio: el servicio público en el marco de la denominada “reforma” del Estado**

Con la derogación de la Constitución de 1949, no se producirá un cambio sustancial en el tratamiento y regulación de los servicios públicos nacionales, salvo en el modelo prestacional, que pasará a ser preponderantemente directo.

Ello hace que no puedan separarse en dos períodos regulatorios distintos a las constituciones nacionales de 1853 y 1949. El servicio público está presente en ambas como potestad estatal, y es allí donde termina afirmándose.

Ahora bien, el modelo prestacional directo (coronado en su momento por la propia constitución de 1949), contendrá el germen, como adelantamos, del próximo período regulatorio que, a partir de la década de 1980, tendrá como eje la denominada “reforma” del Estado.

El movimiento para la “reforma” del Estado comenzará a principios de la década de 1980, continuará promediando la década y culminará con la sanción de la ley 23.696, en agosto de 1989.

La “reforma” del Estado, conceptualmente, se vale de una serie de principios propios de los modelos de regulación económica desarrollados en los países anglosajones hacia mediados de la década de 1970 (desregulación, liberalización y privatización), que intentaron cambiar las formas de la *presencia estatal* en la sociedad a partir del sometimiento de sus actividades (y empresas) a las reglas del mercado.

A estos principios, más propios de la economía que del Derecho público, se sumaría, al mismo tiempo, la idea de subsidiariedad estatal, tanto en su variante neo-liberal como en la tributaria de la doctrina social de la iglesia.

La “reforma” del Estado producirá, en un lapso de tiempo extremadamente corto (1989-1994), una profunda pero asistemática modificación del sistema servicial. La cual, incluso a pesar de la reforma constitucional de 1994, pervive hasta el presente.

Sin aportar nuevos conceptos generales en torno al servicio público y sus formas de prestación (salvo en puntuales casos sectoriales como el correo y las telecomunicaciones, a partir de la incorporación normativa del concepto de “servicio universal”), en un par de años, tendríamos nuevos marcos regulatorios y nuevos prestadores (privados) en todos los servicios públicos nacionales.

Pero todo ello con un peligroso talón de Aquiles: la dolarización de su régimen económico (inversiones y tarifas).

La pretendida “reforma” del Estado, cuya principal expresión normativa fue una ley de emergencia (ley 23.696), con un plazo de caducidad original de un año, apoyada a su vez en el sistema de convertibilidad consagrado por la ley 23.928, tendría su suerte atada al mantenimiento de determinadas condiciones y políticas macroeconómicas que, al terminar la década de 1990, se presentaban como inviables.

El resultado fue, en definitiva, un fenomenal traslado de recursos del sector público al privado, sin que existieran condiciones generales mínimas como para que pudieran sostenerse en el tiempo y cumplir, así, los planes de expansión y mejoramiento de los servicios que habían sido la gran excusa para su privatización. Y sin que se verificara, tam-



poco, con el principal *leit motiv* del movimiento privatizador: terminar con el déficit fiscal y la deficitaria prestación de los servicios.

El déficit fiscal, en realidad, creció exponencialmente, pero por otro motivo: el sostenimiento de la convertibilidad del peso al dólar, que se lograría –hasta fines de 2001- sobre la base del endeudamiento externo. El financiamiento en dólares de los servicios públicos privatizados serán, pues, una de las causas de la fenomenal crisis política, económica y financiera, que estallará a fines de 2001.

Los activos en manos de extranjeros bajo la protección de Tratados Bilaterales de promoción de inversiones implicarán, también, un largo camino de conflicto para el Estado nacional que, partiendo de la sanción de la ley 25.561 y la pesificación y el congelamiento de las tarifas originalmente dolarizadas, lo llevará a litigar ante Tribunales Arbitrales internacionales a favor de los cuales había cedido su jurisdicción.

### **2. 1. 3. Tercer período regulatorio: el servicio público en el marco de la Constitución nacional de 1994**

En medio del proceso de “reforma” del Estado, se produce la reforma constitucional de 1994.

A pesar de ello, es decir, de su “superposición” en el tiempo, creemos necesario separar, por cuestiones metodológicas y para poder apreciarla en su real dimensión, a la reforma constitucional del movimiento de “reforma” del Estado.

La reforma constitucional de 1994 inaugura, en efecto, el tercer y último período regulatorio que en nuestro país ha tenido el servicio público, en razón de que las ideas fundantes de la “reforma” del Estado no fueron trasladadas o incorporadas, sin más, al texto de la constitución nacional.

En realidad, las modificaciones que se introducirán a la constitucional nacional, irán, en varios aspectos, en el sentido opuesto.

Se pondrá al servicio público, nuevamente, en el esquema constitucional de derechos y garantías.

Pero no para resguardar los derechos de acceso y permanencia al mercado de los servicios (a favor de los prestadores de servicios, a la usanza angloamericana y europea), sino los derechos de los usuarios.

El actual período regulatorio está dominado por un régimen constitucional que ha erigido al servicio público en un derecho (de carácter social y especificado) y garantía (en tanto medio para la satisfacción de otros derechos).

Esto implica, inevitablemente, poner en conflicto estos derechos con aquellos desarrollados en el período inmediatamente anterior: el derecho de propiedad de los concesionarios y licenciatarios.

La reforma constitucional de 1994 reeditará, así, viejas discusiones que, desde nuestro punto de vista, nunca fueron saldadas: a) la titularidad estatal del servicio y sus consecuencias; y b) la posición de los prestadores privados de servicios públicos. Pero, ahora, partiendo de la consideración de los derechos constitucionalmente reconocidos a los usuarios. Derechos que sitúan al servicio público dentro de los denominados “Derechos económicos, sociales y culturales”.

Corriendo de esta manera el eje de las principales discusiones desarrolladas hasta aquí: a) en el primer período en relación con la afirmación de las potestades estatales y luego, b) especialmente en las décadas de 1980 y 1990, en todo lo relativo al acceso al mercado y las formas de prestación o gestión de los servicios públicos por prestadores privados.

El centro neurálgico del régimen del servicio público no será, pues, ni la potestad estatal ni el derecho de propiedad de los prestadores privados, sino el derecho de los usuarios, entendido como un derecho social.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> La fragmentación y falta de sistemática con que el derecho administrativo ha abordado hasta el presente diversas cuestiones que, en principio, nacen reguladas en el derecho privado, entre ellas, en particular, la relación de consumo, ha sido clara y lúcidamente planteada por: Viale, Claudio Martín, “La defensa del consumidor. Algunas indagaciones sobre el tema”, en AAVV, Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pág. 207 y sig.; ampliar

¿Cuánto cambiará la nueva normativa constitucional la ecuación tradicionalmente propuesta en el marco de la organización y prestación de un servicio público?

Para saberlo con algo de certeza, necesitamos que evolucione el régimen legal de aplicación. Pero, a pesar de ello, podemos vislumbrar algunas de sus primeras consecuencias, tanto en la discusión conceptual del servicio público como en su régimen jurídico.

Conceptualmente, porque se afirmarán algunas variaciones que vincularán las diferentes versiones de la noción tradicional de servicio público (como servicio público económico), a saber: a) servicios generales; b) servicios sociales; c) servicios esenciales; y d) servicios universales.

Desde el punto de vista del régimen jurídico, tendremos varias cuestiones.

Las primeras, como consecuencia de la constitucionalización de los derechos del usuario, a saber: a) la “nacionalización” del régimen del servicio público en cuanto a dichos derechos; y b) la “descontractualización” del régimen del servicio público.

La nacionalización del servicio público se produce, en efecto, a partir del sistema de derechos (las potestades en la materia siguen siendo locales y, por ende, existen servicios públicos nacionales o federales y servicios públicos provinciales y municipales), ya que en ninguna jurisdicción pueden desconocerse dichos derechos y garantías constitucionales.

De esta manera, tanto la regulación como los conflictos se resuelven, en todas las jurisdicciones, por aplicación directa del sistema protectorio provisto por los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional.

---

conceptualmente en: Viale, Claudio Martín, “Las categorías del derecho común en el derecho administrativo”, en Viale, Claudio Martín, (Director), “Derecho común y derecho administrativo. Diferencias y contactos”, Lerner Editora, Córdoba, 2009, pág. 125 y sig. Valiéndose para ello, a su vez, de varias cuestiones planteadas en su momento por Muñoz; ver: Muñoz, Guillermo A., “Derecho administrativo y relaciones entre particulares”, en Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos M., “Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 773 y sig.

Sistema protectorio que se consolidará, a su vez, con la normativa del derecho común o de fondo, aplicable a todas las jurisdicciones, en virtud de lo normado en la Ley de Defensa del Consumidor N°24.240 y sus modificatorias, y el Código Civil y Comercial de la Nación.

La segunda de las consecuencias tiene que ver con la imposibilidad de limitar ese plexo de derechos y garantías constitucionales por vía contractual (como tradicionalmente se hizo a través de las concesiones, licencias y permisos). Los derechos de los usuarios, de orden constitucional, están por encima de cualquier regulación legal de aplicación (marcos regulatorios) y los acuerdos de voluntades entre el Estado y los prestadores.

Por otro lado, tendremos las cuestiones vinculadas a la interpretación y aplicación, por parte del Estado nacional, de la normativa que en la materia ingresa por medio del sistema de fuentes internacionales (Tratados de Derechos Humanos, de Integración y del Derecho Internacional del Comercio).

Lo que permitirá, a su vez, afianzar algunos ámbitos conceptuales del servicio público (fundamentalmente los denominados servicios sociales) y, además, establecer los principios generales a partir de los cuales interpretar al servicio público como un derecho social.

## **2. 2. Los modelos prestacionales**

### **2. 2. 1. Primer modelo prestacional**

A pesar del esquema de gestión privada, por vía de la figura concesional, la primera etapa de la regulación del servicio público está dominada por la noción de potestad estatal.

La titularidad estatal de la actividad moldea los “marcos regulatorios”. Y las discusiones jurisprudenciales en torno a la concesión y a los derechos del concesionario.

El usuario, sin embargo, no es parte de la relación jurídica que se entabla entre el Estado y el concesionario.

## 2. 2. 2. Segundo modelo prestacional

Estas cuestiones se profundizan con la “nacionalización” de los servicios públicos.

La misma se produce por cuestiones socio políticas que se trasladan al régimen de intervención estatal en la economía y provocan la recepción constitucional de dos elementos fundamentales: a) la función social de la propiedad; y b) la unificación de titular y prestador.

El usuario todavía carece de un estatuto jurídico propio.

Paradójicamente, en el momento culminante de este modelo (hacia principios de la década de 1970), las relaciones jurídicas entre los sujetos involucrados (empresas del Estado y usuarios) se consolidarán como de derecho privado (bajo el modelo de la ley 20.705 de sociedades del Estado).

## 2. 2. 3. Tercer modelo prestacional

El modelo de la “reforma” del Estado, a pesar de no innovar conceptualmente en materia de servicio público (ya que, sustancialmente, se limita a reutilizar el andamiaje conceptual de las concesiones y licencias), propondrá un cambio respecto a las formas de intervención del Estado en la economía.

Los paradigmas dominantes de este modelo son: a) desregulación; b) liberalización; y c) privatización.

De esta manera, la intervención en la economía tiene como principal eje al mercado. Y ello implica que los que ganan protagonismo son los prestadores de servicios. La idea fuerza que aglutina el significado de los nuevos paradigmas del modelo, será la de “eficacia”, entendida en claros términos economicistas.

Esto llevará, a su vez, a discutir las formas tradicionales de delegación del servicio público (concesión), a favor de otras que impliquen más libertad para los prestadores (distintos tipos de licencias).

Tendremos un notable influjo, tanto del derecho angloamericano (en las bases sustentadoras del proceso de reforma) y europeo (fundamentalmente en la discusión de las distintas modalidades de delegación del servicio –licencias- y la introducción del concepto de servicio universal).

Paradójicamente, como adelantamos, en este período se introducirán dos grandes modificaciones en el régimen jurídico del servicio público: a) Entes reguladores; y b) derechos y garantías para los usuarios (arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional).

Ahora bien, y a pesar de todo ello, el proceso de “reforma” del Estado, salvo en algunos sectores puntuales (transporte automotor de pasajeros, correos, y telecomunicaciones), terminaría limitándose a la privatización de empresas públicas prestadoras de servicios públicos. En efecto, en materia de correos y telecomunicaciones, el régimen legal incorporará dos cuestiones: a) licencias únicas y generales; y b) el concepto de servicio universal u obligatorio.

Lo que faltó, en definitiva, fue la puesta en práctica de los principales paradigmas que inspiraron la reforma del Estado, esto es: a) la desregulación del sector (que fue excluido, de manera general, en el régimen del Decreto N°2284/1991); y b) la liberalización del acceso de los prestadores a otros servicios públicos.

## **2. 2. 4. Cuarto modelo prestacional**

Con la sanción de la ley de emergencia 25.561, en enero de 2002, entramos en la última etapa en la prestación de servicios públicos, dominada por la reestatización de muchos de los servicios que habían sido privatizados.

En este período, pues, comenzarán a desarrollarse los conflictos propios del actual régimen constitucional del servicio público y su regulación en los ordenamientos públicos globales.

En efecto, tendremos varias consecuencias concretas: a) La vigencia de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de inversiones, llevaría a la prórroga masiva de jurisdicción, a favor de tribunales ar-

bitrales internacionales, de los conflictos suscitados en el marco de la crisis económica y financiera del país; b) El Estado nacional propone, como forma de resolver esos conflictos sin acudir a la rescisión de los contratos de concesión y licencia, la renegociación de todos los contratos; y c) Se produce una cada vez más amplia judicialización de los conflictos suscitados por la crisis del servicio público, dominada por el reconocimiento de plena legitimación a favor de los usuarios en la defensa de sus intereses, entendiéndose a los mismos, como derechos fundamentales. Ello implicará, en gran medida, la consideración de Tratados internacionales de Derechos Humanos como normas fundantes de los derechos y garantías invocados por los usuarios en la defensa de sus intereses.

Este fenómeno llevará, a su vez, a superar ampliamente la “contratualización” de los derechos de los usuarios de servicios públicos que el fenómeno de las privatizaciones pretendió imponer.

Los derechos del usuario, de esta manera, terminarán imponiéndose por sobre los derechos contractuales del concesionario o licenciatario.

## **2. 2. 5. El modelo prestacional mixto público y privado**

Como consecuencia directa del proceso descrito, el Estado nacional (y las provincias) terminará reestatizando la prestación de muchos de los servicios públicos privatizados, y esto traerá aparejado la consolidación de un modelo prestacional mixto: público y privado. En régimen de exclusividad y competencia.

En efecto, como ya hemos visto, esto ocurrió (a nivel nacional), con los servicios de: a) agua potable y saneamiento; b) transporte ferroviario de pasajeros; c) correos; etc.

Ahora bien, en algunos supuestos, como son los casos de los ferrocarriles y el correo, dicha reestatización es parcial ya que, en el primero aún permanecen prestadores privados en algunas líneas y, en el otro, por el régimen de desmonopolización impuesto, el concesionario estatal compite con licenciatarios privados.

El sistema prestacional mixto, pues, admite todas las soluciones posibles.

Por un lado, la existencia de prestadores en régimen de exclusividad, públicos (prestación directa por el Estado, a través de cualquier forma societaria, y bajo un contrato de concesión o no) o privados (a través de concesionarios, licenciatarios o permisionarios en régimen de exclusividad).

Por otro, la existencia de prestadores en un régimen de competencia, tanto públicos como privados (como se da en el caso del servicio de correos y de telecomunicaciones).

La reestatización de los servicios traerá, a su vez, en algunos casos, la expresión de nuevos paradigmas en la regulación y prestación de los servicios. En efecto, ello puede apreciarse claramente en el caso del nuevo marco regulatorio para la provisión de agua potable y cloacas, y en el del servicio de transporte ferroviario de pasajeros.

En estos nuevos marcos regulatorios, aparecen como nuevos paradigmas del servicio: a) la defensa de los derechos de los usuarios; y b) el derecho de acceso a los servicios.

Lo cual conllevará, también, el abandono gradual de la idea de sustentabilidad económica del servicio en su régimen tarifario.

### **3. El servicio público en los ordenamientos públicos globales.**

Finalmente, debemos señalar que el actual modelo regulatorio y prestacional del servicio público, se desarrolla en medio del acelerado fenómeno de internacionalización de los ordenamientos jurídicos nacionales.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Hemos abordado el tema del nuevo sistema de fuentes internacionales, al menos, en: González Moras, Juan M., “La Internacionalización del Derecho Administrativo argentino. Principales causas y consecuencias”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXIX – 348, “XXXII Jornadas Nacionales de Derecho



De hecho, si nos atenemos al ordenamiento jurídico vigente, podemos afirmar que dicho fenómeno (con las implicancias que tiene en el sistema de fuentes internacionales de nuestro derecho público), es el que ha modificado el eje discursivo y el anclaje jurídico tradicional del servicio público.

El contexto, por el desarrollo de un profundo proceso de transformación del derecho internacional, marca que el Estado nación y su concepción de legalidad, se encuentran, actualmente, seriamente cuestionados en el marco de la conformación de los denominados *ordenamientos públicos globales* o *espacios jurídicos globales*.<sup>10</sup>

Ello deviene en la imposibilidad, como veremos, de seguir considerando al servicio público como mero título de intervención (*potestas*) o, por el contrario, un título de mera regulación del ejercicio de derechos vinculados a la idea de propiedad privada (concesiones, licencias y permisos).

En efecto, en este marco conceptual y regulatorio se debatirán, pues, las cuestiones relativas a las condiciones de aplicación (en forma obligatoria y directa), en las jurisdicciones nacionales, de normas y procedimientos de fuente internacional o supranacional (según el

---

Administrativo. 'El derecho administrativo argentino. Actualidad y perspectivas', Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, pág. 15 y sig.; "El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del derecho internacional de los derechos humanos.", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXVIII – 336, "XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. 'El proceso contencioso administrativo', Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, pág. 115 y sig.; "Los Tratados de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo Argentino", Revista Documentación Administrativa N°267-268, Madrid, 2004; "La responsabilidad internacional del Estado por omisión en materia de derechos humanos", en "El Derecho administrativo hoy. 16 años después", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2013, pág. 447 y sig.

<sup>10</sup> Cassese, Sabino, "La crisi dello Stato", Editori Laterza, Bari, 2002; en español: "La crisis del Estado", edit. LexisNexis, Buenos Aires, 2003; "Lo spazio giuridico globale", Editori Laterza, Bari, 2003; y "Oltre lo Stato", Editori Laterza, Roma-Bari, 2006. González Moras, Juan M., "Procedimientos administrativos especiales en el marco de los ordenamientos públicos globales", en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXII – 383, "XXXV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo", Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2010, pág. 327 y sig.

caso), que tienden a llevar adelante *cometidos* públicos que, en definitiva, no son establecidos de manera unilateral por los propios Estados nacionales. Será, también, el marco en el que se harán visibles las evidentes tensiones que existen entre los distintos tipos de ordenamientos (sean en sus normas originarias o derivadas) de fuente internacional o supranacional.<sup>11</sup>

La actual superposición de regulaciones vinculadas al servicio público nos presenta, justamente, un claro ejemplo de ello.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> J. R. Capella, ha llamado la atención sobre las condiciones (y consecuencias) que pueden delimitar un aspecto fundamental de las bases estructurales de la transformación que enfrentan los Estados nacionales, al señalar que: “...*El campo de poder contemporáneo... está constituido por la interrelación de un soberano privado supraestatal difuso y -puesto que se mantiene la base territorial de asentamiento del poder- un ‘estado permeable’ o unas ‘asociaciones estatales’ permeables, abiertas o porosas (como puede ser la Unión Europea) (...) El nuevo campo de poder de la mundialización produce un derecho dual. El derecho aparece como deprimido bajo el azote de las políticas de desregulación. ‘Desregulación’ no significa ausencia de normas. Todo lo contrario. Las normas subsisten, y para la mayoría de las poblaciones resultan mucho más gravosas que en la etapa anterior. La desregulación tiene en realidad dos aspectos fundamentales: a) en el plano del derecho de los estados abiertos, o de las asociaciones regionales de estados abiertos, la desregulación tiene el significado general de un desplazamiento de la capacidad de normar hacia la esfera privada, de traslado del peso de las obligaciones hacia los sujetos más débiles (cargando finalmente con él quienes no están en condiciones de transferirlo a su vez), y de liberación de cargas o deberes del empresariado, y en general de los capitales; b) en el plano de la soberanía privada supraestatal difusa, el derecho toma la forma de una nueva lex mercatoria metaestatal, establecida y garantizada por los grandes sujetos económicos transnacionales, previamente negociada por grandes gabinetes jurídicos que actúan en numerosos países a la vez...*” Capella, Juan Ramón, “Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado”, Editorial Trotta, Madrid, 1997, págs. 257 y 258 y 267 a 274.

<sup>12</sup> Hemos tratado esta temática en: González Moras, Juan M. “El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales”, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXI – 361, “XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2008, pág. 395 y sig. Desde otra perspectiva, ver: Salomoni, Jorge Luis, “Sistema Jurídico, Emergencia, Conflicto de Derechos y Revisión de las Tarifas de los servicios Públicos”, en Lorenzetti, Ricardo Luis, “Emergencia Pública y Reforma del Régimen Monetario”, La Ley, Buenos Aires, 2002.-

## 4. El servicio público en perspectiva. Del paradigma de la “eficiencia” del servicio al de la “efectividad” de los derechos.

El régimen actual del servicio público, por su particular recepción constitucional, prevé un eje central que tiende a sostener un régimen jurídico que pone en el centro al usuario, a partir de un claro mandato: la necesidad de su tutela como medio de garantizar su dignidad como persona humana a través del acceso al consumo de bienes básicos.<sup>13</sup>

Este panorama genera la necesidad de estudiar un nuevo esquema de regulación constitucional y, por ende, legal y reglamentaria.

Entre otras cosas, para intentar superar la visualización del actual “estado de cosas” como un cúmulo de “anomalías”, y entrever lo que, en realidad, puede ser el germen de un nuevo servicio público.

---

<sup>13</sup> Como un claro ejemplo de esto, podemos recordar que la Corte Suprema nacional ha señalado concretamente que: “...en muchos instrumentos internacionales se menciona la tutela del derecho al agua potable. En este sentido, la resolución A/RES/64/292, del 30/07/2010, de Naciones Unidas, declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. La “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (1979), artículo 14, párr. 2 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” del 17/11/1988, predicen que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos; la “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 24, 2º párr. (1989), exige a los Estados Partes que luchan contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre...”, CSJ 42/2013 (49-K), RECURSO DE HECHO, in re: “Kersich, Juan Gabriel y otros el Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/amparo”, sentencia del 2 de diciembre de 2014; y FLP 8399/2016/CSL, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016. Se ha señalado, asimismo, de manera categórica, que: “...atento que la cuestión planteada refiere a derechos de consumidores y usuarios, la presente situación debe ser analizada a la luz de los principios establecidos en nuestra Constitución Nacional, así como también en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Tales instrumentos, refieren específicamente a los intereses de este sector conformado por “los usuarios y consumidores”...”, Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil II – Sala B, in re: “Bustos, Rebeca Andrea y otro c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo colectivo”, Expte. N° 21060/2016, sentencia del 4 de julio de 2016.

Luego de un largo período signado por la estatización de las actividades económicas caracterizadas como servicios públicos (en un proceso de unificación de titular y prestador del servicio), debimos enfrentarnos –desde comienzos de la década de 1980 con el gobierno de facto y, a partir de 1989 con un nuevo gobierno democrático- a un cambio en la escena regulatoria signada por la idea de la “eficiencia”.

Toda la llamada “reforma del Estado”, desde mediados de los años ’70 hasta entrada la década de 1990, estará signada y fundada en la idea de “eficiencia”.

Razón por la cual el foco de toda la regulación y los avances de la disciplina se volcarán a las cuestiones vinculadas con la desmonopolización de los servicios, su desregulación y privatización.

La idea central es que la “competencia” produciría mejores servicios (es decir prestaciones) y a precios cada vez más accesibles. Salvo en algunos sectores (y en algunos países), la realidad ha demostrado que dicho ideal es inalcanzable a través de la autorregulación del mercado.

El paradigma que viene a enfrentarse con aquel es, ahora, el de la “efectividad” de los derechos.

No ya la “eficiencia” en la prestación, sino la “efectividad” del cumplimiento de los derechos y garantías mínimas involucradas en los servicios públicos.

La “efectividad” es entendida, en cambio, como catalizador de la noción general de que existen derechos (individuales y sociales) que, estando dentro o fuera del régimen jurídico del servicio público, pueden ser satisfechos o resguardados a través de él.

# El concepto de servicio público

## 1. ¿Definir o conceptualizar al servicio público?

Tal como adelantamos, ceñiremos nuestra tarea al estudio sistemático y contextualizado del régimen jurídico del servicio público nacional en Argentina, sin partir de definiciones o concepciones apriorísticas.

Sin perjuicio de ello, y para poder cuestionar nuestro campo de acción dentro del propio ordenamiento jurídico nacional, indagaremos, primero, en las clásicas formulaciones conceptuales que sobre el servicio público se han desarrollado, a efectos de establecer, en primer lugar, su compatibilidad o no, en cada contexto normativo, con el régimen jurídico vigente; y, en segundo término, para poder establecer los cambios y evoluciones que sobre dichos conceptos caben formularse en el actual contexto normativo (internacional, constitucional, legal y reglamentario).

En ese derrotero advertiremos que, históricamente, tendremos en Argentina una muy temprana recepción normativa de la noción de servicio público.

Respecto de ello, tendríamos que avanzar en dos cuestiones centrales: a) el contexto normativo en que dicha recepción se produjo; y b) cuales fueron sus consecuencias.

En relación con la primera cuestión, entendemos que el marco o contexto normativo en que dicha recepción se produjo ha sido suficientemente aclarado en la obra de Jorge Luis Salomoni.<sup>1</sup>

Al contrario, entendemos que aquello que no ha sido suficientemente indagado es lo concerniente a las consecuencias de dicha recepción normativa. Lo cual nos interesa especialmente, a efectos de relevar, al menos en el orden federal, cuáles han sido los “usos” legales que se ha hecho de la noción de “servicio público”.

Ello nos permitirá posicionarnos en relación con las “teorías” desarrolladas alrededor del servicio público, tanto en argentina como en otros contextos jurídicos. Las que, como adelantamos, han sido concebidas con posterioridad a su recepción normativa y se han visto profundamente influidas por el derecho extranjero, tanto de raíz continental europea como norteamericana.

Para ello, transitaremos dos cuestiones conceptuales que implican otras tantas discusiones generales: a) la ubicación sistemática del “servicio público”; y b) el régimen jurídico del servicio público como conformador del mismo y no como “elemento” conceptual.

## **2. Ubicación sistemática del “servicio público” a los efectos de su definición o conceptualización**

No puede desconocerse que el concepto de servicio público remite, desde sus primeras manifestaciones, a una forma o tipo de actividad estatal, tendiente a la satisfacción de necesidades materiales de la sociedad.

---

<sup>1</sup> Salomoni, Jorge Luis, “Teoría general de los servicios públicos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

Actividad estatal que se inscribe, necesariamente, en una determinada teoría del Estado.<sup>2</sup>

Partiendo de allí, la idea o noción básica que encierra la fórmula “servicio público” sufrirá, en el tiempo, innumerables reconsideraciones e interpretaciones, fundamentalmente por influjo de la doctrina del Derecho administrativo europeo, en el intento de deslindar su alcance, contenido conceptual y aplicación posible.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> En función de ello, la noción de servicio público, tal como plantea Jorge Salomoni, debe ser estudiada, al menos, con relación a: 1) Una teoría del Estado, que involucra: a.- Una teoría del poder en cuanto a sus formas y fundamento; b.- Los elementos constitutivos del Estado; c.- Las formas del Estado en cuanto a su extensión (Estado máximo y Estado mínimo); y d.- La continuidad del Estado y su configuración futura; 2) La indagación del grado de intervención del Estado en la economía y, por ende, el grado de autonomía de la sociedad respecto al Estado; 3) Como técnica de garantía de los Derechos Humanos; y 4) Finalmente, como concepto técnico jurídico, administrativo, en el que se describe la prestación de una actividad que atiende a la satisfacción de necesidades públicas. Ver: Salomoni, Jorge L., “Teoría general de los servicios públicos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 325 y sig. Para Luis Miguez Macho, “...el aspecto conceptual del servicio público que parece que deba ser resaltado ‘... es su vertiente finalista o teleológica de carácter garantista, consustancial a la institución desde el momento de su nacimiento (...) El servicio público aparece así caracterizado como una técnica jurídica dirigida a garantizar a los individuos prestaciones de carácter económico y social que son consideradas esenciales por el Poder Público en un momento histórico dado...’”, en “Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios”, Cedecs Editorial, Barcelona, 1999, pág. 106.

<sup>3</sup> Para una evolución del concepto de servicio público, véase: Miguez Macho, Luis, “Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios”, op., cit. Por su parte, Picozza, E., en su “Diritto Amministrativo e Diritto Comunitario”, G. Giappichelli Edit., Torino, 1997, pág. 193 y sig., recuerda que: “...en Italia la doctrina se ha atormentado sobre la cualificación subjetiva u objetiva del servicio público, sobre la relevancia empresarial de muchos servicios públicos, sobre el concepto de servicio público esencial, etc. Un punto común de estas definiciones es hallable en la circunstancia señalada por la mejor doctrina (Giannini), de que todas estas actividades presentan en la disciplina del derecho positivo una indiscutible inherencia de intereses públicos...”; ver, asimismo: Vedel, Georges, “Derecho Administrativo”, Traducción de la sexta edición francesa; Aguilar, Madrid, 1980, pág. 688 y sig. Entre nosotros, ver: Farrando, Ismael, “Servicio público y privatizaciones”, en Revista Actualidad en Derecho Público, Ad-Hoc, Buenos Aires, mayo-agosto de 2008, pág. 147 y sig.

## 2. 1. La tesis “**subjetiva**”

Las primeras caracterizaciones del servicio público como *actividad o prestación de la administración*, harían lógico hincapié –a la hora de tratar de ubicar la actividad en la esfera del Derecho público o del Derecho privado- en la presencia del poder público, representado por la administración.

Noción que devendría en una teoría *subjetivista* del servicio público, en tanto lo reconocía sólo a partir de la presencia en su gestión de una persona de derecho público.<sup>4</sup>

Y entender al servicio público como “función pública” traería aparejado, desde ya, la compleja tarea de tratar de diferenciarlo de las restantes funciones administrativas.<sup>5</sup>

## 2. 2. La tesis “**objetiva**”: el servicio público como actividad

A su vez, y a partir de la expansión de la actividad prestacional administrativa (y de la creciente confusión o yuxtaposición conceptual de diversas actividades) y, también, de la *delegación* de servicios públicos para su prestación por sujetos privados (aplicación de técnicas conce-

---

<sup>4</sup> Oyhanarte sostiene en este sentido que la concepción subjetiva del servicio público “...*selecciona como elemento primordial al órgano o sujeto encargado de la prestación del servicio, así como el acto administrativo mediante el cual se lo habilitó.*”, Oyhanarte, Julio, “La expropiación y los servicios públicos”, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1957, pág. 39.

<sup>5</sup> En este sentido, es interesante la diferenciación que marca Fiorini al sostener que: “...*Las funciones públicas son tan necesarias al Estado como las tres funciones jurídicas como para el moderno Estado de derecho. Los servicios públicos ocupan un rango inferior a las funciones públicas pero tienen importancia por mantener el bienestar colectivo y general. Las funciones públicas sustentan la existencia del Estado, los servicios públicos sustentan la existencia del bienestar general de los habitantes de un Estado (...). Cuando el servicio se manifiesta como consecuencia de una necesidad pública exigente e imperiosa, puede adquirir los mismos caracteres de la función pública, pero no tiene su mismo origen normativo. Aquí se impone, en estos casos, el bienestar de la sociedad.*” Fiorini, Bartolomé, Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 1976, 205 y sig.



sionales a la esfera del servicio público), comenzará a analizarse esta problemática no ya a partir de los sujetos implicados, sino especialmente a partir de las propias actividades desarrolladas.<sup>6</sup>

Es decir, se tratará de *objetivizar* o *materializar* el reconocimiento conceptual de las *actividades- servicio público*.<sup>7</sup>

Lo cual crearía nuevos problemas conceptuales, en razón de la elemental contingencia que desde siempre ha mostrado, en relación con su “objeto”, el servicio público.<sup>8</sup>

Si, como creemos, no existen servicios públicos por naturaleza, resulta una inconsistencia lógica pretender sostener un concepto a partir de la identificación de una o varias actividades.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Para el desarrollo de la noción “objetiva” de servicio público es esencial: Pototschnig, Umberto, “I pubblici servizi”, Padova, 1964. Según este autor la noción de servicio público “objetivo” debe ser estudiada a partir de su conceptualización receptada principalmente en los arts. 43 y 41, inc. 3º de la Constitución italiana. Giannini retoma, con críticas, la discusión propuesta por Pototschnig en: Giannini, Massimo Severo, “Diritto Amministrativo”, Volume Secondo, Seconda edizione, Guiffrè Editore, Milano, 1988, pág. 463.

<sup>7</sup> Señala en este sentido Marienhoff que: “...Comparto en un todo el criterio ‘funcional, material o sustancial, complementado por las notas a que me referiré más adelante, relacionadas con la índole de la actividad que despliegue quien preste o realice el servicio y con el sistema jurídico en que tal servicio quedará encuadrado (...) Con lo expuesto queda dicho que el elemento ‘público’ de la locución ‘servicio público’, no se refiere al ente o persona que lo realiza o presta: refiérase al destinatario del mismo, es decir, a quien dicho servicio va dirigido. ‘Servicio público’ no es otro que ‘servicio para el público’...”, a partir de lo cual justifica la clasificación de los servicios públicos en “propios” e “impropios” (...) el carácter de ‘servicio público’ de la actividad así ejercida resultará de la propia naturaleza de la actividad en cuestión, con la cual se satisface una ‘necesidad’ de carácter ‘general’...”, Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1988, pág. 21 y 39 a 40.

<sup>8</sup> Fiorini deslindaba en diversas actividades estatales al servicio público y la función administrativa señalando que: “...Estas actividades públicas a diferencia de las funciones públicas se distinguen porque se dirigen para satisfacer competencias concretas de los particulares, y no para sostener al Estado como orden y como poder (...) El servicio público cumplía un cometido de interés público pero no podía manifestarse que debía hacer como poder estatal. Estas diferencias son las causas de su futura crisis, pues se pretende el mismo régimen, para actividades distintas; para salvar las diferencias, la concesión que era una manifestación concreta de delegación concurría para realizar estas actividades. El contrato de concesión comprobaba que no se identificaba con las actividades que pertenecían al Estado como autoridad...” Fiorini, Barlomé, Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 1976, 197 y sig.

<sup>9</sup> Sin perjuicio de ello, se ha afirmado que: “...Cuando hablamos de los servicios públicos nos referimos a las prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, que explicitan las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por

## 2. 3. La organización y el régimen jurídico especial del servicio público

Por su parte, y tal como recordaba Oyhanarte, se desarrolló, también, una concepción formal del servicio público que “...asigna importancia casi excluyente al procedimiento organizativo del servicio público y a las cláusulas que lo constituyen...”<sup>10</sup>

La tesis, sostenida principalmente por Jéze, identificaba como elemento caracterizante del servicio público al “...régimen jurídico especial...” que lo constituye.<sup>11</sup>

Criterio que, al menos en nuestro país, generaría muchas críticas doctrinarias por un doble orden de razones.

En primer lugar, por el sector de la doctrina que sostenía la existencia de servicios públicos “impropios”.<sup>12</sup>

---

*terceros, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero siempre bajo fiscalización estatal. Es decir, puede tratarse de la provisión de agua, luz, gas, teléfonos, como de la prestación de servicios de educación, salud, farmacia, taxis, remises, bomberos (...). En consecuencia, el servicio público es un medio para un fin próximo o para un fin mediato (el bien común), que se traduce en actividades públicas, con forma de obra, función o prestación de interés público y con un régimen jurídico de derecho administrativo, común a todo el quehacer de la función administrativa...”* Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 619 a 621.

<sup>10</sup> Oyhanarte, Julio, op., cit., pág. 39.

<sup>11</sup> La definición de servicio público de Jéze, como asimismo la de Hauriou, serán la base sobre la cual Bullrich desarrollará los elementos y caracteres del servicio público, ver: Bullrich, Rodolfo, “Nociones de Derecho Administrativo”, redactadas a base de las conferencias del Profesor Titular Doctor Rodolfo Bullrich, por Arcioni, Juan Bautista y Garcarena, José María, Resto & Doeste Editores, Buenos Aires, 1925, pág. 200 y sig.

<sup>12</sup> Se ha señalado, en este sentido, que: “...A mi criterio no cuadra sostener que el servicio público deba desarrollarse o realizarse de acuerdo al expresado ‘régimen o procedimiento jurídico especial de derecho público’, es decir de acuerdo a un régimen exorbitante del derecho privado, pues hay servicios públicos -los ‘impropios’- que no se prestan o realizan de acuerdo a ese régimen o procedimiento especial (...). Sin perjuicio de lo que se establezca con carácter particular o específico en las ‘concesiones’ que se otorgaren, la diferencia entre que el servicio público se preste o realice de acuerdo a un ‘régimen jurídico especial de derecho público’ o que la respectiva actividad quede simplemente encuadrada en el ‘derecho público’, consiste en que, en este último supuesto, no hay porqué recurrir a régimen especial alguno, sino a la mera aplicación

Y, luego, por la circunstancia de que, en momentos en que se nacionalizaba la prestación de los principales servicios públicos a partir de la creación de empresas y sociedades del Estado, los mismos, paradójicamente, eran sometidos a regímenes jurídicos del derecho privado y no administrativo.<sup>13</sup>

## 2. 4. Las definiciones de servicio público

Sobre la base de dichas concepciones, se desarrollarán definiciones doctrinarias del servicio público que tendrán, a su vez, más o menos influencia según la época y lugar en que fueron formuladas.

---

*de los principios generales del derecho público, cualquiera que éstos sean, todo lo cual -en el supuesto de servicios públicos 'impropios'- se concreta en que quien desarrolle la actividad constitutiva del servicio público queda 'subordinado' a la Administración Pública. Desde luego, esto implica la total posibilidad de aplicar los principios esenciales aceptados por el derecho público respecto a los servicios públicos....",* conf. Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, pág. 43 y 44. Sobre los servicios públicos "impropios" ver, también: Fiorini, Bartolomé, "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1968, Tomo II, pág. 829 y sig. Niegan esta categoría: Diez, Manuel M., "Tratado de Derecho Administrativo", op., cit., Tomo III, pág. 194; Villegas Basavillbaso, B., "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo III, TEA, Buenos Aires, 1951, pág. 48.

<sup>13</sup> Gordillo destacaba especialmente que: "...No toda actividad realizada directa o indirectamente por la administración con fines de satisfacer una necesidad pública se rige por el derecho público; así las empresas del Estado (Y.P.F., Gas del Estado), cuando actúan en libre competencia, se rigen en varios aspectos por el derecho privado (ver ley 14.380, art. 1°) (...) Por su parte, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, y las sociedades del Estado, tienen también un apreciable margen de actividad regido por el derecho privado...", Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo 2, Ediciones Macchi-López, Buenos Aires, 1975, Cap. XIII, pág. 10 y 11. En igual sentido, Dromi señalaba que: "...La propia realidad nos demuestra que hay servicios públicos regidos por Derecho Privado, v.gr., en la Argentina, con la promoción de sociedades estatales (ley 20.705), prestatarias de servicios públicos, que en su régimen jurídico excluyen las más públicas leyes...", Dromi, Roberto José, "Derecho Administrativo económico", Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1979, pág. 94 y 95.

Tendremos, así, las definiciones de la doctrina francesa<sup>14</sup>, dominada por Duguit<sup>15</sup>, Jéze<sup>16</sup> y Hauriou<sup>17</sup>; y la española que, como luego

---

<sup>14</sup> Sobre los antecedentes doctrinarios del servicio público, especialmente en Francia, ver: Corvalan, Juan G., “Origen, Evolución y Concepto de Servicio Público”, Revista de Derecho Administrativo N° 64, LexisNexis, Buenos Aires, 2008, pág. 367 y sig.; Mariorano, Jorge Luis, “Algunas reflexiones acerca de la noción de servicio público”, Revista Argentina de Derecho Administrativo, 1976- N°14, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, pág. 15 y ss.; y Sendín García, Miguel Ángel, “Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos”, Editorial Comares, Granada, 2003, pág. 27 y sig.

<sup>15</sup> Sostenía Duguit que: *“La noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público... Los hombres políticos dignos de este nombre están de acuerdo en reconocer que se ha producido un gran cambio en la noción del Estado; que el Estado no tiene solamente el derecho de mandar, sino que tiene también grandes deberes que cumplir (...) Las actividades cuyo cumplimiento se considera como obligatorio para los gobernantes constituyen el objeto de los servicios públicos. Cuáles son esas actividades?Cuál es su extensión exactamente? Imposible es dar a la cuestión una respuesta general. Ya en 1911 escribíamos: ‘Cuáles son las actividades cuyo cumplimiento constituye para los gobernantes una obligación? No puede darse a esta pregunta una respuesta determinada. Hay ahí algo esencialmente variable, evolutivo, desde luego; es hasta difícil fijar el sentido general de esta evolución. Todo lo que puede decirse es que a medida que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soporte a los servicios públicos aumenta, y por lo mismo aumenta el número de servicios públicos...”,* Duguit, León, “Las Transformaciones del Derecho. (Público y Privado)”, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1975, pág., 27 y sig.

<sup>16</sup> *“La idea de servicio público se halla íntimamente vinculada con la del procedimiento del derecho público. Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico. Toda vez que se está en presencia de un servicio público propiamente dicho, se verifica la existencia de reglas jurídicas especiales, de teorías jurídicas especiales, todas las cuales tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, satisfaciendo, en la forma más rápida y completa que sea posible, las necesidades de interés general...”,* conf. Jéze, Gastón, “Principios generales del Derecho Administrativo”, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 4.

<sup>17</sup> Hauriou define al servicio público como: *“...une organisation publique de pouvoirs, de compétences et de mœurs assumant la fonction de rendre au public, d’une façon régulière et continue, un service déterminé dans une pensée, au sens élevé*

veremos, tendrá una notable y temprana influencia en la formación de nuestro derecho administrativo nacional.<sup>18</sup>

Y, entre nosotros, las aportadas por Bielsa<sup>19</sup>, Villegas Basavilbaso<sup>20</sup> y Marienhoff<sup>21</sup>, entre los tratadistas clásicos; las cuales intentaron ser

---

*du mot. Les éléments du service public sont donc les suivants: 1° une organisation publique de pouvoirs, de compétences et de moeurs; 2° un service régulier et continu à rendre au public; 3° une pensée de police de la cité...”, Hauriou, Maurice, “Précis de droit administratif et de droit public”, 12va. édition, Sirey, París, 1933, pág. 64; cita extraída de la reedición presentada por Pierre Delvolvé y Franck Moderne, Dalloz, Paris, 2002. Hauriou critica las definiciones de servicio público de Duguit y Jèze en el prefacio a la 11va. Edición de sus “Précis...”, de 1927; puede verse el texto completo en español en: Hauriou, Maurice, “Obra escogida”, traducción de Juan A. Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.*

<sup>18</sup> Especialmente a través de la obra de Manuel Colmeiro. Para la construcción del concepto de servicio público contemporáneo en el derecho español, ver, por todos: Garrido Falla, Fernando, “Tratado de Derecho Administrativo”, Volumen II, novena edición, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 301 y sig.

<sup>19</sup> Para Bielsa es “...toda acción o prestación realizada por la Administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía...”, Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo”, Tomo I, 6ta. Edición, Buenos Aires, 1964, pág. 463.

<sup>20</sup> Villegas Basavilbaso sostiene que es servicio público: “...toda actividad directa o indirecta de la Administración Pública, con el objeto de dar satisfacción a las necesidades colectivas, por un procedimiento de derecho público...”, Villegas Basavilbaso, Benjamín, “Derecho Administrativo”, Tomo III, TEA, op., cit., pág. 42.

<sup>21</sup> Marienhoff señala que: “...por servicio público ha de entenderse toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal.”, Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1988, pág. 55.

actualizadas, hacia fines de la década de 1970 y principios de la de 1980, por Linares<sup>22</sup>, Barra<sup>23</sup> y Maiorano<sup>24</sup>.

Fundamentalmente, para deslindar la noción de servicio público de la correspondiente a los “servicios generales” (o servicios “uti universi” en la clasificación tradicional) y de los servicios “impropios”. Los cuales no son incluidos en estas nociones “restringidas” de servicio público.

---

<sup>22</sup> Linares indica que: “Es la prestación mediante entrega de cosas y servicios, individualizados y concretos para satisfacer necesidades colectivas y primordiales de la comunidad, sea por la Administración, o sea por particulares, que requieran el establecimiento, en este segundo caso, de un régimen de potestad pública, que comprende exigencia de un título conferido por el Estado, más otros requisitos accidentales de control por éste...” Linares, Juan, Francisco, “Concepto y definición de servicio público”, Revista Argentina de Derecho Administrativo, 1978- N°19, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, pág. 33 y sig.

<sup>23</sup> Barra señala que: “...Para que haya servicio público, entonces, se deben reunir los siguientes caracteres: a) que la actividad sea de competencia estatal (titularidad); b) que tal competencia no puede ser compartida con los administrados (‘publicatio’ plena); c) que la ejecución de la actividad (no así la titularidad de la competencia) puede ser transferida a los administrados sin afectar ninguno de los atributos esenciales del poder estatal...”, como, asimismo, que: “...el concepto jurídico del servicio público debe ser estudiado desde la perspectiva de su ejercicio por el particular concesionario más que como un régimen jurídico que regula una de las modalidades de prestación directa por parte de la Administración pública (...) no existe una diferencia sustancial de régimen jurídico entre el que corresponde a la llamada actividad de servicio público de la Administración pública y el que corresponde a la restante actividad de prestación de bienes al mercado que realiza la misma Administración pública... Por consiguiente, el dato determinante para caracterizar a una actividad como servicio público es que ella, siendo de titularidad estatal, pueda ser ejecutada por los particulares bajo un determinado régimen jurídico (concesión de servicio público) que es útil para garantizar las prestaciones a los administrados que corresponden a esa actividad concreta, serán realizadas con predominio de las exigencias del interés público sobre las demandas de las reglas de la ‘libertad de mercado’...”, Barra, Rodolfo Carlos, “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público”, nota comentario al fallo dictado en la causa “Fundación San Marín de Tours” por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en fecha 15 de septiembre de 1981; en Revista La Ley, 1982-B, pág. 370 a 373.

<sup>24</sup> Para Maiorano “...el servicio público es toda actividad práctica y concreta mediante la cual se satisfacen de manera directa e inmediata necesidades e intereses públicos bajo un régimen jurídico específico establecido por un acto estatal”, conf. Maiorano, Jorge Luis, “Algunas reflexiones acerca de la noción de servicio público”, op., cit., pág. 29.

## 2. 5. Síntesis: la definición de servicio público a partir de sus elementos

En definitiva, y como fruto de esta evolución, se llegará a nociones más contemporáneas del servicio público que, combinando elementos de las anteriores definiciones, terminarán haciendo hincapié en la técnica de *organización* de aquellas actividades económicas socialmente esenciales.

De esta forma, se integran –aunque de manera no excluyente– elementos subjetivos (Estado administrador y prestadores privados especialmente autorizados)<sup>25</sup>; objetivos (deslinde de las actividades calificadas como servicio público de las funciones administrativas y de las actividades privadas de “interés público”)<sup>26</sup>; y jurídicos (el régimen legal que califica y regula las condiciones de organización y prestación de una actividad como un servicio público).<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Para Gordillo: “...*Los tres elementos esenciales de la noción tradicional de servicio público son, según se aprecia, tres: 1º) el fin que el servicio cumple, 2º) la persona que lo atiende, 3º) el régimen que lo regula (...)* Dos elementos de esta noción –el de la persona que atiende el servicio y el del régimen que lo regula– están actualmente, al parecer de la doctrina francesa moderna, en crisis. Esa crisis lleva a tales autores a proponer concepciones ‘existenciales’ del servicio público o más francamente a abandonar totalmente el término y el concepto...”, conf. Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Parte General, Tomo 2, Ediciones Macchi-Lopez, Buenos Aires, 1975, Capítulo XIII, pág. 6 y ss.

<sup>26</sup> Fiorini señalaba con claridad que: “...*La escuela clásica del servicio público concentraba tres elementos: a) el orgánico: actividad desarrollada por órganos de la administración o por concesión; b) régimen jurídico: de derecho administrativo; c) finalistas: es decir la función de satisfacer intereses públicos. Muchas fueron las definiciones para la teoría de los servicios públicos; cada autor pretendía hallar la piedra mágica y con ella interpretar todo el derecho administrativo, pero palabra más, palabra menos, siempre se destacaban esos tres elementos, considerados esenciales para comprobar su existencia...*” Fiorini, Barlomé, “Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 1976, 201 y sig.

<sup>27</sup> El régimen jurídico o legal se impone en la definición de Sarria: “...*De consiguiente el servicio público presupone tres elementos esenciales, a saber: a) un origen legal; b) un régimen jurídico bajo el cual se realiza; c) la acción del Estado, ya directa (funcionarios) ya indirecta (concesionarios)... Con lo dicho se establece claramente que el servicio público se caracteriza por ser una función del Estado, que éste cumple a veces por sí mismo, por sus agentes oficiales, a veces por intermediarios a quienes confiere una parte de su propio poder, realizándose así lo que llamamos una concesión...*” Sarria, Félix, “Derecho Administrativo”, Imprenta la Universidad de Córdoba, Segunda Edición, 1938, pág. 152 y 153.

El fundamento último o finalidad que justificará el régimen legal será, en cualquier caso, la existencia de una necesidad colectiva o social cuya satisfacción debe ser garantizada por el Estado, por sí, o por intermedio de particulares especialmente autorizados.

De manera tal que el Estado es el garante y “responsable” de la actividad, la cual, a su vez, resultará “exigible” por los particulares (en su condición de “usuarios”).

### **3. Servicio Público, actividades de interés público y *public utilities*. Servicio público y poder de policía**

Ahora bien, no toda actividad de carácter o contenido económico desarrollada por la administración puede ser considerada como servicio público, ni toda actividad económica en que la prestación o gestión esté a cargo de sujetos privados, podrá ser considerada como puramente comercial, o perteneciente al derecho privado.

La definición del régimen jurídico (y por ende, la *pertenencia* de las actividades al ámbito público o privado), al menos dentro de los ordenamientos de filiación o matriz continental europea, estará dada por una idea central: la *titularidad estatal* del servicio público, en tanto técnica de intervención en la economía.<sup>28</sup>

Esta idea será el eje en torno al cual girarán los elementos del servicio público en su acepción más contemporánea. Y ello porque, tal cual lo expusimos al comenzar este apartado, la noción de servicio público

---

<sup>28</sup> Respecto a la diferente concepción de la idea de servicio público en las distintas tradiciones (continental europea y angloamericanas), ver, especialmente: Montero Pascual, Juan José, “Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones.”, en REDA, N°92, Madrid, 1996, págs. 567 y sig.



implica, de por sí, varias discusiones en torno a la idea del Estado y el alcance de sus funciones.<sup>29</sup>

Titularidad estatal significa, entonces, atribución de competencia (en sentido lato) al Estado para la organización de las actividades económicas que puedan ser consideradas servicios públicos.

Y, también, responsabilidad pública. El servicio público será visualizado –y posterior y correlativamente teorizado– como la posibilidad de obligar al Estado frente al ciudadano; como título de intervención que, a su vez, otorga legitimación para interpelar al Estado en su actuación de frente a las necesidades materiales y colectivas de la sociedad.

La titularidad permite, también, deslindar los distintos momentos de la organización de las actividades servicios públicos: un momento *regulativo* (u organizativo) y otro de *gestión* o prestación de la actividad.

Se deslindan, así, dos esferas de actuación perfectamente definidas: titular del servicio, o de la regulación y control (en sentido amplio); y gestor o prestador, sujeto que puede ser público o privado, pero que siempre estará sujeto a las especiales normas regulatorias de la actividad.

La mediación jurídico-administrativa que se consolidará, a su vez, como explicitación de esta idea será la concesión de servicio público, como instrumento contractual (de derecho público) que contendrá a los dos *momentos* anteriormente mencionados: a) la expresión jurídica de la titularidad pública de la actividad, a través de la *exorbitancia* de las cláusulas contractuales y b) su carácter reglamentario, en la estipulación del ámbito legítimo de actuación del gestor o prestador del servicio, en todo lo referente a sus derechos y obligaciones.

La noción de titularidad sustantiviza o *positiviza*, pues, una particular forma de intervención del poder público en la economía.

---

<sup>29</sup> Sobre la noción de “titularidad” estatal y sus críticas, ver: Balbín, Carlos F, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, op., cit., pág. 910 y sig.

Y decimos que la sustantiviza porque aleja a la noción de servicio público de toda fundamentación que la visualice como una intervención de *excepción* a las reglas del mercado (como efectivamente se legitima este tipo de regulaciones en los países de tradición anglosajona, a partir de la idea de “policy powers”).

La regulación será así considerada *necesaria* en virtud de las *particulares condiciones de mercado* existentes para este tipo de servicios, y de su incidencia colectiva (es decir su incidencia respecto de una especial categoría de usuarios o consumidores).

Las *particulares condiciones de mercado* serán determinantes a la hora de definir –aún hoy, con una realidad de mercados fuertemente globalizados- la oportunidad regular de esta manera a una porción del sector terciario de la economía.

Por lo demás, el concepto de titularidad estatal del servicio público quedaría se plasmado en la casi totalidad de las constituciones *mixtas* (que reconocen expresamente la iniciativa pública en la economía a la par de la privada), a partir de distintos tipos de autorizaciones para la constitución de “haciendas” especiales, reservas de sectores del mercado, etc. Como es el caso de la Constitución italiana de 1947, a través de su art. 43.

La reserva de mercado, en efecto, será otro pilar en la evolución de la técnica del servicio público, que posteriormente será puesta en jaque a partir de la introducción de los principios del derecho de la concurrencia y de la necesidad (por la acción del Derecho comunitario), de someter a ellos a las empresas prestadoras de actividades servicios-públicos, tanto públicas como privadas.

### **3. 1. El servicio público y los “servicios de interés general”. Los diferentes modelos de gestión**

En el margen de la evolución conceptual de la idea de servicio público reseñada, se encuentra la disputa entre los modelos de gestión de

este tipo de actividades económicas (el de la Europa continental y el del mundo angloamericano).<sup>30</sup>

Querella que encierra la cuestión más general de la *titularidad estatal* del servicio público como técnica de intervención en la economía.

En este sentido, debemos adelantar que nuestro modelo de servicio público, si bien es tributario, en cierto sentido y en algunos aspectos puntuales del derecho público colonial o indiano, de raíz europea, tuvo, desde su origen, un desarrollo plenamente autónomo, y anterior, respecto de las ideas y doctrinas tanto europeas como angloamericanas.

De cualquier manera, y a efectos de tratar de entender el nudo de la vieja disputa entre europeos y angloamericanos, en medio de la cual -lamentablemente- se nos ha instalado, podemos tomar algunos breves trazos de la comparación que, de ambos modelos, ha realizado Juan José Montero Pascual.

En efecto, y respecto a la diferente concepción de la idea de servicio público en las tradiciones continental europea y angloamericana, es interesante poner de relieve, siguiendo a este autor, que: *“...Uno y otro modelo tienen su origen en dos tradiciones históricas, en dos modos de entender el interés general. Por un lado está la noción de «interés común», resultado de la combinación de los intereses particulares de los ciudadanos. Por otro lado, aparece la noción de «interés público», diferente y superior a la mera combinación de intereses privados, definido especialmente como el bien de la nación por encima de intereses particulares...”*<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Sobre la problemática vinculada a las diversas tradiciones jurídicas, continental europea y angloamericana, y las condiciones de su divergencia y convergencia, ver el excepcional estudio del Prof. Sabino Cassese, “La costruzione del Diritto Amministrativo: Francia e Regno Unito”, en su “Trattato di Diritto Amministrativo”, Guiffrè Editore, 2003, segunda edición, Tomo Primero, pág. 1 y sig.

<sup>31</sup> Montero Pascual, Juan José, “Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones.”, en REDA, N°92, op., cit., pág. 567 y sig. Sobre la relación entre los conceptos de servicio público e interés público en nuestro ordenamiento jurídico nacional, ver: Salomoni, Jorge Luis, “El concepto actual de Servicio Público en la República Argentina”, texto de la conferencia presentada en las “Jornadas Nacionales de los Abogados de la Industria del Gas”, Buenos Aires, 14 de Noviembre de 2003; posteriormente publicado en Revista Documentación Administrativa N° 267-268, “El Derecho Administrativo en

El modelo del “interés común” es el predominante en los EE.UU., en el cual, por ende, “...La prestación de servicios de interés general está encomendada a personas privadas, las cuales, en régimen de competencia, persiguen la satisfacción de su propio interés particular, al mismo tiempo que satisfacen el de sus clientes y el de la comunidad en general...”<sup>32</sup>

Por otra parte, el “...modelo de ‘interés público’ es el dominante en Europa. Este interés público no puede ser definido y perseguido por personas privadas, pues éstas están sólo encaminadas a la consecución de sus intereses privados. Por esto es necesario que un ente superior defina y gestione la consecución del bien público. Las autoridades públicas son las únicas con la legitimidad y poder suficiente para cumplir esta función, y por ello están legitimadas para realizar una reserva de la actividad (publicatio) que les permite gestionar directamente (...) los servicios públicos...”<sup>33</sup>

Ideas estas últimas que implican, también, a la de la titularidad estatal como atribución de competencia al Estado para la organización de las actividades que sean consideradas servicios públicos.

---

Argentina: Situación y Tendencias Actuales (I)”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, septiembre 2003-Abril 2004, págs. 367 y sig.

<sup>32</sup> En el modelo angloamericano “...La función de las autoridades públicas es garantizar que el enfrentamiento de intereses particulares no es corrompido por prácticas injustas que impidan la satisfacción del interés común, así como intervenir en el caso de que el mercado no sea plenamente eficiente, imponiendo obligaciones directamente a los prestadores del servicio de interés general. El regulador impone obligaciones o cargas jurídicas a los prestadores privados del servicio público, que adquieren de este modo una responsabilidad jurídica...” Montero Pascual, Juan José, “Titularidad privada de los servicios de interés general...” op., cit.

<sup>33</sup> Por ello, en el modelo europeo, “...El servicio público estaría definido por tres rasgos: gestión por una autoridad pública, bajo el régimen de derecho público, para la consecución de un fin de interés público. La responsabilidad de la autoridad pública en la gestión del servicio sería meramente política. La gestión de los servicios de interés público podría ser encargada a una persona privada en régimen de concesión, persona que se regiría por el derecho mercantil (evolución que supuso la crisis del concepto ortodoxo de servicio público), pero los servicios serán siempre de titularidad pública, y sólo por decisión de esa autoridad pueden ser delegados...” Montero Pascual, Juan José, “Titularidad privada de los servicios de interés general...” op., cit.

Para la división de competencias entre la sociedad civil y el poder público, y como forma de actuación concreta del principio de subsidiariedad.<sup>34</sup>

## 4. Primera “crisis” del servicio público: nacionalización y prestación estatal directa

La denominada “crisis” del servicio público, atravesada por el fenómeno de la nacionalización o estatización de los servicios públicos, ha sido extensamente estudiada.

Entre nosotros, quien más claramente ha abordado esta cuestión es, sin duda, Agustín Gordillo.<sup>35</sup>

En la doctrina francesa y española, se destacan, por su parte, las obras de Corail<sup>36</sup> y Laubadere<sup>37</sup>, y Villar Palasí<sup>38</sup> y Garrido Falla<sup>39</sup>, respectivamente.

En nuestro país, la “crisis” del servicio público está enmarcada en la reforma constitucional de 1949, que incluyó una particular regulación del servicio público en su artículo 40, 3º párrafo, y un sostenido proceso de estatalización de empresas.

Norma constitucional que implicó, por un lado, la introducción del servicio público en el esquema de derechos y garantías constitucionales (en directa relación con la función social de la propiedad) y, por otro

---

<sup>34</sup> Sobre esto, me permito remitir a González Moras, Juan M., “Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

<sup>35</sup> Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 2, Ediciones Macchi-López, Buenos Aires, 1975, Cap. XIII, pág. 7 y sig.

<sup>36</sup> Corail, Jean-Louis de, “La crise de la notion juridique de service public en droit administratif Français”, Paris, 1954, obra profusamente citada por Agustín Gordillo, conf. op. cit., Cap. XIII, págs. 2 y sig.

<sup>37</sup> Laubadere, Andre de: “Traite elementaire de droit administratif”; Paris, 1933.

<sup>38</sup> Villar Palasí, José Luis, “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, Revista de Administración Pública N°3, Madrid, 1950.

<sup>39</sup> Garrido Falla, Fernando, “La crisis de la noción de servicio público”, en “Las transformaciones del régimen administrativo”, Madrid, 1962; y en su “Tratado de Derecho Administrativo”, Madrid, 1960, Tomo II, pág. 319 y sig.

lado, la concreta proscripción de su enajenación y concesión a particulares para su explotación.

La “crisis” del servicio público perduraría, sin embargo, mucho más allá de la efímera vigencia de la Constitución nacional de 1949, si consideramos que el modelo de gestión directa por medio de empresas estatales perduraría hasta 1989.

## **5. Segunda “crisis” del servicio público: el Estado “regulador” y la privatización de la prestación de los servicios públicos**

La segunda “crisis” del servicio público involucra, en realidad, una discusión un poco mayor: la de la justificación o no del Estado de bienestar.

En un contexto mundial en que se ponía en tela de juicio la intervención del Estado en la economía y, en particular, la eficiencia económica de dichas intervenciones, comenzará a postularse una idea de Estado superadora de hasta entonces vigente Estado de Bienestar: el “Estado regulador”.

El “Estado regulador”, sustentado teórica e ideológicamente en concepciones neocontractualistas de distinto cuño, implicará, en todos los casos, profundas transformaciones para la presencia “pública” o estatal en la economía.

Desde la propia teoría económica, se trasladarán conceptos como “desregulación”, “liberalización” o “privatización”, a los principios de organización y prestación de las actividades económicas reguladas por el Estado, incluyendo a los servicios públicos.

Lo cual traerá aparejada una nueva era para la vieja disciplina del servicio público, revitalizando las discusiones en torno a cuestiones que parecían definitivamente superadas como, por ejemplo, la de la titularidad de los servicios públicos; las actividades económicas que merecen esta calificación; sus relaciones con el mercado; las modalidades prestacionales; etc.

Esta “crisis”, sin embargo, no logrará afirmar un nuevo “concepto” de servicio público.

## **6. El concepto actual de servicio público en el régimen jurídico argentino.**

En definitiva, y respecto a la delimitación conceptual del servicio público (sobre lo que volveremos luego), podemos adelantar que el mismo mantiene, en nuestro régimen jurídico nacional, diversos alcances.

En efecto, en el régimen constitucional y legal actualmente vigente en nuestro país, los ámbitos conceptuales que abarca esta figura alcanzan a: 1) servicios públicos generales; 2) servicios sociales; 3) servicios esenciales; 4) servicios públicos económicos; y 5) servicios universales.

## **PARTE II**

---

### **Primera etapa regulatoria**

El régimen del servicio público en la formación  
del derecho público argentino: 1853-1949



# **El servicio público en la formación del derecho público argentino**

## **Introducción**

### **1. Implicancia constitucional: intervención del Estado. Creación de infraestructuras económicas. El servicio público en la constitución económica y el sistema de potestades estatales**

La noción de servicio público tuvo en Argentina una muy temprana recepción normativa.

Dicha recepción, si bien basada en la raigambre europea que suponía nuestro derecho colonial, se desarrollaría de manera plenamente autónoma, manteniendo, a lo largo de su evolución, muchas de sus originarias particularidades.

El Derecho público argentino, a partir de la sanción de la Constitución Nacional 1853, reconoció y reservó en el concepto de servicio público una noción polisémica que permitió, por un lado, la designación de la casi totalidad de las funciones administrativas desarrolladas por el Estado nacional, y por otro, la regulación específica de actividades económicas puestas en la esfera de atribuciones del mismo Estado nacional.<sup>1</sup>

De esta manera, el concepto de servicio público desarrollado tanto a nivel constitucional, legislativo, jurisprudencial y doctrinario, fundamentalmente desde 1853 y hasta comenzado el siglo XX, adoptó para sí una amplitud y funcionalidad desconocidas hasta entonces en los modernos ordenamientos de derecho administrativo, tanto europeos como angloamericanos.

Ello, a su vez, teniendo en cuenta que la aparición en nuestro país del concepto normativo de servicio público, en sentido amplio, debe retrotraerse al momento de la consolidación del llamado “derecho patrio”, desde 1810 hasta 1853, siendo utilizado, concretamente, por las Asambleas Constituyentes de 1813 y 1826.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ver en este sentido: González Moras, Juan M., “El concepto de servicio público”, op., cit. Sobre el contexto jurídico que permitió este fenómeno, ver: Salomoni, Jorge Luis, “Teoría General de los Servicios Públicos”, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999; y González Moras, Juan M., “Estado y Prosperidad: bases y puntos de partida para la invención de la nación argentina en la obra de Juan Bautista Alberdi”, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, N°3, RAP, Buenos Aires, marzo de 2008.

<sup>2</sup> En efecto, y en primer término, tenemos al Decreto de la Soberana Asamblea General Constituyente, de fecha 6 de febrero de 1813, por el cual se dispuso que: “...el español europeo empleado que solicite ser ciudadano del estado, se le podrá admitir al goce de este carácter bajo las condiciones siguientes. (...) Primera. Deba acreditar de un modo fehaciente no solo una decidida adhesión a la sagrada causa de la libertad de la América desde la gloriosa revolución de estas provincias, sino el haber hecho esfuerzos y servicios públicos, e incontestables en su fomento y defensa...” De la misma manera, el Decreto del Congreso General Constituyente que sesionaba como legislatura de la provincia de Buenos Aires, propuesto y comenzado a discutir en la sesión secreta del 25 de Noviembre de 1825, y posteriormente aprobado, se dispuso: “ARTÍCULO 1.- El gobierno encargado del Ejecutivo nacional queda autorizado para buscar y admitir temporalmente un Jefe que forme y dirija la escuadra nacional (...) Art. 5.- Si el Jefe viniese de otra nación con permiso de su gobierno, y muriese en acción de guerra su mujer e hijos legítimos gozarán medio sueldo por vía de pensión, la primera por su vida, si no tomase nuevo estado; y en este caso, o de fallecimiento pasará a los hijos: de estos las mujeres la disfrutarán hasta que se casen, y los varones hasta la edad de veinte y un años, si antes no tomaran carrera en el servicio público.” En la sesión del 24 de abril de 1826, al debatirse en el mismo Congreso General Constituyente,

El concepto de “servicio público”, a partir de aquellos antecedentes, con la sanción de la Constitución Nacional de 1853 y, luego de ella, en toda la normativa, jurisprudencia y doctrina del derecho público vigente hasta comienzos del siglo XX, será aplicado:

Como concepto general, para designar y dar contenido a la función administrativa estatal puesta a disposición del público; al interés público o general; a la titularidad pública o estatal de determinada competencia; para definir, en definitiva, la función pública en las normas generales y especiales de organización administrativa;

Para dar cuenta del régimen de derecho público al que quedarán sujetos determinados bienes o cosas por “afectación” a la actividad pública;

Designará, asimismo, el carácter que se le otorgará al “uso público” de determinadas obras de infraestructura como, por ejemplo, puertos y caminos.

Finalmente, y en sentido estricto, para designar y regular como tales, a actividades económicas que se consideraron públicas, que se

---

la “Adición al presupuesto de los gastos de policía para el año 1826” de la provincia de Buenos Aires, el Ministro de Gobierno expresaba que: “...Desde que se estableció el Poder Ejecutivo permanente, es necesario que vaya extendiendo su esfera acción mucho más allá de lo que podía extenderla el Gobierno provisorio que estaba establecido: por consiguiente en la necesidad de hacer mayores gastos, el gobierno no ha tenido por conveniente pedir una autorización para cada uno de estos gastos, porque sería tener ocupado al Congreso para cada uno de ellos. El los ha decretado según han demandado las necesidades del servicio público; y no podrá hacer más, que luego que tome un conocimiento exacto de todo, y que haya llenado los destinos que es indispensable para el servicio general, él presentará el presupuesto de gastos que él demande...” De la misma manera, en el mismo Congreso General Constituyente, al discutirse sobre los gastos “...para el servicio de la casa y Secretaría del Congreso General en el presente año de 1826...”, se expresaba que: “...está mandado por punto general, que todos los ordenanzas de empleos civiles sean ordenanzas asalariados y no militares. Así es que en los juzgados de primera instancia, y tribunales de la Cámara, los ordenanzas tienen 200 pesos, sin mantener caballo, pues se les da uno del servicio público, que regularmente es malo y apenas puede hacer nada...”, conf. Ravignani, Emilio, “Asambleas Constituyentes Argentinas”, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Talleres SA Casa Jacobo Peuser Ltda., Buenos Aires, 1937, Tomo 1, pág. 7; Tomo 3, pág. 1335; Tomo 2, pág. 1072 y 1073; y Tomo 2, pág. 1076 y 1077, respectivamente. Sobre la aparición temprana del concepto de servicio público, desde 1830 en adelante, en el derecho constitucional uruguayo, ver: Cajarville Peluffo, Juan P., “La noción de ‘servicio público’ en la Constitución uruguayaya”, en AAVV, “Derecho Administrativo Iberoamericano”, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pág. 711 y sig.

ubicaron progresivamente bajo la órbita y responsabilidad del Estado, a pesar –incluso– de su gestión por sujetos particulares, siendo éste el caso de los servicios de correos y mensajerías, ferrocarriles, telégrafos, faros, etc. Es decir, para designar a aquellas actividades que hoy denominaríamos “servicios públicos económicos”.

La posibilidad de que en esta etapa histórica del país se desarrollara de manera tan extraordinaria un concepto como el de servicio público, que solamente sería “descubierto” en todo su potencial por la llamada escuela francesa del servicio público hacia las primeras décadas del siglo XX, y con el alcance que acabamos de precisar, demuestra, claramente, no sólo la coherencia entre una idea de Estado y de su acción administrativa, sino, fundamentalmente, la originalidad de nuestro derecho público.

## **1. 1. El servicio público como función administrativa en la Constitución nacional de 1853**

El concepto más general y, también, antiguo, de servicio público, asimilable al de ciertas funciones estatales, fue incluido de manera expresa en nuestra Constitución nacional de 1853.

Este, efectivamente, es el alcance conceptual que debe darse a lo establecido en el actual art. 99, inc. 18 de la Constitución nacional.

El art. 99, inc. 18, señala que: *“El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 18. Puede ausentarse del territorio de la Nación, con permiso del Congreso. En el receso de éste, sólo podrá hacerlo sin licencia por razones justificadas de servicio público.”*<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Ver texto original del art. 83 inc. 22 en Sampay, Arturo Enrique, “Las constituciones de la argentina (1810/1972), Eudeba, Buenos Aires, 1975, pág. 358 y sig. La norma fue modificada en la reforma constitucional de 1994, fundamentalmente para adecuar su redacción, e indicar –como ya lo establecía la costumbre– que la ausencia del Presidente debía ser del país (y no de la capital como estaba originalmente previsto), y se sustituyen los “graves objetos” por “razones justificadas” de servicio público. En ocasión de la reforma de 1994, tampoco se registró discusión alguna en relación con las

La inserción de la locución “servicio público” en la norma, originalmente inserta en el art. 83, inciso 22, de la Constitución nacional de 1853, fue expresamente propuesta por Gorostiaga.<sup>4</sup>

En efecto, en la sesión del día 29 de abril de 1853, el Congreso General Constituyente puso en discusión las atribuciones comprendidas en el art. 83 del proyecto de Constitución. Al referirse al inciso 22, puede leerse en el diario de sesiones que: “...*En la atribución 22ª, el Señor Gorostiaga miembro informante de la Comisión propuso se reformase el 2º, inciso de ella del modo siguiente: ‘en el receso de este, solo podrá hacerlo sin licencia por graves objetos del servicio público’, y en esta forma fue votada y aprobado por unanimidad...*”<sup>5</sup>

---

modificaciones introducidas, tal como lo recuerda: Ekmekdjian, Migue Ángel, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo V, Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 146.

<sup>4</sup> En efecto, tal como se ha señalado: “...*La norma tuvo su origen en el proyecto de la Comisión Redactora de la Convención Constituyente de 1853, no encontrando antecedente ni en el proyecto de Alberdi, ni en las Constituciones de 1826 y de los Estados Unidos...*”, ver: Quiroga Lavie, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina comentada”, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1996, pág. 613.

<sup>5</sup> Ver texto íntegro de la sesión transcripto en: Ravignani, Emilio, “Asambleas Constituyentes Argentinas”, op., cit., pág. 534. Esta noción de “servicio público”, tal como hemos visto, era aceptada y conocida por el derecho público de la época, y encontraba sus raíces en el llamado “derecho patrio”. Prueba cabal de la extensión de su conocimiento en el país, es que fue inserta, con fines casi idénticos al del originario art. 83, inc. 22 de la Constitución nacional, en la Constitución de la Provincia de Córdoba sancionada el 16 de agosto de 1855 y puesta en vigencia, luego de su aprobación por parte del Congreso Federal, el 25 de octubre de 1855. En dicha norma constitucional, entre las atribuciones del Poder Legislativo, se estableció en el art. 28, inc. 19, que la Asamblea debía: “*Admitir o desechar la licencia temporal que pidiere el Gobernador y permitir su separación de la Capital por más de seis días a objeto de servicio público.*”, texto completo de la norma constitucional en: Cortes, Gerónimo, “Exposición de la reforma constitucional sancionada en 1870”, primera edición, Imprenta de la “Escuela Tipográfica”, Córdoba, 1873, Documento Anexos, pág. 1 y sig. Esta utilización conceptual es receptada y expresamente analizada en la temprana obra de Bielsa, quien, para ello, partía de la consideración de que: “...*servicio público es un término genérico, al paso que función pública es específico. El servicio concurre a formar la función pública; aun más, es su contenido esencial; mientras que para que exista función pública es necesario, además del servicio, otro elemento: el ‘encargo’, o delegatio, en principio transmitido por la ley directamente o por otro funcionario superior jerárquico, en su de sus facultades legales...*”, Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo y legislación administrativa argentina”, Tomo Primero, J. Lajouane & Cía. Editores, Librería Nacional, Buenos Aires, 1921, pág. 180.

Servicio público resulta equivalente aquí al conjunto de las funciones que cumple, en relación con las potestades constitucionalmente atribuidas, el Presidente de la Nación.<sup>6</sup>

Acepción o alcance conceptual del servicio público que, tal como luego veremos, pervive aún en nuestras normas constitucionales, tanto a nivel nacional como provincial.

## **1. 2. El servicio público como técnica de intervención en el sistema de potestades estatales. Servicio público y poder de policía**

Por otra parte, el servicio público representa -ya en aquella época- una especialización de la técnica genérica de intervención estatal en la economía conocida como “poder de policía”.<sup>7</sup>

Más precisamente, del poder de policía de “prosperidad”, a través del cual se caracterizaban todas aquellas acciones y reglamentaciones emanadas del poder público, coactivas o no, e incluyendo actividades de prestación y fomento, encaminadas a lograr la “prosperidad” ma-

---

<sup>6</sup> Tal como señala Gelli al comentar la norma: “...únicamente para ausentarse del territorio nacional debe pedir el permiso al Congreso Federal y esto sólo podría denegarlo ante irrazonables y reiteradas ausencias que no se relacionen con los asuntos públicos atribuidos al presidente.”, conf. Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Tomo II, 4ta. Edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 410.

<sup>7</sup> Ver, en general: Merkl, Adolf, “Teoría General del Derecho Administrativo”, Editora Nacional, México, 1980. Edición original, Viena, 1927, pág. 335. Para un estudio de la problemática vinculada específicamente al poder de policía y su relación con el servicio público, ver: González Moras, Juan M., “Poder de policía de prosperidad y potestades de intervención del Estado argentino”, en Revista Actualidad en Derecho Público N°14, Ad- Hoc, Bs. As., abril de 2001, pág. 129 y sig; “Estado de excepción. Soberanía, Poder de Policía y Emergencia”, en “La radicalidad de las formas jurídicas. Críticas a la razón cínica”, AAVV, Ediciones Grupo La Grieta, Buenos Aires, 2002, pág. 119 y sig; y “Poder de policía global. Intervención y autodeterminación social en el marco de los ordenamientos públicos globales”, AAVV; Ediciones Grupo La Grieta, La Plata, 2003, pág. 51 y sig.

terial de los súbditos y ciudadanos de las ciudades o comunas de los primeros Estados nacionales.<sup>8</sup>

En el siglo XIX, el poder de policía se afirma como una técnica de *intervención* del poder público. Técnica que puede visualizarse como reflejo de la potestad de “regulación” por parte del Estado de algunos aspectos de la vida de la “sociedad civil”, tanto en sus relaciones internas, como con el mismo poder público.

Poder de policía de prosperidad que, por lo demás, sería constitucionalmente consagrado en 1853, en la denominada “cláusula de prosperidad”, actual art. 75, inc. 18.

Noción de “prosperidad” que evolucionará conceptualmente hacia la idea de servicio público, consolidándose en nuestro Derecho administrativo como una “especificación” de funciones administrativas, deslindado tanto del poder de policía de prosperidad como de la más contemporánea idea de “función” administrativa. Naciendo, de esta manera, y hacia mediados del siglo XIX, el concepto de servicio público económico.

## **2. Antecedentes de Derecho patrio. La idea de “policía de prosperidad” en los textos constitucionales anteriores a la Constitución Nacional de 1853**

Como adelantamos, nuestra Constitución nacional de 1853, incluyó entre las potestades otorgadas al Congreso federal, la denominada “cláusula de prosperidad”.

En efecto, el originario art. 64, inc. 16 (luego 67 inc. 16), y actual art. 75, inc. 18, establece que corresponde al Congreso nacional: “*Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las*

---

<sup>8</sup> Para un estudio del “Estado Policía”, ver: Mayer, Otto, “Derecho Administrativo Alemán”, Depalma, Bs. As. 1982, Tomo I, pág. 47 y sigs.

*provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales, de privilegios y recompensas de estímulo.”*<sup>9</sup>

Respecto de ella, debe afirmarse, en primer lugar, que no existe una cláusula similar en ninguna constitución de la época,<sup>10</sup> y que la misma, por otra parte, fue tomada por los constituyentes del proyecto de constitución incorporado a la segunda edición de las “Bases...” de Juan B. Alberdi.

Aunque bien podrían ubicarse los antecedentes normativos directos de la “cláusula de prosperidad” en dos prescripciones pertenecientes a las constituciones nacionales de 1819 y 1826, en las cuales se establecía, separadamente, las dos grandes (y fundamentales) temáticas del posterior y actual art. 75, inc. 18, de la Constitución de 1853; esto es: a) la posibilidad de otorgar *privilegios exclusivos* (expresión que prefi-

---

<sup>9</sup> El texto original del artículo insertado por Juan Bautista Alberdi en su proyecto constitucional era el siguiente: “Art. 67. Corresponde al Congreso, en el ramo de lo interior: “inc. 3º: Proveer lo conducente a la prosperidad, defensa y seguridad del país; al adelanto y bienestar de todas las provincias, estimulando el progreso de la instrucción y de la industria, de la inmigración, de la construcción de ferrocarriles y canales navegables, de la colonización de las tierras desiertas y habitadas por indígenas, de la planificación de nuevas industrias, de la importación de capitales extranjeros, de la exploración de los ríos navegables, por leyes protectoras de esos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.” Sobre la génesis del texto de esta cláusula, ver: Bianchi, Alberto B., “La cláusula de progreso (con especial referencia a los ferrocarriles)”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Nro. 398, Buenos Aires, 2016, página 15 y sig.

<sup>10</sup> Salvo las reiteradas afirmaciones doctrinarias existentes en torno a las Constituciones de México de 1824, y el proyecto Constitucional para Chile del año 1826; la cual otorgaba como atribución al Congreso Nacional la siguiente: “Promover la ilustración, bienestar y riqueza nacional, fomentando la agricultura e industria mercantil y fabril, ya por medio de privilegios a autores o inventores, ya abriendo caminos y canales, y construyendo obras útiles, ya estableciendo postas y correos, ya finalmente, protegiendo la libertad política de la opinión y de la imprenta: todo sin perjudicar los derechos de las provincias en sus respectivos territorios”; texto reproducido por De Vedia, Agustín, “Constitución Argentina”, Bs. As., 1907; pág. 298.-



gura el concepto de *concesión*) por tiempo determinado; y b) la puesta en cabeza del Estado, en este caso del Poder Ejecutivo, de actividades económicas de carácter público, como los correos, postas, caminos, etc; refiriéndose a aquellos a través de los términos *policía*, por una parte, y de *establecimientos públicos o nacionales*, por otra.

Alberdi, de alguna manera, amalgamó estas materias primas y las articuló a través de las ideas de “prosperidad”, como fin, y de “concesión”, como medio; lo cual implica: *titularidad estatal de determinadas actividades económicas públicas, y el otorgamiento de privilegios temporales para la explotación de dichas actividades*.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> La técnica concesional y su directa vinculación con la noción de “privilegio” tenía, al momento de sancionarse la Constitución nacional de 1853, larga y vieja aceptación en el derecho público de la época, reconociendo claramente sus orígenes en el derecho indiano y el posterior derecho patrio. Prueba de ello resultan, en primer lugar, el largo debate sostenido durante la Convención constituyente de 1826 cuando, al tratarse sobre un proyecto para la canalización del río Bermejo, surge la contradicción del mismo con la existencia previa de una concesión de un privilegio a una empresa particular para la explotación maderera y la navegación en el mismo río que había sido otorgada por el Gobierno de Salta; en medio del cual se establecen conceptos claros respecto a la naturaleza contractual de la concesión y el límite que, para los derechos de los restantes habitantes, implicaba el privilegio concedido. Así, concretamente, en la sesión del 24 de agosto de 1826, el Diputado Ugarteche señalaba: “...el privilegio, tal cual es en sí, ha de poner en acción ese mismo derecho que se concedió, y esta circunstancia hace que no se pueda despojar a los empresarios de ese derecho, en que están ya en una posesión tomada a vista y presencia de los mismos, que podían resistirla, y no lo han hecho. Esta circunstancia, digo, hace que no puedan ser despojados los empresarios de ese derecho sin que sean previamente oídos y en juicio vencidos. Hay más; el privilegio siempre es un contrato celebrado con autoridad competente, y mediante obligaciones recíprocas. Esto mismo exige de necesidad su revocatoria o su rescisión; y para esto es por derecho necesario que preceda la audiencia de los contratantes...”; Ravignani, Emilio, “Asambleas Constituyentes Argentinas”, op., cit., Tomo Tercero, pág. 462. Todo lo cual viene a ser corroborado por la primera jurisprudencia de la Corte Suprema nacional en la que se discute la constitucionalidad de concesiones de uso, obra y servicio público, que habían sido otorgadas entre las décadas de 1820 y 1850; ver, en este sentido: CSJN, in re: “Varios Puesteros próximos al Mercado del Centro c/Empresario del mismo Mercado”, sentencia del 8 de Noviembre de 1866, Fallos: 3:468; “Varios puesteros contra los concesionarios del mercado “Independencia” sobre inconstitucionalidad de una resolución municipal”, sentencia del 7 de octubre de 1871; “Casares, Vicente e hijos c/ Sívori y otro”, sentencia del 17 de febrero de 1872, Fallos: 11: 257.

## **2. 1. La “cláusula de prosperidad” en el pensamiento y obra de Juan B. Alberdi. Su incorporación al proyecto de Constitución Nacional de 1853. Poder de policía de “prosperidad” y servicio público**

Alberdi previó un doble sistema de “policía”, como potestad de intervención estatal.

Esto es, potestades que se corresponden al llamado poder de policía de “seguridad”, y normas vinculadas al poder de policía de “prosperidad”.

En efecto, por un lado, vertebra el sistema de los arts. 14, 17, 18, 19, 28, o sea, el esquema que, clásicamente, se ha denominado como “poder de policía”: el Congreso reglamenta (limita, restringe) los derechos individuales, sin desvirtuar su contenido al hacerlo; la propiedad, por su parte, es declarada inviolable; y, a todo evento, se prevé la expropiación como garantía especial del ciudadano.

El Estado actúa, por línea de principio, de manera “negativa” (limitando, restringiendo), tratando de “compatibilizar” el ejercicio interindividual de los derechos reconocidos a los ciudadanos.

Luego, y por otro lado, tenemos la Cláusula de prosperidad, actual art. 75, inc. 18, que contiene a una variante conocida como “poder de policía de prosperidad”. Norma en la cual convergen, tanto los antecedentes del derecho patrio, anteriormente citados, como las ideas romántico-historicistas que tanto habían influido en la llamada generación del ’37.

La misma se erige, pues, como una potestad, una facultad-obligación, del Congreso nacional (y las provincias, por el juego del antiguo art. 107, actual art. 125 de la Constitución nacional), para promover la “prosperidad” de determinadas actividades que son consideradas socialmente valiosas; incluyendo esta idea la de la titularidad de las actividades de servicios públicos.

Todo lo cual implica: a) La intervención directa o indirecta del Estado para el logro de dichos cometidos, sea, principalmente, a través de la

sanción de normas que regulen o fomenten dichas actividades, en función de los fines enunciados, es decir, del bienestar general o colectivo que las mismas implican, o a través de la prestación de determinadas actividades servicio público o su delegación en particulares; y b) La restricción o limitación de derechos individuales o colectivos, en función de necesidades también sociales o colectivas que pudieran estar encontrados con el bienestar general.

Los antecedentes de la idea de “prosperidad”, y de las concretas posturas –que en función de aquella– Alberdi pondría en cabeza del Estado, son realmente vastos y han sido analizados ya en profundidad.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Ver, in extenso, Salomoni, Jorge Luis, “Teoría General de los Servicios Públicos”, op., cit., especialmente, Capítulo I. Las ideas allí volcadas por Salomoni no han sido aun refutadas. Partiendo de un hecho incontestable (la cláusula de progreso o “prosperidad” fue redactada por Alberdi), Salomoni desarrolló el contexto doctrinario que -en nuestro derecho patrio- posibilitó que la cláusula de “prosperidad” fuera aprobada por la Convención constituyente de 1853, por unanimidad y sin discusión, en la sesión del día 28 de abril de 1853 (ver Ravignani, Emilio, “Asambleas Constituyentes Argentinas”, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Talleres SA Casa Jacobo Peuser Ltda., Buenos Aires, 1937, Tomo Cuarto, 1827-1862, pág. 528 y sig.). Aunque desde la doctrina se registren algunos intentos de discusión de estas ideas. En primer lugar, Ricardo Ramírez Calvo (en “Alberdi y la intervención estatal en los servicios públicos. A propósito de una curiosa interpretación del pensamiento constitucional alberdiano”, en *La Ley*, tomo 2002-B, pág. 1158), plantea una discusión que, a nuestro juicio, no es más que semántica y libresca, a partir de contraponer las ideas sostenidas por Salomoni con las reflexiones de Alberdi en su “Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina” (incluido en: Alberdi, Juan B., “Organización política y económica de la Confederación Argentina”, nueva edición oficial, corregida y revisada, Besanzon, Imprenta de José Jacquin, Grande-Rue, n°14, 1856, pág. 363 y sig.). No creo que este tema pueda plantearse a partir de quien leyó mejor a Alberdi. En realidad, hay que comprender aquella parte de su obra (“Fragmento preliminar” de 1837, y las “Bases...” de 1852) que resultó fundamental para la sanción de la constitución de 1853. Ello, teniendo en cuenta, a su vez, la fluctuante influencia de Alberdi que, así como fue decisiva (aun sin su presencia en Paraná) para la sanción de la Constitución de 1853, fue escasa en la organización estatal que sobrevendría inmediatamente después. Prueba de ello es, justamente, “El sistema rentístico...” que viene a contestar la obra de Mariano Fraguero, quien, a la postre, tendría mucha más influencia real en su calidad de Ministro de Hacienda de la Confederación y redactor del “Estatuto de Hacienda y Crédito Público”, sancionado por el propio Congreso Constituyente en diciembre de 1853. No alcanza, pues, con las contradicciones del propio Alberdi para neutralizar aquello que efectivamente hizo: sentar las bases para el desarrollo en nuestro país de los servicios públicos económicos. Por otra parte, el profesor Juan Carlos Cassagne ha intentado refutarlo a partir de otros dos cuestionamientos. En primer lugar, la negación de que Alberdi haya podido leer o entender a Hegel. Y, luego, la evidencia de que existía, en Francia, literatura sobre el

Sin embargo, vale recordar aquí lo expresado por Alberdi en sus “Bases...” con respecto a las misiones que debían asignarse al gobierno federal; nuestro autor, en efecto, sostendría que: “... *Asignar al Congreso de la Confederación la facultad de proveer a todo lo que interese a la seguridad y engrandecimiento de la república en general, es hacer del orden interior y exterior uno de los grandes fines de la Constitución, y del engrandecimiento y prosperidad otro de igual rango. Es también dar al Gobierno general el poder de levantar (...) fondos para la cons-*

---

servicio público que data de 1864 (ver: “La crisis de los servicios públicos en Argentina”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006, pág. 378). En relación con ello, no nos cabe duda que el Derecho público alemán, a través de sus traductores franceses, tuvo una innegable influencia en el Rio de la Plata (cuestión ampliamente estudiada en, al menos, las siguientes obras: Mayer, Jorge M., “Las ‘Bases’ de Alberdi. Edición crítica con una noticia preliminar, la reconstrucción de los textos originales y sus variantes, las fuentes y las notas ilustrativas”, Edit. Sudamericana, Bs. As., 1969; Olsen A. Ghirardi. “El primer Alberdi. La filosofía de su tiempo.” Buenos Aires; Astrea, 1989; “La filosofía en Alberdi”, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 1993; y “El Derecho Natural en Alberdi”, Ediciones del Copista, Córdoba, año 1997; Alberini, Coriolano, “Problemas de la Historia de las ideas filosóficas en la Argentina”. Instituto de Estudios Sociales y del Pensamiento Argentino. Departamento de Filosofía. Facultad de Humanidades y Cs. de la Educación. Universidad Nacional de La Plata, año 1966; Díaz, Benito, “Mariano Fraguero y la Constitución de 1853”, Edit. El Coloquio, Buenos Aires, 1973). La teoría del Estado de Hegel, pieza clave para comprender el “Derecho Administrativo Alemán” de Mayer, (Mayer, Otto, “Le droit administratif allemand”, Paris, 1903; y “La administración y la organización pública”, trad. de A. Posada, Madrid, 1892; obras citadas por Rafael Bielsa en la primera edición de su “Derecho Administrativo” de 1921), es la que desarrolló –sobre la idea general de progreso– la noción que terminó uniendo a posiciones desarrolladas con mucha lejanía entre sí, en el espacio y en el tiempo, y que no es otra que la de “prosperidad”. De ninguna manera puede existir una “casualidad” que ligue, de manera tan notoria, obras tan dispares y distantes. Hay un común denominador, que no es otro que el pensamiento que forjó el Derecho público alemán, que discutió abiertamente las posiciones más extremas del liberalismo político y económico y que, aún de manera indirecta, terminó por influir en el desarrollo de nuestro sistema de intervención estatal en la economía. Y esto, desde ya, no tiene que ver con la aplicación del método “dialéctico”. En segundo lugar, y en relación con la “antigüedad” del servicio público, no hay duda que ese concepto es originariamente de cuño europeo, tanto francés como español o alemán (respecto del Derecho francés, ver el excepcional trabajo histórico desarrollado en: Corvalán, Juan G., “Origen, Evolución y Concepto de Servicio Público”, Revista de Derecho Administrativo N° 64, LexisNexis, Buenos Aires, 2008, pág. 367 y sig.). El tema, nuevamente, es otro. No alcanza ni es suficiente saber que existieron normas y desarrollos doctrinarios anteriores para poder comprender cómo ese concepto de servicio público tuvo recepción y se desarrolló particularmente en nuestro medio. En cualquier caso, insisto, entiendo que la tesis de Salomoni sigue sin ser refutada.

*trucción de las obras nacionales exigidas por el engrandecimiento del país. (...) el único medio de llevar a cabo la construcción de las grandes vías de comunicación, tan necesarias a la población y al comercio como a la acción del poder central, es decir a la existencia de la confederación, será el encargar la vigilancia, dirección y fomento de esos intereses al gobierno general de la confederación (...) Las más de éstas bases acaban de recibir su sanción en el acuerdo de 31 de mayo de 1852 celebrado en San Nicolás...”<sup>13</sup>*

En este párrafo se encuentra condensada la historia (los antecedentes) y el futuro (la proyección constitucional) de la idea de “prosperidad” en relación al fin del Estado.

Resta destacar que, al contrario de lo que marcaban los antecedentes existentes en el derecho constitucional patrio, Alberdi introduce la noción de prosperidad como una potestad de intervención del Congreso nacional y las legislaturas provinciales.

El poder de policía de seguridad, y el poder de policía de prosperidad, que marcan los dos grandes fines de nuestro Estado, son puestos en cabeza del Poder Legislativo, lo que constituye un dato de suma trascendencia respecto de la concepción orgánica del Estado argentino.

## **2. 2. La “cláusula de prosperidad” y su aplicación e interpretación por el Congreso constituyente**

Quizá el primer intérprete de la idea de “prosperidad” haya sido Mariano Fragueiro.

En su obra “Organización del Crédito”, del año 1850, expresaba que: *“...Es inútil buscar la prosperidad de las naciones fuera de la organización del trabajo. (...) En la vida social, todo es propiedad, porque todo es materia o está materializado; lo que no está en esta forma no es de la economía social; por lo tanto, el primer elemento de la constitución de un*

---

<sup>13</sup> Alberdi, Juan B., “Bases y puntos de partida para la Organización política de la República Argentina”, La cultura argentina, Buenos Aires, 1915; Cap. XXIII.

*pueblo, es el derecho de propiedad; su clasificación en pública y privada; establecer entre ellas los límites respectivos e impedir que los poseedores se usurpen entre sí...*<sup>14</sup>

Concepción que quedará normativamente plasmada en el “Estatuto para la Organización de la Hacienda y el Crédito Público.”, en el año 1853<sup>15</sup>, cuyo debate, por el propio Congreso Constituyente, será de fundamental importancia para entender la conexión entre la cláusula de prosperidad y las potestades de intervención del Estado argentino.<sup>16</sup>

Fragueiro, Ministro de Hacienda de la Confederación argentina, durante el debate del “Estatuto...”, expuso que: “...en el proyecto discutido, se había procurado atribuir a la industria pública lo que a ella le pertenecía

---

<sup>14</sup> Fragueiro, Mariano, “Organización del Crédito”, 1850, Edición Edit. Hachette, 1976; págs. 291 a 293. Agrega este autor que: “...Tenemos el instinto de imitar a otras naciones que creemos prósperas; y esta solicitud es sin duda para procurarnos la ley natural que deseamos encontrar; porque, en verdad, la sociedad, en todas las naciones, está sujeta a las mismas leyes, con la diferencia de las peculiaridades del suelo y demás que la varían en accidentes. Pero de este mismo instinto que tenemos se deduce que si bien no debemos despreciar las mejoras de otros pueblos debemos, sin embargo, no adoptarlas sin examen; y que nuestro primer estudio debe ser la originalidad del propio país; entendiendo por originalidad lo que la peculiar naturaleza exige; lo que exige ella sola, sin influencia extraña, que en alguna manera puede contrariar su modo de ser; es decir, siendo independiente y libre...”.-

<sup>15</sup> Dado en la Sala de Sesiones del Soberano Congreso General Constituyente, en la ciudad de Santa Fe, a los nueve días del mes de diciembre de 1853. Promulgado en Paraná, por el Gobierno Delegado, el 17 de diciembre de 1853. Cabe tener presente que en el debate constitucional, no se discutió puntualmente la “cláusula de prosperidad”, siendo la misma aprobada por unanimidad en la Sesión del 28 de abril de 1853. Conf. Ravignani, E., op. cit., págs. 529 y 530. Las principales disposiciones del mismo, en cuanto a las potestades de intervención del Estado nacional, están contenidas en las normas relativas a: Título II. Atribuciones de la Administración General; Título IV. Crédito Público, Capítulo 1; Título V. De las operaciones del Banco, Capítulo 1º; y Título XI, reglamentario del servicio de correos y postas.

<sup>16</sup> En la Sesión del 28 de noviembre de 1853, texto completo en la obra “Asambleas Constituyentes Argentinas 1813-1898” de Emilio Ravignani, op., cit., Tomo 4, págs. 614 a 618. En el Mensaje elevado al Congreso General Constituyente por el Gobierno Nacional Delegado de fecha 21 de noviembre de 1853, se anticipaba ya gran parte del contenido del Estatuto, y sus propósitos, al expresarse que: “...es de urgente necesidad la creación de un Estatuto Orgánico de Crédito, que al tiempo mismo que sirva para satisfacer las necesidades actuales de la industria pública, sea también la base de la prosperidad, poder y fuerza de la Nación.”; ver in extenso: M. Fragueiro- Salvador M. del Carril- F. Zuviria. Parte oficial publicado el 18 de diciembre de 1853, en El Nacional Argentino, Paraná, N° 64.

*sin tocar en nada, ni dañar a la industria privada; porque derivándose ambos del servicio social que prestan hay servicios que no pueden rendir en particular y sí los puede la sociedad con mayores ventajas en todo sentido; que examinándose, por ejemplo, la industria de dar dinero a réditos, no consistía más que en la confianza acordada al deudor; que en la construcción de obras públicas habría que examinar el servicio que iban a prestar a la sociedad y la oportunidad de su realización, y que ¿quién mejor que el gobierno o la sociedad podría juzgar de estos asuntos?: que hasta aquí los gobiernos habían sido mendigos viviendo a merced del crédito privado; pero que era preciso que en adelante viviesen de su industria y amparasen la privada, porque podrían hacerlo con más discernimiento y equidad...”*

Y que, en definitiva: *“...toda la dificultad consistía en deslindar la industria pública de la privada haciendo que ninguna de ellas se invada (...) Que la Constitución acordaba por su artículo 14, a todos los argentinos el ejercicio de toda industria lícita; pero que esto no hacía relación a la industria pública sino a la privada, de lo contrario también podrían cobrar peages, lo que indudablemente no pueden por pertenecer a la industria del Estado: que podrían construir puentes y establecer derechos sobre ellos, lo que tampoco pueden hacer sin que la autoridad concurra con su aprobación a esta clase de empresas, de que resultaba que no había razón ni chocaba al buen sentido, ni habría un solo artículo de la Constitución en oposición al artículo discutido...”*<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Sesión del 29 de noviembre de 1853, Ravignani E., ob. cit. págs. 618 a 623. En la cesión del 7 de marzo de 1854, el Congreso General Constituyente, al cerrar sus sesiones, aprueba un “Manifiesto”, que debía hacerse conocer al pueblo, por el cual se afirmó que: *“...Uno de los elementos de existencia indispensables para el país, es la Hacienda, la cual puesta al servicio de los poderes nacionales, según las disposiciones de la Constitución ha de llevar la prosperidad a todos los ángulos de la Confederación satisfaciendo sus necesidades e impulsando la explotación de su riqueza. Por esta razón, y después de maduras deliberaciones sancionó con leves reformas el Estatuto de hacienda y Crédito Público y la Tarifa de Aduanas presentados en proyecto por el Gobierno Delegado. Con estas leyes protectoras de nuestras nacientes industrias hemos echado una verdadera base de oro a nuestra prosperidad futura; y sin recurrir a empréstitos extranjeros, desventajosos en nuestras actuales circunstancias hemos de crecer, por esas mismas leyes, en industria y en capitales hasta donde solo la imaginación puede alcanzar.”*

No hay, pues, contradicción alguna entre el “Estatuto...” y el texto constitucional. Antes bien, estos son complementarios. El Estatuto no hace otra cosa que reglamentar -por primera vez- el art. del 64 inc. 16 (actual 75 inc. 18), que otorga poderes promocionales al Estado y lo obliga a desplegar una actividad importante en el campo de los servicios públicos, de la obra pública, del fomento de la industria privada. Que reconoce la titularidad pública de estas actividades.

## **2. 3. Nuestra interpretación de la Cláusula de prosperidad**

La doctrina del derecho público nacional, tanto constitucional como administrativo, tal como luego veremos, pondría de relieve la importancia y trascendencia de la “cláusula de prosperidad”; en general respecto de las potestades estatales de intervención en la economía y, en particular, para el desarrollo del servicio público.

Todo ello, claro está, en el contexto de las posiciones (más políticas que doctrinarias) impuestas a partir de 1860, que postulaban la completa identidad entre nuestro sistema constitucional y la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

De cualquier forma, analizando la llamada “cláusula de prosperidad”, actual artículo 75, inc. 18, de la Constitución nacional, anteriormente transcripto, encontramos que: 1) En primer lugar, la misma expresa, correlacionándolos con el texto del “preámbulo” constitucional, algunos de los más importantes fines del Estado nacional; 2) Entre estos fines que deben ser atendidos por el Estado nacional, a su vez, encontramos: a) el fomento y la promoción de actividades privadas con relevancia socio económica; y b) el desarrollo de actividades de titularidad estatal, esto es, básicamente: obras y servicios públicos, sea directa o indirectamente; 3) Luego, tenemos los “medios” que se otorgan al Estado nacional para llevar adelante estas tareas y cumplir sus fines; esto es: a) el dictado de normas de fomento y promoción de actividades públicas o privadas, o sea, las denominadas en el texto constitucional



como “*leyes protectoras de esos fines*”, anteriormente mencionados; y b) el otorgamiento de “*Concesiones temporales, privilegios y recompensas de estímulo*”; técnica que sólo puede estar relacionada, en principio, con bienes o actividades de titularidad estatal.

La concesión, así, viene a funcionar como técnica de “delegación”, de carácter contractual, de actividades estatales que, por otra parte, y lógicamente, podían ser desarrolladas directamente por el propio Estado.

El alcance de la norma, respecto a las potestades de intervención estatal, es muy amplio; tanto en lo que hace a los fines por ella expresados, como a los “medios” puestos a disposición del Estado para alcanzarlos.

La *intervención* pública, así planteada, es esencialmente normativa. Lo que caracteriza a la función normativa tendiente a regular, reglamentar, limitar o fomentar actividades públicas (de titularidad estatal) o privadas (pertenecientes a la esfera de derechos de los individuos o, con mayor generalidad, a la sociedad civil), actividad *clásicamente* definida como “poder de policía” del Estado, es el fin al cual debe estar apuntada dicha intervención. Ese fin se encuentra, por su parte, encapsulado en la noción de “prosperidad”; de allí que nuestra constitución efectivamente haya receptado esta variante histórica del “poder de policía”.

Y decimos que la intervención es fundamentalmente normativa porque, aún en el supuesto de las actividades de titularidad estatal mencionadas (obras y servicios públicos), aquello que el Estado debe garantizar es su organización y funcionamiento. La norma no impone ni obliga al Estado a actuar directamente. Otorga ambas posibilidades. Por lo tanto, el Estado, regula dichas actividades normativamente, a través de la sanción de las normas correspondientes para la ejecución de las obras públicas o para la prestación de los servicios públicos.

De hecho, esta potestad es otorgada al Congreso nacional, y no al Poder Ejecutivo. Este solo actuará en cumplimiento de las normas generales emanadas del Poder Legislativo.

### **3. El concepto de servicio público en la formación del Derecho público nacional. La legislación, jurisprudencia y doctrina nacional del período 1853-1900**

Más allá de la interpretación constitucional y de sus fuentes, debe afirmarse que el concepto de servicio público (ya presente en nuestro derecho patrio), se afianzará, fundamentalmente, en la primera legislación nacional dictada inmediatamente de sancionada la Constitución de 1853.

Esto, en un doble sentido: a) en primer lugar, como equivalente, en sentido amplio, de acción estatal, o, más precisamente, de “función” administrativa; y b) como concepto vinculado, en un sentido estricto, a la prestación de actividades económicas de carácter público.

Doble utilización que si bien irá especificándose y limitándose, aunque recién hacia principios del 1900, al concepto restringido de servicio público económico, aún hoy puede ser reconocida en el régimen constitucional y legal argentino y en su interpretación jurisprudencial.

#### **3. 1. El servicio público en la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional del período 1853-1900**

Como adelantamos, la *consistencia* del concepto normativo de servicio público en Argentina, puede corroborarse, inmediatamente después de sancionada la Constitución Nacional de 1853, por su extensa recepción legislativa y jurisprudencial.

En efecto, puede afirmarse que la legislación nacional dictada entre 1853 y los primeros años de la década de 1900, es altamente demostrativa de la existencia de un concepto nacional de servicio público, aplicado, en primer término, y en forma amplia, en las siguientes materias: a)

los primeros tratados internacionales celebrados por la confederación argentina; b) la normativa vinculada a la represión de delitos contra la administración pública; c) las normas de contabilidad y organización administrativa; y d) las normas de jubilaciones y retiros.

Paralelamente, se utilizaría, también, la noción de servicio público en un sentido más estricto, vinculado esta vez a la organización y prestación de actividades económicas como en los casos de: a) los correos y mensajerías nacionales; b) el servicio público ferroviario; c) el servicio público telegráfico y de comunicaciones telefónicas; d) el servicio público de faros; y e) en diversas concesiones de obra pública.

De la misma manera, el concepto de servicio público será utilizado por la Corte Suprema, en el período 1864-1885, en forma concordante con la doble utilización, general y particular, que de aquel hacían la legislación y doctrina, y abarcando, entre otras cuestiones, a las vinculadas con: a) la jurisdicción aplicable a los prestadores de servicios públicos; b) el régimen jurídico aplicable en cuanto a su responsabilidad; c) la conexión del servicio público con el régimen de expropiaciones; d) los contratos administrativos y el servicio público; e) los privilegios estatales; y f) el régimen de los bienes afectados al servicio.

### **3. 1. 1. El concepto de servicio público la primera legislación nacional**

#### *3. 1. 1. 1. El Estatuto de Hacienda y Crédito Público de 1853*

La Confederación Argentina sancionó el 9 de diciembre de 1853, el Estatuto de Hacienda y Crédito, cuyo Título IV, “Crédito Público”, Capítulo I, Artículo 3, prescribió que: “*Toda suma que el Congreso Federal Argentino dispusiere anticipar al Poder Ejecutivo nacional, para el giro de banco, **construcción de obras públicas o para el servicio público**, sean en fondos públicos o en billetes circulantes, como moneda corriente,*

*será inscripta en el libro de crédito público y firmado por todos los miembros del Congreso concurrentes a la sesión*<sup>18</sup>.

Por su parte, en el Título V, “De las operaciones del Banco”, Capítulo I, se establece: “Art. 2º.- *El banco en la Administración General y en las subalternas, estará abierto para el **servicio público** cuatro horas diarias, cuando menos, en un solo período del día, el que se designará por la Administración General con conocimiento de las localidades (...)* Art. 8º.- *Toda operación del Banco Nacional sea en la Administración General o en las subalternas, ha de producirse dentro de los límites que señalan las siguientes bases: (...)* 10ª *Se abrirá una cuenta corriente con el fisco, a la que se llevarán las sumas entregadas por depósitos fiscales y las pagadas por libramientos y órdenes respectivas, por cuenta del presupuesto general de gastos. 11ª Si esta cuenta diera déficit, el Banco será reembolsado de él con parte de los dos millones que por el art. 5º de este Capítulo, han sido adjudicados para el **servicio público**, o con los fondos producidos por las rentas, impuestos o contribuciones que la ley para llenar el déficit, creare en lo sucesivo...*”

En el Título VII, Capítulo I, “Registro de la propiedad territorial”, se estableció que: Art. 1º.- *Todo título de propiedad territorial urbana, rural o enfitéutica, enajenable, que se conoce como bien raíz comprendida dentro del territorio de la Confederación será registrado en un registro nacional (...)* Art. 2º.- *(...) Quedan exceptuados de este registro los edificios destinados al culto público y sus servidumbres, los que sirven de habitación a las comunidades religiosas, los hospitales y casas de beneficencia, los cementerios, paseos públicos, universidades, colegios y bibliotecas, las salas municipales, las de representantes, y todas aquellas que, siendo del servicio del Gobierno federal o de las provincias, **sean inalienables por ser para el servicio público...***”

---

<sup>18</sup> ADLA, 1852-1880, págs., 96 y sig. Para ser precisos, tal como se recuerda en el caso “Herederos de Don Juan Francisco Terragona contra la Provincia de Santa Fe por cobro de pesos”, con sentencia de la Corte Suprema nacional de fecha 16 de septiembre de 1869, el Estatuto de Hacienda y Crédito Público fue sancionado por el Congreso Constituyente de 1853; conf. CSJN, causa CVII, Fallos: 8, 53.-

El Estatuto de Hacienda y Crédito, como vimos, fue redactado por Mariano Fraguero.

El mismo Fraguero aclarará -en una de sus obras capitales-, el sentido que le otorga al término “servicio público” cuando trata sobre la actividad estatal y, más precisamente, administrativa; de esta forma, dirá que: *“...no puede poner en duda que las rentas públicas son el valor de los servicios productivos hechos por el capital público (...) Muy distantes de considerar al gobierno como improductor y usurpador de la renta de los particulares, se puede sostener: (...) que todas las funciones del gobierno son servicios y anticipaciones a la producción nacional (...) Todos los gastos de un gobierno son gastos de administración, y la administración es uno de los servicios productivos de la industria. Los sueldos del personal de la administración pública se consumen, si se quiere, improductivamente por las respectivas personas; pero estos sueldos le han sido pagados al Estado con servicios que indudablemente dan productos (...) en riguroso sentido económico estos gastos no son improductivos sino que concurren, como servicios, a la producción...”*<sup>19</sup>

Para, posteriormente, sostener que: *“...Volviendo la vista al pasado de los pueblos y gobiernos, no se puede evitar el asombro que causa la oscuridad en que han vivido (...) La industria en sus varios ramos y en todos sus detalles, en los más elevados como en los más pequeños, era asunto de desprecio, era ocupación vulgar. Las rentas públicas servían exclusivamente a la importancia personal del soberano y de su aristocracia. Si han quedado monumentos públicos, palacios y aún caminos y puentes, traen su origen del orgullo y vanidad egoísta. El **servicio público**, el bien de los pueblos no ha entrado en el número de esos trabajos.”*<sup>20</sup>

De esta manera, queda claro que la idea de servicio público utilizada por Fraguero en el Estatuto de Hacienda y Crédito traduce una concepción del Estado (conforme con la idea de prosperidad incorporada

---

<sup>19</sup> Fraguero, Mariano, “Organización del Crédito”, en “Cuestiones Argentinas y Organización del Crédito”, edición con estudio preliminar de Gregorio Weinberg, Edit. Solar / Hachette, Buenos Aires, 1976, pág. 219 y 220.

<sup>20</sup> Fraguero, Mariano, “Organización del Crédito”, op. cit., pág. 222.

en la Constitución Nacional de 1853), que implica una particular forma de entender o justificar su legitimación política y jurídica frente a los individuos, que no es otra que la producción y erogación de servicios para los ciudadanos, para el “público”.

El Estado es deudor, como administración pública, de la prestación de servicios, caracterizados, pues, como servicios públicos.

La actividad estatal, y la administrativa en particular, es caracterizada como servicio público.

En forma concordante, tanto con el texto constitucional como con las ideas vertidas por Fraguero en el Estatuto de Hacienda y Crédito, los primeros doctrinarios del Derecho administrativo argentino caracterizarían al servicio público como especificación del poder de policía y, en particular, del poder de policía de prosperidad.

### *3. 1. 1. 2. El concepto de servicio público en los primeros Tratados internacionales celebrados por la Confederación argentina*

La utilización del concepto de servicio público que se verifica en numerosos Tratados internacionales celebrados por el Estado nacional a partir de 1855, responde, también, a ideas expuestas, entre otros, por Fraguero; en efecto, al referirse éste en sus “Cuestiones Argentinas” a la defensa de la propiedad privada, sostendrá que: “... *La propiedad es el primer objeto de la sociedad; asegurarla y protegerla en la Confederación Argentina será, sin duda, uno de los actos característicos del Congreso. Empero (...) en todas partes el sudo de la propiedad está sometido a ciertas disposiciones y reglamentos sin perjuicio del dominio absoluto de ella. En la Confederación Argentina muy especialmente, en donde por la extensión y despoblación del territorio y otras circunstancias peculiares, la autoridad general necesita para el **servicio público** de disponer de los caballos y ganados como de artículos de guerra, se harán necesarias declaraciones expresas a ese respecto... por las que si bien se permita en razón de utilidad pú-*

*blica, la disponibilidad de aquellas especies, garanta en tales casos al propietario el cobro del valor de ellas...<sup>21</sup>*

Ideas generales sobre las vinculaciones entre dominio y servicio público que, así, servirían de base tanto en materia de tratados internacionales de comercio, como de afectación de bienes al dominio público, en general, por causas del servicio público.

Respecto de los Tratados Internacionales mencionados, cabe citar los siguientes:

1.- La ley 55, del 27 de septiembre de 1855, aprobatoria del “Tratado de amistad, comercio y navegación con Chile”, firmado en Santiago el 30 de agosto de 1855.<sup>22</sup>

2.- La ley 102, del 26 de septiembre de 1856, aprobatoria del “Tratado de paz, amistad, comercio y navegación con Paraguay”, firmado en Asunción el 29 de julio de 1856.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Fragueiro, Mariano, “Cuestiones Argentinas”, en op. cit., págs. 130 y 131.

<sup>22</sup> Por el mismo se estableció: “Art. 8º.- *Los ciudadanos de la una y de la otra República no estarán respectivamente sujetos a ningún embargo, ni podrán ser retenidos con sus naves, cargamentos, mercaderías o efectos, arreos de ganados o bagajes, para una expedición militar cualquiera, ni para algún uso público o particular que vaya unido a un servicio público o urgente, sin una indemnización previamente ajustada y consentida con los interesados, y suficiente para compensar ese uso y para indemnizarlos de los daños, pérdidas, demoras y perjuicios que pudieran resultar del servicio a que fueren obligados (...)* Art. 24º.- *Los cónsules, sus secretarios y oficiales estarán exentos de todo servicio público, y también de toda especie de derechos, impuestos y contribuciones, exceptuándose aquellos que están obligados a pagar por razón de comercio, industria o propiedad, y a los cuales están sujetos los nacionales y extranjeros del país en que residen, quedando en todo lo demás sujetos a las leyes de los respectivos estados. Los cónsules, sus secretarios y oficiales gozarán de las demás franquezas y privilegios que se concedan a los de las mismas clases de la Nación más favorecida en el lugar de su residencia (...)* Art. 36º.- (...) cada país se obliga a regularizar el servicio de sus correos de tierra, que hubieren de conducir correspondencia venida por los vapores para el otro país, o que haya de remitirse para ser conducida por los dichos vapores, de manera que los correos de tierra guarden correspondencia con la llegada o salida de vapores, para que los ciudadanos de uno y otro país, puedan aprovecharse de este medio de comunicación.”, conf. Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 125 y sigs.

<sup>23</sup> Señalando que: “Art. 14.- *Ninguna propiedad argentina, sea de la naturaleza que fuere, podrá ser detenida ni embargada en la República del Paraguay para el servicio público, ni a causa de urgente necesidad, sin previo ajuste con los propietarios, apoderados o consignatarios, tanto de los valores detenidos, como de la indemnización convenionada, para el resarcimiento de los daños y perjuicios que aquellos sufrieren, lo cual deberá constar en estipulación escrita y legalmente autorizada; y ninguna propiedad paraguaya, sea de la*

3.- La ley 210, del 13 de julio de 1859, aprobatoria del “Tratado de paz, amistad, comercio y navegación con Bolivia”, firmado en Oruro el 7 de diciembre de 1858.

4.- La ley 771, del 1º de julio de 1876, aprobatoria del “Tratado de amistad, comercio y navegación con Paraguay”, firmado en Buenos Aires el 3 de febrero de 1876.

### 3. 1. 1. 3. *El concepto de servicio público y los delitos contra la administración pública*

Por su parte, la ley 49, del 25 de agosto de 1863, sobre “Delitos cuyo juzgamiento compete a los tribunales nacionales”, estableció<sup>24</sup>: “*Título XI. Del cohecho y otros delitos cometidos por empleados o contra el Tesoro nacional (...) Art. 83.- El empleado de la Administración que con daño o entorpecimiento del **servicio público**, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o los efectos puestos a su cargo, será castigado con la pérdida del empleo, inhabilitación por cuatro o seis años para obtener otro, y una multa que no pase de dos mil pesos. Si no se verificare el reintegro, se le aplicará la pena del art. 80 (...) Art. 84.- Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del **servicio público**, incurrirá en la pérdida del empleo e inhabilitación por cuatro años, para obtener otro (...) Art. 87.- El empleado o funcionario público nacional de cualquier clase que sin estar autorizado competentemente, impusiere una contribución o arbitrio, o hiciere cualquier otra requisición con destino al **servicio público**, será castigado con las penas de privación del empleo, y una multa del cinco al veinticinco por ciento*

---

*naturaleza que fuere, podrá ser privada en la Confederación Argentina, de las garantías acordadas por el presente artículo a las propiedades argentinas (...) Art. 23.- Los cónsules y empleados en el consulado, están exentos de todo servicio público y de todo derecho, impuesto y contribución, exceptuando los que están obligados a pagar por su comercio, industria y propiedad, y en lo demás quedarán sujetos a las leyes de los respectivos Estados.”, conf. Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 149 y sigs.*

<sup>24</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 385 y sigs.



*de la cantidad exigida, o siendo insolvente con prisión que no pase de dos años (...) Art. 91.- La reparación o indemnización de daños y perjuicios, y la restitución de lo adquirido ilegítimamente, se entenderán siempre ordenadas por la presente ley en los casos en que ellas pudieren tener lugar.”*

Posteriormente, La ley 1920, del 25 de noviembre de 1886, aprobatoria del Código Penal,<sup>25</sup> estableció que: “Art. 262.- *El empleado que en asuntos de servicio público revele secreto, de que tenga conocimiento por razón de su cargo, será castigado (...) Art. 266.- El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, les diese una aplicación distinta de la señalada por las leyes, será condenado a suspensión de seis meses a un año, y además sufrirá una multa de diez a cincuenta por ciento sobre la cantidad mal aplicada, si resultase daño o entorpecimiento al **servicio público** (...) Art. 267.- El empleado que hace uso para sí o para otro de los caudales que custodia o administra, sufrirá suspensión de uno a dos años y multa de veinte o cincuenta por ciento sobre la cantidad de que hubiese hecho uso, si la reintegra después de haber causado daño al **servicio público** (...) Art. 274.- El empleado público que arbitrariamente exija una contribución o cometa otras exacciones, aunque sea para el **servicio público**, sufrirá suspensión de dos meses a un año, y multa de cinco a veinticinco por ciento de la cantidad exigida, o en su defecto, arresto hasta de un año...”*

### *3. 1. 1. 4. El concepto de servicio público en las normas de contabilidad y organización administrativa nacionales*

A su vez, la ley 325, del 18 de septiembre de 1869, sobre la creación de la “Oficina de Ingenieros”, estableció<sup>26</sup>: “Art. 1º.- *Queda establecida una oficina con el título de ‘Oficina de Ingenieros’, la cual*

---

<sup>25</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 1118 y 1119.

<sup>26</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 490 y sigs.

*dependerá inmediatamente del Ministerio del Interior, y residirá en la Capital de la República (...) Art. 4º.- Los deberes de la 'Oficina de Ingenieros' serán: (...) 7º Presentar al Ministerio del Interior todos los años, dos meses antes de la apertura del Congreso, una memoria conteniendo: 1ª Una exposición relativa a las obras públicas estudiadas o ejecutadas, durante el año transcurrido, bajo la dirección de la oficina (...) 2ª Un prospecto de lo que convendría hacer en el año siguiente para la mejora del **servicio público** y especialmente de las vías de comunicación (...) Art. 13º.- El director, vicedirector y los ingenieros de primera clase; gozarán de un sobresueldo de 3 pesos fuertes diarios por cada día que estén fuera de la ciudad de su residencia para objeto de **servicio público...**"*

Encontrándose normas similares en la ley 428, del 13 de octubre de 1870, sobre "Contabilidad Nacional"<sup>27</sup>, la ley 757, del 8 de octubre de 1875, sobre "Departamento de Ingenieros Civiles", estableció<sup>28</sup>, la ley 816, del 4 de octubre de 1876, sobre "Correos"<sup>29</sup>, la ley 817, del 6 de octubre de 1876, sobre "Inmigración y Colonización"<sup>30</sup>, la ley 904, del 12 de octubre de 1877, sobre organización de la "Dirección General de Rentas"<sup>31</sup>, la ley 2274, del 14 de julio de 1888, sobre la creación de la "Dirección de Ferrocarriles Nacionales"<sup>32</sup>; la ley 2661, sancionada el 25 de octubre de 1889<sup>33</sup>, la ley 2736, sancionada el 30 de septiembre de 1890, sobre "Régimen de ferrocarriles nacionales"<sup>34</sup>, entre otras.

---

<sup>27</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 919 y sigs.

<sup>28</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 1017 y sigs.

<sup>29</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 1119 y sig.

<sup>30</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 1128 y sig.

<sup>31</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 1160 y sig.

<sup>32</sup> Anales de Legislación Argentina, 1881-88, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1955, pág. 435.

<sup>33</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 197 y sig.

<sup>34</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 210 y sig.

### *3. 1. 1. 5. El servicio público en las normas de jubilaciones y retiros.*

La ley 162, del 23 de septiembre de 1865, sobre “Retiros y pensiones militares”, estableció<sup>35</sup>: “Art. 15.- Para adquirirse pensiones por retiro, se necesita alguna de las condiciones siguientes: 1º Quedar inutilizado de resultas de campaña militar, función de guerra o **servicio público** ordenado (...) Art. 16.- La pensión de retiro se regularizará por la escala siguiente: 1º Los que quedasen inutilizados por función de guerra, gozarán dos terceras partes del sueldo de su clase, cualquiera que sea el tiempo de servicio. 2º Los que quedasen inutilizados de resultas del **servicio público** ordenado, tendrán la mitad.”

Encontramos normas similares, al menos, en la ley 1909, del 24 de noviembre de 1886, sobre “Jubilación de maestros”<sup>36</sup>, y la ley 4349, sancionada el 10 de septiembre de 1904, sobre creación de la “Caja nacional de jubilaciones y pensiones para funcionarios, empleados y agentes civiles de la administración”<sup>37</sup>.

### *3. 1. 1. 6. El concepto de servicio público aplicado en sentido estricto a actividades económicas de titularidad estatal: el servicio público económico*

#### *3. 1. 1. 6. 1. El Servicio público de correos y mensajerías nacionales*

La primera ley, luego de sancionada la Constitución Nacional de 1853, que regulará el servicio de correos y postas, será el “Estatuto de Hacienda y Crédito Público”, sancionado por el Congreso General Constituyente el 9 de diciembre de 1853, el cual disponía en su

---

<sup>35</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 447 y sigs.

<sup>36</sup> Anales de Legislación Argentina, 1881-88, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1955, pág. 222 y sig.

<sup>37</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 620 y sig.

Título II, Atribuciones de la Administración General, que: “Art. 1º.- Son atribuciones exclusivas de la Administración General: (...) inc. 9º.- “...el establecimiento de postas, de correos, diligencias y vapores para remolque...”

Por su parte, el Título XI, “De las postas, correos y diligencias”, disponía, en particular, que: “Art. 1º.- El Gobierno designará la Administración General de Correos y sus dependencias (...) Art. 2º.- Las atribuciones de la Administración General de Correos pueden ser confiadas, en los lugares que el Gobierno determine, a las administraciones de hacienda y crédito (...) Art. 4º.- El Gobierno fijará, por ahora, y con cargo de presentarlo a la aprobación de las cámaras legislativas, el arancel que determine la conducción de viajeros por la Administración de correos; el porte que las cartas cerradas o impresos hayan de pagar en su circulación, y al entrar y salir de la Confederación; y lo que debe percibirse por la conducción de encomiendas y especies metálicas, estableciendo las precauciones necesarias para que los viajeros por la posta no lleven cartas cerradas, encomiendas, ni dinero metálico, salvo el indispensable para gastos de viaje.”<sup>38</sup>

Con base en esta norma, el Gobierno de la Confederación comenzaría la tarea de la *construcción* de la infraestructura de comunicaciones postales del país, a través de la colaboración de capitales privados.

---

<sup>38</sup> El propio Fraguero escribía, al tiempo en que se proyectaba la Constitución nacional, que: “...Si corresponde al gobierno nacional el arreglo del comercio interior y exterior, le incumbe también el arreglo de las postas y las vías públicas, que sirven a la comunicación y correspondencia mercantil de todos los pueblos de la Confederación. Caminos y correos son los vehículos de la industria para poner sus productos y relaciones escritas en los mercados respectivos. En la Confederación la administración de correos y postas ha tenido hasta cierto punto un carácter nacional. Las administraciones de las provincias aplicaban el reglamento del tiempo del Virreinato al efecto de percibir los derechos del pasaporte. El Gobierno de Buenos Aires pagaba los Correos que servían en todas las direcciones; pero sólo pagaba las postas en su provincia. Por otra parte, la correspondencia del comercio dependía de la oficial, que se despachaba sin fijeza; de modo que los correos más servían al gobierno en su correspondencia oficial, que al público y al comercio...” Conf. Mariano Fraguero, “Cuestiones Argentinas”, edición conjunta con “Organización del Crédito”, editorial Solar/ Hachette, con Estudio preliminar de Gregorio Weinberg, Bs. As. 1976, págs. 148 y 149.-

De esta forma, hacia 1855 se dictará la ley de creación de las Mensajerías nacionales, la cual aprobaba en realidad lo que había realizado ya el Poder Ejecutivo.<sup>39</sup>

En efecto, a partir de allí, en fecha 26 de septiembre de 1855, se dictarían las leyes 52, de “Creación de las mensajerías nacionales”<sup>40</sup>; la ley 53, de creación de las “Mensajerías Argentinas, correos, postas y caminos de la Confederación: aprobación del reglamento dictado por el Poder Ejecutivo y de las tarifas que establece”<sup>41</sup>.

Hacia 1856 el Congreso estableció, por su parte, la “Administración e Inspección General de Correos y Postas de la Confederación”, dictando la ley 100, del 25 de septiembre de 1856<sup>42</sup>; dictando, posteriormente, la ley 197, del 26 de septiembre de 1866, por la cual se autoriza al Poder Ejecutivo a contratar el servicio de correos nacionales en el interior del país.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Sobre el nacimiento y desarrollo de las Mensajerías Nacionales, ver especialmente: Beatriz Bosch, “Las Mensajerías Argentinas Nacionales”, en su volumen “En la Confederación Argentina 1854-1861”, Eudeba, Buenos Aires, 1998, págs. 233 y sigs. Hemos estudiado pormenorizadamente los antecedentes normativos del servicio público de correos para el caso argentino en: González Moras, Juan M., “Servicios postales. Su actual regulación y desmonopolización”, Revista Actualidad en Derecho Público, N°11, Editorial Ad-Hoc; marzo de 2000.

<sup>40</sup> La ley 52 del 26 de septiembre de 1855, disponía: “Art. 1º.- *Apruébase el decreto del Poder Ejecutivo de fecha 8 de junio del año próximo pasado, creando las mensajerías nacionales, en virtud del contrato celebrado con los señores Rusiñol y Fillol (...)* Art. 2º.- *Facúltase al Gobierno para que agregue a la dirección de mensajerías nacionales, postas y caminos, la inspección general de correos de la Confederación, con excepción por ahora, de los de territorios federalizados y de la provincia de Corrientes.*”

<sup>41</sup> La ley 53, estableció: “Art. 1º. *Apruébase el reglamento dado por el Poder Ejecutivo el 8 de junio de 1854, para las mensajerías argentinas, correos, postas y caminos de la Confederación (...)* Art. 2º. *Apruébanse las tarifas contenidas en dicho reglamento, estableciendo el porte de las comunicaciones, el pasaje de los viajeros y el flete de dinero y encomiendas para las diligencias (...)* Art. 3º. *La conducción de periódicos impresos será libre de todo porte.*”

<sup>42</sup> La ley 100, del 25 de septiembre de 1856, estableció que: “Art. 1º. *Queda establecida una Administración e Inspección General de Correos y Postas de la Confederación, conforme a las leyes de la materia (...)* Art. 2º. *El Ejecutivo presentará a la sanción del Congreso una ordenanza general para la Administración y servicio del ramo.*”

<sup>43</sup> La ley 197, del 26 de septiembre de 1866, sobre “Servicios de correos nacionales en el interior de la República” estableció: “Art. 1º.- *El Poder Ejecutivo contratará por licitación pública y por una suma que no exceda de tres mil pesos fuertes mensuales, el servicio de los correos nacionales en el interior de la República, bajo las bases siguientes:*

Finalmente, en fecha 4 de octubre de 1876, se sanciona la ley general de Correos 816<sup>44</sup>.

### 3. 1. 1. 6. 2. *El servicio público ferroviario*

A nivel nacional, debemos tener presente que la primera ley ferroviaria fue la ley 24 del 27 de junio de 1855<sup>45</sup>, por la cual se autorizó al Poder Ejecutivo de la Confederación “...para conceder el privilegio de la construcción de un ferrocarril, desde un punto de Paraná hasta la ciudad

---

*1º La conducción de la correspondencia se hará en sillas de postas u otros carruajes apropiados que las reemplacen, mientras aquellas se proporcionen, despachándose una vez por semana de Córdoba hasta Jujuy por Santiago, Tucumán y Salta. De Córdoba a Catamarca, de Córdoba a La Rioja y de la estación del ferrocarril Central en Villanueva, hasta San Juan por Río Cuarto, San Luis y Mendoza. 2º La correspondencia entre San Juan y Tucumán por La Rioja y Catamarca se conducirá a caballo despachándose de San Juan una vez por semana. 3º Las sillas de posta harán sus viajes entre los puntos extremos de las líneas expresadas en los días que correspondan a razón de veinticinco leguas diarias de camino en invierno y treinta en verano. 4º Los empresarios de las sillas de posta tendrán el derecho de establecer paradas con cabalgaduras propias en aquellos puntos que consideren necesarios, a fin de que por ningún motivo dejen de hacer los viajes en el tiempo señalado. 5º En las sillas de posta o carruajes que las reemplacen, sólo será permitido que viajen, a más de la correspondencia u otros objetos o especies que se despachen por una Administración de correos a otra con destino oficial o público, el conductor y un pasajero con un equipaje entre ambos, que no exceda de las seis arrobas. 6º Los empresarios de las sillas de posta observarán los reglamentos de postas y correos en cuanto no se opongan a la presente ley, y gozarán de las exenciones que ellos acuerdan a los correistas, quedando ellos y los conductores exentos de todo servicio militar, así como exceptuadas de cualquier otro servicio las cabalgaduras empleadas en el de correos. 7º Los empresarios darán fianza a satisfacción del Poder Ejecutivo para la ejecución de las obligaciones que contraigan, y serán multados por las faltas que cometan, todo lo que se consignará en el contrato. 8º El contrato se celebrará por cinco años y empezará a hacerse efectivo el día primero de noviembre de mil ochocientos sesenta y siete, en que concluye el que existe hoy con los empresarios de las mensajerías ‘Correos iniciadores’. 9º El Poder Ejecutivo se reservará el derecho de aumentar el servicio de las líneas establecidas en las nuevas líneas, por la misma empresa o con otra empresa según mejor convenga. Art. 3º.- Si el Ferrocarril Central Argentino avanzara hacia el Norte o el Oeste en concurrencia con las líneas de las sillas de posta partirán éstas de la respectiva estación de aquel que el Poder Ejecutivo designe, disminuyéndose la subvención en proporción a la distancia que las sillas de postas dejen recorrer.”*

<sup>44</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 1119 y sigs.

<sup>45</sup> Colección “Congreso Federal del Paraná” - Leyes sancionadas en el año 1855, págs., 191/2.-

de Córdoba, bajo condiciones lo más aproximadamente posible, a los términos del acuerdo del dos de abril del presente año<sup>46</sup>.

El antecedente inmediato de aquella es, sin duda, el Decreto Legislativo de fecha 9 de enero de 1854<sup>47</sup> que autorizó al Poder Ejecutivo del Estado y Provincia de Buenos Aires, para “conceder licencia” para la construcción y explotación, por particulares, de un ferrocarril al Oeste.

Poco tiempo después, la Ley de la Provincia de Buenos Aires del 24 de agosto de 1868, autorizó al Poder Ejecutivo para que permita el establecimiento de tranvías en las calles de la ciudad, estableciendo, puntualmente, que: “...10<sup>o</sup> Puesta al servicio público la vía, no podrán cambiarse las horas de salida de los trenes, sino después de quince días de anunciado en los periódicos...”<sup>48</sup>

El sistema ferroviario tendrá su primera norma general con el dictado de la ley 531, del 9 de septiembre de 1872, sobre “Ferrocarriles nacionales”<sup>49</sup>, que estableció en su Capítulo I, art. 3<sup>o</sup> que: “*Son deberes de toda empresa o dirección de estos ferrocarriles, una vez abiertos al servicio público...*”

---

<sup>46</sup> Artículo 1 de la ley 24.

<sup>47</sup> Cuya naturaleza jurídica es de ley en sentido formal, dada la naturaleza, a su vez, de Estado Independiente de la Provincia de Buenos Aires y las potestades atribuidas a la Honorable Sala de Representantes, primer órgano legislativo de ese Estado. Colección: “Leyes del Estado y Provincia de Buenos Aires, Período Legislativo I-Año 1854-1855”, págs. 28/30.

<sup>48</sup> Posteriormente, en fecha 14 de junio de 1886, se aprobará la Ordenanza de Tranvías, dictada ya por el H. Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires, en la cual se establecerá: “...Art. 1<sup>o</sup>. Autorízase al Intendente para conceder en conformidad a esta ordenanza, nuevas vías de tranvías, la prolongación de las existentes y curvas, desvíos y empalmes en las vías actuales o que en lo sucesivo se establezcan. Toda concesión que se hiciera, en conformidad con esta ordenanza, será sometida a la aprobación del Concejo (...) Art. 10<sup>o</sup>. Ninguna vía ni prolongación o modificación podrá ser entregada al servicio público, sin que previamente sea reconocida por el Departamento de Obras Públicas y aprobada por la Intendencia...” Ver el texto completo de estas y otras normas de la época en: “Recopilación de Leyes, Ordenanzas, Decretos y Contratos de Concesiones de Tranvías”, Municipalidad de la Capital, Buenos Aires, Imprenta, Litog., y Encuadernac. de G. Kraft, 1908, págs. 9 y sig.

<sup>49</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 947 y sigs.

De la misma manera, en el Capítulo III, art. 17, se expresa que: *“Ninguna locomotora, ténder o carruaje, podrá ser librado al **servicio público**, sin previo reconocimiento pericial y autorización del inspector del ferrocarril...”*

Con posterioridad, y dentro de este periodo, se destacan la ley 2290, del 30 de julio de 1888, sobre “F. C. Norte: obligaciones para la empresa adquirente de efectuar reparaciones”<sup>50</sup>, la ley 2736, sancionada el 30 de septiembre de 1890<sup>51</sup>, la ley 2873, sancionada el 18 de noviembre de 1891<sup>52</sup>, la ley 5315, sancionada el 30 de septiembre de 1907<sup>53</sup>.

### 3. 1. 1. 6. 3. *El servicio público telegráfico y de comunicaciones telefónicas*

Ley 750 ½, del 30 de septiembre de 1875<sup>54</sup>, estableció que los “...telégrafos no podrán ser entregados al **servicio público**, sin la autorización exigida por el artículo anterior (...) Art. 13.- Las empresas telegráficas autorizadas, antes de entregar sus líneas al **servicio público** someterán a la consideración del Poder Ejecutivo nacional sus respectivos reglamentos internos los cuales serán aprobados siempre que se hallen conformes a las prescripciones de la presente ley y a las estipulaciones de los contratos respectivos.”

A su vez, en el “Capítulo III. De las relaciones de las empresas de telégrafos con los particulares”, se estableció: “Art. 28.- Todo habitante de la República tiene derecho a hacer uso de los telégrafos abiertos al **servicio público**, por medio de los funcionarios de la administración de las líneas y sujetándose a las prescripciones de las leyes y reglamentos para ellos establecidos.”

---

<sup>50</sup> Anales de Legislación Argentina, 1881-88, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1955, pág. 437.

<sup>51</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 210 y sig.

<sup>52</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 239 y sig.

<sup>53</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 737 y sig.

<sup>54</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 1005 y sigs.



La ley 4408, sancionada el 17 de septiembre de 1904<sup>55</sup>, estableció que: “Art. 1º.- *Decláranse comprendidas en las disposiciones de la ley de telégrafos nacionales de 7 de octubre de 1875, a las empresas de telégrafos y de radiotelegrafía que liguen un territorio federal con una Provincia, dos provincias entre sí o un punto cualquiera de la Nación con un estado extranjero (...)* Art. 4º.- *El P. E. autorizará la conexión de las líneas existentes, o el establecimiento de obras nuevas, entre la Capital y una Provincia, o entre dos o más provincias, y ejercerá sobre su instalación, funcionamiento y tarifas para el **servicio público**, el mismo control que dispone la ley núm. 750 para los telégrafos nacionales.*”

### 3. 1. 1. 6. 4. *El servicio público de faros*

Ya existiendo el servicio de faros, con motivo de la reincorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Confederación, se sancionará la ley 525, del 3 de agosto de 1872<sup>56</sup>, que estableció: “Art. 1º.- *El servicio de los faros que existen, de propiedad de la República, continuará haciéndose provisoriamente por cuenta de la misma (...)* Art. 5º.- *El Poder Ejecutivo mandará practicar los estudios necesarios, a fin de reconocer los puntos en que las necesidades de la navegación indiquen la conveniencia de establecer nuevos faros.*”

### 3. 1. 1. 6. 5. *El servicio público, obras de infraestructura y concesiones de obra pública*

La ley 666, del 22 de julio de 1874<sup>57</sup>, estableció que: “Art. 1º.- *Autorízase al Poder Ejecutivo para contratar con los señores Hudson y Cía., un camino carretero, que partiendo de la margen derecha del*

---

<sup>55</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 629.

<sup>56</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 944. Respecto del servicio de faros, la Corte Suprema tratará las condiciones constitucionales y legales para el establecimiento, tanto del contrato de concesión del servicio, como del impuesto a los efectos de su retribución, en la causa: “Casares, Vicente e hijos c/ Sivori y otro”, sentencia del 17 de febrero de 1872, Fallos: 11: 257.

<sup>57</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 982.

río Paraná en frente al pueblo de Esquina (Corrientes), o al de la Paz (Entre Ríos), cruce el Río Salado, y siguiendo hacia las provincias de Cuyo, busque la intersección de los caminos nacionales de San Juan y de La Rioja, sobre el de Córdoba (...) Art. 2º.- Dicho contrato se celebrará bajo las bases siguientes: (...) 4ª Que la Nación pondrá en posesión a los señores Hudson y Cía., de dos leguas de tierra de propiedad nacional (donde las haya sobre la traza) por cada posta que establezcan y pongan al **servicio público**, debiendo pasar aquellas en propiedad, sólo en el caso de ser construido todo el camino y conservado en el mejor estado, durante el término fijado en la base 3ª; en caso de no haber tierras de propiedad nacional, se acordará a los empresarios quinientos pesos fuertes por cada posta. 5ª Que serán libres de todo peaje los animales y vehículos que transiten para el servicio nacional y provincial.”

En igual sentido, tenemos la ley 814, del 2 de octubre de 1876<sup>58</sup>, la ley 1257, del 23 de octubre de 1882<sup>59</sup>, la ley 2610, sancionada el 28 de septiembre de 1889<sup>60</sup>, la ley 2676, sancionada el 6 de noviembre de 1889<sup>61</sup>, la ley 3088, sancionada el 11 de agosto de 1894<sup>62</sup>, la ley 4210, sancionada el 14 de septiembre de 1903<sup>63</sup>, entre otras.

En relación con esta temática, volveremos luego al analizar el modelo prestacional correspondiente a este primer período histórico.

---

<sup>58</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 1118 y 1119.

<sup>59</sup> Anales de Legislación Argentina, 1881-88, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1955, pág. 95 y sig.

<sup>60</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 13 y sig.

<sup>61</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 199 y sig.

<sup>62</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 279 y sig.

<sup>63</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 606 y sig.

### 3. 1. 2. El servicio público en la primera jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia nacional

#### 3. 1. 2. 1. *El servicio público como y la prestación de actividades económicas de titularidad estatal*

##### 3. 1. 2. 1. 1. *Servicio público y jurisdicción federal*

La primera utilización concreta del concepto y régimen jurídico del servicio público se dará, a nivel federal, para diferenciar las jurisdicciones y normas aplicables a un caso en el que se controvertían cuestiones vinculadas con el servicio de Mensajerías y Correos Nacionales.

En efecto, el concepto de Servicio público será utilizado por la Corte Suprema nacional en la causa “Don Luis Lamas y Hunt, contra la Empresa de Mensajerías y Correos Nacionales, por cobro de cantidad de pesos” iniciada el 19 de noviembre de 1863, y con sentencia del 9 de mayo de 1864.<sup>64</sup>

El concepto de servicio público, con todas sus implicancias, había sido invocado por el demandante de la empresa de Mensajerías y Correos Nacionales para fundar la jurisdicción y fuero federal en el cual demandaba por una falta de servicio.

Así, el particular demandante afirmaba en la causa que: “...*El conocimiento de este asunto, es indudable que pertenece a la justicia nacional, desde que la Empresa de Mensajerías y Correos Nacionales, está sujeta a Reglamentos dictados por el Gobierno General, en ejercicio de sus atribuciones legales. Ella, además, **está consagrada al servicio público de Correos Nacionales**, siendo esta la razón de estar subvencionada por la Nación...*”

El juez de Sección del Rosario consideró, por su parte, en sentencia de fecha 22 de febrero de 1864 que “...*el conocimiento de esta causa es de todo punto ajeno a la jurisdicción federal, por cuanto no se trata de un caso que emane directamente de la Constitución ni de las Leyes Naciona-*

---

<sup>64</sup> Causa XXVI (Fallos de la Suprema Corte, T°1, Primera Serie, pág. 161 y sigs.

*les no comprendidas en la reserva del artículo sesenta y siete, inciso once de nuestra carta; ni se trata tampoco de la interpretación judicial de un punto dudoso de esta o aquellas sino simplemente del cumplimiento de un contrato entre particulares, constante de una carta de porte y sujeto por su naturaleza y las responsabilidades que emanen de su falta de cumplimiento a las prescripciones del derecho común...”*

Al apelar el fallo del Juez de Sección que se declarara incompetente, el demandante mantendría su posición original sosteniendo, contra lo afirmado por el Juez de primera instancia en su sentencia, que: “...hay casos de jurisdicción que emanan de las leyes nacionales, por implicación, del mismo modo que por disposición expresa. Las Mensajerías Inicadoras y de Correos Nacionales, **por la naturaleza del servicio público a que están destinadas**, son de institución esencialmente nacional, están reglamentadas por el Gobierno General, y reciben del Tesoro de la Nación una subvención conveniente (...) la Empresa de Mensajerías y Correos Nacionales en el Rosario, es una institución pública y esencialmente nacional, que está sujeta a la jurisdicción de los Tribunales Federales. Sus empleados tienen el mismo carácter de los empleados de la Nación; y de aquí resulta que el contrato que atestigua la carta de porte haber existido entre la Empresa y la casa de Lamas y Hunt, no ha sido pasado entre simples particulares, como equivocadamente lo consigna la sentencia (...) Por último, la responsabilidad de la Empresa, tiene que medirse y fallarse por los Reglamentos que las rigen, pues que a ellos tienen que sujetarse, desde que son reglas que le han sido establecidas por la autoridad legítima y competente; y solo en el caso en que ellas sean deficientes, es dable recurrir a las leyes comunes...”

La Corte Suprema resolvería la cuestión planteada en sentencia de fecha 9 de Mayo de 1864, sosteniendo que: “...Visto el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de Don Luis Lamas y Hunt, y concedido en relación por el Juez de Sección de la Provincia de Santa-Fe, del auto en que este se declara incompetente para conocer de una demanda entablada por el segundo contra la Empresa de Mensajerías y Correos Nacionales sobre la devolución de una cantidad de dinero entregada a

*su Administrador, residente en el Rosario, para ser conducida al Morro, y que se dice fue robada en el tránsito por los indios; ...cuyo auto se funda en que el contrato de porte celebrado por las partes no se rige por las leyes del Congreso, sino por el derecho común; y que por lo tanto las cuestiones a que de lugar su falta de cumplimiento, deben ser resueltas por los Tribunales Provinciales...*

Visto lo expuesto por el apelante para contradecir este fundamento y sostener el recurso, a saber: *“...que la Empresa de Mensajerías y Correos Nacionales **por la naturaleza del servicio público que desempeñan**, por estar subvencionada y reglamentada por el Poder Ejecutivo Nacional, y por haberse así establecido en el contrato celebrado, con autorización de éste, en mil ochocientos sesenta y dos, entre Don Luis Sauce y el superintendente de Rentas, Don Régulo Martínez, goza del fuero nacional...”*

Y considerando: *“...que aun cuando fuera cierto que por el contrato y reglamentos citados se hubiera concedido a la Empresa el fuero que pretende, extensivo a los contratos que estipule con los particulares, como conductora de caudales y pasajeros, lo que no resulta de su tenor claramente, esta concesión no le daría un título eficaz para hacer valer ese privilegio ante los Tribunales Nacionales, que no deben reconocer en el Poder Ejecutivo otras atribuciones que las enumeradas en el artículo ochenta y seis de la Constitución, y entre las cuales no se encuentra la de alterar en ningún caso, ni en ninguna materia, las leyes existentes (...) que el fuero de Correos que se atribuye a la Empresa está circunscripto por la ordenanza vigente de mil setecientos noventa y cuatro, a los empleados de la Administración encargada de la correspondencia pública, a quiénes por los artículos veinte del título doce y quinto del título diez y ocho, les está expresamente prohibido conducir dinero, alhajas y otros géneros extraños de la correspondencia, y por consiguiente si puede invocarlo en su calidad de correo para lo relativo a la valija de la correspondencia, no así para los contratos sobre conducción de carga y pasajeros, reglamentados por el derecho común (...) que aunque es cierto que el Poder Ejecutivo puede reglamentar las leyes para facilitar su ejecución, le está prohibido alterarlas por el inciso segundo del cita-*

*do artículo ochenta y seis; disposición que habría violado abiertamente acordando el privilegio del fuero a la Empresa con la latitud que ella lo ha entendido (...) que la subvención que recibe la Empresa por conducir la correspondencia pública, y los Reglamentos a que la ha sujetado el Poder Ejecutivo no pueden variar los principios que quedan establecidos, y hacer que por esos reglamentos se juzguen los derechos de los que con ella contratan; los que están colocados bajo el amparo de las leyes existentes, y solo pueden ser sometidos a otras reglas por el Congreso a quien únicamente ha dado la Constitución la facultad de modificarlas y alterarlas, lo que hasta el presente no ha hecho... Francisco de las Carreras – Salvador María Del Carril – Francisco Delgado – José Barros Pazos.”*

De esta manera, la Corte Suprema resuelve confirmar el auto apelado, sobre la base de considerar que el caso quedaba fuera del alcance de la jurisdicción federal y de las normas federales que regían el servicio público de correos, en razón de que el contrato de conducción de cargas y pasajeros se encontraba claramente fuera del alcance de aquel (es decir el servicio de correspondencia pública) y, por tanto, caía bajo las previsiones del derecho común.

Por su parte, la jurisdicción federal, tal como seguidamente veremos, se afirma en las causas en que se reclama la responsabilidad de los prestadores de servicios públicos, por daños causados a terceros en ocasión de la prestación de los mismos.

### *3. 1. 2. 1. 2. Responsabilidad de los prestadores de servicios públicos*

#### *3. 1. 2. 1. 2. 1. “Falta de servicio” y responsabilidad de los prestadores de servicios públicos. Antecedente inmediato de la responsabilidad extracontractual del Estado*

El concepto y régimen jurídico del servicio público tendrá, en esta etapa constitutiva, una notable influencia en la afirmación de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Ello será así, a través de la idea de “falta de servicio”, que –luego de una larga evolución jurisprudencial- terminará por convertirse en el

factor de atribución preponderante de la responsabilidad del Estado por su actuación extracontractual.

Y partiendo de dos supuestos que, en principio, impedían su progreso: a) la irresponsabilidad del Estado (actuando como poder público); y b) la indemandabilidad de la Nación.<sup>65</sup>

La teoría de la doble personalidad del Estado (para actuar como poder público o persona jurídica), permitirá avanzar en la idea de hacerlo civilmente responsable, fruto de lo cual se sancionará la ley 3952 de “demandas” contra la Nación.<sup>66</sup>

Ley de demandas contra la Nación que, sin embargo, no implicará el fin de las discusiones en torno a la demandabilidad del Estado y la aplicación de criterios restrictivos para admitirlas.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> CSJN, in re: “Seste y Seguich”, 1864, Fallos: 1: 319. La doctrina de la “venia” o permiso legislativo para demandar a la Nación se mantendrá por muchos años, ver, en este sentido: CSJN, in re: “E. Dell Acqua y Compañía c/ Intendencia de Guerra”, 1896, Fallos: 65: 408; “Cía. Telegráfica del Río de la Plata”, 1897, Fallos: 68: 7.

<sup>66</sup> Así, la Corte Suprema afirmará, hacia 1904, que: “...*Las acciones civiles contra la nación en su carácter de persona jurídica a que se refiere la ley número 3952, para cuyo conocimiento dicha ley da competencia a los tribunales federales, son las derivadas de la capacidad artificial, sólo aplicable a las relaciones de derecho privado que el Código Civil reconoce para adquirir los derechos o contraer las obligaciones que él regla, en los casos, por el modo y en la forma que determina. Cuando la nación, por medio de sus poderes organizados al efecto, dicta leyes creando impuestos y determinando la forma de su percepción o reglamenta, con ese objeto, el ejercicio de una industria y pone en ejecución esas leyes no procede en el carácter de persona jurídica o de derecho privado. En consecuencia, la demanda de daños y perjuicios contra la nación derivados del cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo de una ley sobre impuestos, no entra en los términos de la ley número 3952...*”, conf. CSJN, in re: “Sepp Hnos. y Cía. c/ Gobierno Nacional”, 1904, Fallos: 100: 103. En idéntico sentido, se establecía que: “...*El nombramiento de los empleados de la administración, la conservación de sus empleos, y la jubilación, son materias ajenas al derecho común y no constituyen un contrato entre la nación y dichos empleados. En consecuencia, la demanda contra el gobierno por pago de una jubilación, no es una acción civil, de las previstas en la ley 3952, debiendo rechazarse si no se ha llenado el requisito previo de la autorización legislativa...*”, CSJN, in re: “Herrera, Pedro P”, 1904, Fallos: 99: 309.

<sup>67</sup> Por ejemplo, aún se exigía la “venia legislativa”, en los casos fallados por la CSJN, in re: “Cía. de Ferrocarriles de Entre Ríos c/ Fisco Nacional”, 1906, Fallos: 105: 166; “Frantz, Badaraco y Cía. c/ Gobierno Nacional”, 1908, Fallos: 110: 190; hacia 1914, la Corte Suprema establecerá que: “...*Sin previa autorización legislativa, la nación no puede ser demandada por indemnización de los daños y perjuicios derivados de un acto ilícito atribuido a un empleado de la administración general de Correos y Telégrafos...*”, CSJN, in re: “De Madrid, Samuel con el Gobierno de la Nación”, Fallos: 119: 414; doctrina que,

Aun así, lograría avanzarse en la sistemática imposición de responsabilidad al Estado por el irregular cumplimiento de las normas específicas establecidas para la prestación de servicios públicos, tanto en manos de prestadores privados como públicos.

Ello, sobre la base de considerar, básicamente, que la prestación irregular implicaba una “falta de servicio” que, comprobada, hacía nacer la responsabilidad directa o indirecta, según el caso, del prestador.

Es decir que, para conceptualizar la “falta de servicio” correspondía despejar el alcance del propio “servicio público”.<sup>68</sup>

---

en relación con la responsabilidad extracontractual por actos ilícitos de sus empleados o dependientes, se reitera en las causas “Devoto, Fortunato Francisco c/ Universidad Nacional de La Plata”, 1915, Fallos: 122: 120; “Calandrelli, Matías E. c/ Gobierno Nacional”, 1915, Fallos: 121: 460. Por su parte, y dado el carácter de orden público de la ley 3952, la Corte interpretaba restrictivamente su invocación y aplicabilidad, al punto de sostener la aplicabilidad de oficio de la excepción de “falta de legitimación” por no haberse efectuado el reclamo administrativo previo; ver, en este sentido: CSJN, in re: “Carozzi, Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 1914, Fallos: 118: 436; “Jofre, Joaquín c/ Gobierno Nacional”, 1919, Fallos: 129: 129. En relación con el alcance de las sentencias y la imposibilidad de su ejecución, ver: CSJN, in re: “Sosa, Juan B. c/ Gobierno de la Nación”, 1925, Fallos: 143: 84; y “La Italia Cía de Seguros c/ Nación Argentina”, 1936, Fallos: 175: 242, respectivamente. Esto, hasta mediados de la década de 1940, en que la Corte Suprema comenzará a flexibilizar la aplicación irrestricta del requisito de la reclamación administrativa previa o la venia legislativa, según el caso, y especialmente por la sanción, en 1932, de la ley 11.634, estableciendo que: “...*El requisito de la previa reclamación administrativa establecido por las leyes 3952 y 11.634 no rige respecto de la demanda ordinaria de amparo de derechos protegidos por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, aunque se trate de un caso en que se impugna el decreto del P. E. que retiró la personería jurídica a la sociedad recurrente y no conste que ésta haya solicitado administrativamente la revocatoria o revisión de dicho decreto...*”, CSJN, in re: “El Fénix Sudamericano S.A. c/ Nación”, 1946, Fallos: 204: 618.

<sup>68</sup> Es elocuente en este sentido, lo que señalaba tempranamente Bielsa, al sostener que, en materia de responsabilidad estatal: “...*el nuevo principio es el sostenido por la doctrina que tiende a sustituir la responsabilidad del funcionario por la responsabilidad más amplia del Estado, o mejor dicho, la Administración pública, sea el Estado, provincia o comuna. Por este sistema –se dice– el Estado, responsabilizándose por el hecho de sus agentes u órganos, no hace sino repartir los daños que la ejecución de servicios públicos origina, como reparte también los beneficios de estos servicios a los miembros de la colectividad beneficiaria. El fundamento jurídico del principio que crea la obligación de indemnizar es, pues, el de la repartición proporcional de las cargas públicas...*”, Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo y Legislación Administrativa Argentina”, Tomo Primero, J. Lajouane & Cía Editores, Buenos Aires, 1921, pág. 305 y 306.



Nociones de servicio público y, correlativamente, la de “falta de servicio”, que, por lo demás, han tenido en nuestro derecho público, un desarrollo autónomo y peculiar.<sup>69</sup>

### 3. 1. 2. 1. 2. Responsabilidad extracontractual de los prestadores de servicios públicos

La responsabilidad extracontractual de los prestadores de servicios públicos, se afirma hacia la década de 1880, sobre la base de considerar que:

1.- Constituye una responsabilidad basada en el irregular cumplimiento, por acción u omisión, de los reglamentos de servicio (o marcos regulatorios de las actividades).<sup>70</sup>

2.- A dichas normas, se le suma la aplicación supletoria de las disposiciones sobre responsabilidad del Código Civil, arts. 1074, 1109, 1113, entre otros. Estableciéndose que la aplicación de las normas del Código Civil se hará sobre la base de considerar que: a) la responsabilidad extracontractual de los prestadores de servicios públicos suscitan “... cuestiones que deban regirse puramente por los principios de derecho común...”; y b) son de aplicación supletoria a las normas especiales que rigen dichas actividades.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Sobre esto: González Moras, Juan M., “El concepto de servicio público” Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXVI – 309, “XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Las bases constitucionales del Derecho administrativo”, Ediciones RAP SA, 2004, pág. 185 y sig.; y Salomoni, Jorge Luis, “Teoría general de los servicios públicos”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999; y “Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)”, ED, t. 186, p. 618; y “De nuevo sobre la Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina”, AeDP N°15-16, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pág. 37 y ss.

<sup>70</sup> CSJN, in re: “Cartery, Domingo c/ Cía. de Ferrocarril Central Argentino”, 1881, Fallos: 23: 50.

<sup>71</sup> CSJN, in re: “Casas, Nazario c/ Ferrocarril Central Argentino. Mirabelli de Biglia, Juana c/ Lucas González y Cía. Miguel Angel Angulo y García c/ Ferrocarril Central Norte”, 1890, Fallos: 41: 260.

3.- Las empresas son responsables por los actos de sus empleados o dependientes. Ello, con fundamento en las disposiciones pertinentes del Código Civil (arts. 1109, 1113).<sup>72</sup>

4.- Dicha responsabilidad se aplica, también, al Estado, cuando es prestador del servicio. La atribución de responsabilidad al Estado nacional, se dará en su condición de prestador de servicios públicos, a partir de la década de 1890.<sup>73</sup>

5.- La responsabilidad se excluye con la prueba de la culpa de la víctima o de causas de fuerza mayor.<sup>74</sup>

6.- La jurisdicción para entender en dichas causas, es federal.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> CSJN, in re: “Jacono de Caliendo Raquel Dello”, 1897, Fallos: 71: 5. Ver, también: CSJN, in re: “López, Zenon; Cabrera, Zenaida y Cabrera, Francisco c/ Empresa del Ferrocarril Central Argentino”, 1899, Fallos: 80: 242. Por su parte, pueden verse: CSJN, in re: “Teresa Pagani de Masotti, por si y por sus hijos c/ Empresa del Ferrocarril Oeste de Buenos Aires”, 1898, Fallos: 74: 68. Doctrina reiterada, luego, al señalarse que: “...*El incendio como acto reprobado por la ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que con él se causen a terceros (Código Civil, artículo 1109), extendiéndose esa responsabilidad, (artículo 1113, Código Civil), a la persona bajo cuya dependencia se encuentre el autor del daño o por las cosas de que sirve o que tiene a su cuidado. El ferrocarril es responsable de los daños causados por incendio, si hay prueba para atribuirlos a él, y no la hay para demostrar que procedió de caso fortuito o fuerza mayor...*” CSJN, in re: “Lezica Alvear, Diego y Sra. c/ Provincia de Buenos Aires. Cava, Juan c/ Provincia de Buenos Aires”, 1919, Fallos: 130: 105.

<sup>73</sup> CSJN, in re: “Casas, Nazario c/ Ferrocarril Central Argentino. Mirabelli de Biglia, Juana c/ Lucas González y Cía. Miguel Angel Angulo y García c/ Ferrocarril Central Norte”, 1890, Fallos: 41: 260. Ver, asimismo: CSJN, in re: “León Herbart c/ Gobierno de la Nación”, 1904, Fallos: 98: 75, y “Teresa Tomassoni c/ Gobierno Nacional”, 1910, Fallos: 113: 104. Doctrina posteriormente reiterada en “Tomás Devoto y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional”, 1933, Fallos: 169: 111 y en “Ferrocarril Oeste contra Provincia de Bs. Aires”, sentencia del 03/10/1938, Fallos: 182: 5.

<sup>74</sup> CSJN, in re: “Cartery, Domingo c/ Cía. de Ferrocarril Central Argentino”, 1881, Fallos: 23: 50. CSJN, in re: “Lezica Alvear, Diego y Sra. c/ Provincia de Buenos Aires. Cava, Juan c/ Provincia de Buenos Aires”, 1919, Fallos: 130: 105. Doctrina reiterada, entre otros casos, en CSJN, in re: “Ruiz, Enrique c/ Provincia de Buenos Aires”, 1928, Fallos: 152: 246.-

<sup>75</sup> Aunque no sin vaivenes, la Corte Suprema confirma la jurisdicción federal, en: CSJN, in re: “Casas, Nazario c/ Ferrocarril Central Argentino. Mirabelli de Biglia, Juana c/ Lucas González y Cía. Miguel Angel Angulo y García c/ Ferrocarril Central Norte”, 1890, Fallos: 41: 260; “Contienda de competencia en el juicio seguido por Julio González Segura c/ Ferrocarril Gran Oeste Argentino”, 1902, Fallos: 96: 366; “García Padilla de Fernández, Dolores c/ Administración de los Ferrocarriles del Estado”, 1920, Fallos: 133: 8, entre muchos otros.

En función de lo cual, puede concluirse, en relación con la “falta de servicio” como categoría jurídica estrictamente vinculada a la atribución de responsabilidad extracontractual del Estado, que: 1.- Tiene su origen en la atribución de responsabilidad a los prestadores de servicios públicos; 2.- Esa atribución de responsabilidad se fundó en la inobservancia de los marcos regulatorios de los servicios y sólo, subsidiariamente, en la legislación común; 3.- En la aplicación de la legislación común (Código Civil), prevaleció el fundamento de la responsabilidad de los prestadores y, luego del Estado (primero como prestador de servicios públicos y, luego, por asimilación, del ejercicio de sus competencias como poder público por el hecho de sus agentes), en los arts. 1109, 1112 y 1113 del Código Civil; 4.- Dicha responsabilidad se caracterizó, desde un principio, como una responsabilidad directa (fundada en los marcos regulatorios) o indirecta (por aplicación de los arts. 1112 y 1113 del Código Civil) y, en ambos casos, como objetiva; y 5.- La responsabilidad del prestador de servicios públicos sólo se consideró excusable ante: a) culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debía responder; o b) en el caso fortuito o fuerza mayor.

### *3. 1. 2. 1. 2. 3. La responsabilidad del Estado y su fundamento constitucional y legal*

El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por su actuación extracontractual, ante la ausencia de un régimen general expresamente establecido en la Constitución nacional, sería finalmente extrapolado de las garantías constitucionales que consagran: a) la inviolabilidad de la propiedad; y b) la igualdad ante las cargas públicas.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Sobre los diferentes enfoques en cuanto al fundamento general de la responsabilidad del Estado, ver: Merteihikián, Eduardo, “La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, Abaco, Buenos Aires, 2001, Capítulo II, pág. 33 y ss.; y Altamira Gigena, Julio I., “Responsabilidad del Estado”, Astrea, Buenos Aires, 1973, pág. 48 y sig.

El concepto de servicio público (y su prestación directa o indirecta), y la teoría de la doble personalidad del Estado, como vimos, abrirían el camino para responsabilizar al Estado.

Originariamente, como prestador de servicios públicos, por el hecho de sus agentes y por los daños causados por la irregular prestación del servicio y, luego, además de ello, por el irregular ejercicio de sus funciones administrativas.

Ello, existieran o no, normas específicas (los marcos regulatorios y reglamentos de servicio) que establecieran dicha responsabilidad y sus consecuencias legales, por aplicación supletoria de los principios generales que, en materia de responsabilidad extracontractual, emergían del Código Civil.

### *3. 1. 2. 1. 2. 4. Responsabilidad extracontractual por actividad ilícita*

Las diversas situaciones planteadas a lo largo del tiempo, pueden ser resumidas de la siguiente manera.

#### *3. 1. 2. 1. 2. 4. 1. Responsabilidad por falta de servicio con fundamento normativo autónomo*

Con sustento en la doctrina desarrollada en torno a la responsabilidad extracontractual por la irregular prestación de servicios públicos, la Corte Suprema establecerá que: “...*la nación, como persona jurídica, sólo es responsable de los daños y perjuicios derivados del dolo o de la culpa de sus representantes o empleados, en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, sin perjuicio de la ampliación de esa responsabilidad fuera de la relaciones contractuales cuando disposiciones legalmente la han establecido, como sucede con las empresas ferroviarias que se mencionan en la sentencia de fojas 69; y puede agregarse la del servicio de guinches en el puerto, con arreglo al artículo 10 de la ley número 4932...*”<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> CSJN, in re: “Teresa Tomassoni c/ Gobierno Nacional”, 1910, Fallos: 113: 104. El caso, a su vez, tiene antecedentes directos en las sentencias dictadas en las causas: “Luis Corio

El fundamento normativo autónomo general se encontraba, en realidad, en la ley 224, del 29 de septiembre de 1859.<sup>78</sup>

Como, asimismo, en los “marcos regulatorios” de la época, que avanzaban en la consideración de la extensión de la responsabilidad a la “Nación” por la irregular prestación del servicio público.<sup>79</sup>

### 3. 1. 2. 1. 2. 4. 2. *Responsabilidad por falta de servicio con fundamento normativo autónomo y aplicación supletoria del Código Civil*

Es el supuesto que constituye el núcleo central del desarrollo de la responsabilidad extracontractual por falta de servicio con apoyo, supletorio, en las normas del Código Civil.

Como hemos visto, la Corte Suprema lo estableció tempranamente y continuó su desarrollo de manera ininterrumpida.<sup>80</sup>

---

c/Gobierno nacional s/indemnización de daños y perjuicios”, 1904, Fallos: 99: 83; y “Cayetano Cueva c/Poder Ejecutivo nacional s/indemnización de daños y perjuicios”, 1909, Fallos: 111: 333.-

<sup>78</sup> La ley 224 estableció: “*Artículo 1º.- La Confederación Argentina desde la instalación de su gobierno constitucional no reconoce derecho a indemnización a favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país.*” Sobre el contenido y el alcance de la ley 224, ver: Salomoni, Jorge Luis, “Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la argentina (alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)”, op., cit.; y Mertehikian, Eduardo, “La responsabilidad pública...”, op., cit., pág. 47 y ss.

<sup>79</sup> Debe recordarse que la ley Nº750 ½, del 30 de septiembre de 1875, estableció en este sentido: “*Art. 34.- Las empresas de telégrafos están obligadas a la fiel e inmediata transmisión de los despachos que le son confiados, y serán responsables por los errores, alteraciones o demoras que ellos sufriesen, por sólo culpa o negligencia de ellas o de sus empleados (...)* Art. 36.- *Las empresas sólo quedarán libres de la responsabilidad establecida en los artículos anteriores, en el caso de que el error, la alteración o la demora en la transmisión de los despachos, fuesen ocasionados por algún incidente fortuito o de fuerza mayor; pero será a su cargo probar la existencia de éste (...)* Art. 161.- *La responsabilidad impuesta a las empresas, por faltas cometidas por ellas o sus empleados, es extensiva a la Nación, en la misma forma establecida para aquellas.*”

<sup>80</sup> CSJN, in re: “Cartery, Domingo c/ Cía. de Ferrocarril Central Argentino”, 1881, Fallos: 23: 50; “Casas, Nazario c/ Ferrocarril Central Argentino. Mirabelli de Biglia, Juana c/ Lucas González y Cía. Miguel Angel Angulo y García c/ Ferrocarril Central Norte”, 1890, Fallos: 41: 260. “Jacono de Caliendo Raquel Dello”, 1897, Fallos: 71: 5. “López, Zenon; Cabrera, Zenaída y Cabrera, Francisco c/ Empresa del Ferrocarril Central Argentino”, 1899, Fallos: 80: 242; “Teresa Pagani de Masotti, por si y por sus hijos c/ Empresa del Ferrocarril Oeste de Buenos Aires”, 1898, Fallos: 74: 68; entre muchos otros.

3. 1. 2. 1. 2. 4. 3. *Responsabilidad por falta de servicio  
sin fundamento normativo autónomo, por aplicación  
de los principios generales del Código Civil*

Con base en los antecedentes que hemos visto en relación con la responsabilidad de los prestadores de servicios públicos, a partir de la década de 1930, la Corte Suprema extenderá la solución normativa (aplicación supletoria del Código Civil) a supuestos en los cuales intervenían dependientes del Estado en el ejercicio o cumplimiento de funciones administrativas.<sup>81</sup>

La doctrina del conocido caso “Devoto”, es una reiteración de lo ya sostenido por la propia Corte Suprema en el sentido de que: “...*El incendio como acto reprobado por la ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia, la obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esa responsabilidad al Estado bajo cuya dependencia se encontraba el autor del daño o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado...*”<sup>82</sup>

Lo cual, finalmente, terminará de consolidarse en la también conocida causa “Ferrocarril Oeste contra Provincia de Bs. Aires”, en la que se señaló que: “...*en lo que particularmente se refiere al Estado, considerado en su doble personalidad de derecho público y privado, la doctrina se ha orientado cada vez más en el sentido de reconocer su responsabilidad extracontractual por actos de sus funcionarios o empleados, realizados en el ejercicio de su función, cuando la entidad ejerce un monopolio, un servicio público o una industria, y tan sólo diverge cuando se trata de actos de “jure imperii”, en que principalmente se ejercitan los atributos de la soberanía (...). Que la disposición del art. 1112 del cód. Civil correlacionada con la que le sigue del art. 1113, significa la aceptación del principio de la responsabilidad del Estado, cuando concurren las condiciones anteriormente indicadas, tanto por lo que se desprende de su texto mismo*

---

<sup>81</sup> Bielsa realiza este análisis y postula la solución finalmente adoptada por la Corte Suprema nacional, con anterioridad a las causas “Devoto” y “Ferrocarril Oeste”, ver: Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo y Legislación Administrativa Argentina”, op. cit., pág. 323 y 324.

<sup>82</sup> CSJN, in re: “Tomás Devoto y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional”, 1933, Fallos: 169: 111.-

cuando porque, interpretada así, concuerda con la doctrina expuesta por Aubry y Rau, citado por el Codificador en su nota al art. 1112 (Aubry y Rau, t. 4, p. 799, párrafo 447; Laurent, t. 20, párrafos 593, 594 y 595). Y así se ha aplicado por esta Corte Suprema en un caso de incendio producido por culpa de obreros del Estado, al hacerse la limpieza de una línea telegráfica, en el cual, por haber ellos obrado en desempeño de sus tareas y bajo la dependencia del Gobierno, fue éste declarado responsable del daño causado a un tercero (t. 169, p. 120. Concuerda con los de los ts. 124, p. 22; 145, p. 89, y 171, p. 142)...”<sup>83</sup>

En casos, pues, en que no existía un fundamento legal autónomo, es decir, una norma que expresamente estableciera la responsabilidad estatal para el caso, la Corte Suprema extenderá la solución de la aplicación del Código Civil, entendiendo que allí, como un principio general, se reconocía implícitamente (en el sistema de los arts. 1074, 1109, 1112, 1113 y cc. del Código Civil), un régimen de responsabilidad estatal por la actuación de sus agentes o dependientes.

De esta manera, si, en la versión francesa, la “falta de servicio” se oponía, en principio, a la falta personal del agente, en nuestro derecho público se erigió en fundamento, según los casos, de la responsabilidad tanto del Estado como del agente mismo.

En función de ello, el art. 1112 del Código Civil argentino funcionó –durante muchos años– como norma de atribución de responsabilidad a los agentes por sus faltas personales (asimilándolas a la “falta de servicio”), y el art. 1113 del mismo Código Civil, para hacer responsable al Estado de manera indirecta o refleja.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> CSJN, in re: “Ferrocarril Oeste contra Provincia de Bs. Aires”, sentencia del 03/10/1938, Fallos: 182: 5.

<sup>84</sup> Recordemos que el art. 1112 del Código Civil establece que: “*Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título.*” Sobre el origen de esta norma y, en particular, la discusión doctrinaria suscitada al respecto, ver: Echevesti, Carlos A., “Responsabilidad civil de los funcionarios públicos”, en Echevesti, Carlos A. (Director) “Responsabilidad de los funcionarios públicos”, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2003, pág. 44 y sig.; como, asimismo, Guastavino, E., “Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública”, en ED, 116-399.

Concepción legal que, tal como posteriormente se afirmará, contribuía a resguardar “...las garantías individuales referentes a las personas o al patrimonio de las mismas...”<sup>85</sup>, y la garantía de igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución nacional.<sup>86</sup> Es decir, hallaría su enclave constitucional.

### 3. 1. 3. Servicio público y dominio público

#### 3. 1. 3. 1. *La “afectación” al servicio público como forma de consagración de bienes al “dominio público”*

La primera cuestión que surge y que vincula de manera directa a los conceptos de servicio y dominio público, será la de la “afectación” de bienes al “servicio público” y su correlativa protección legal como bienes del “dominio público”.

Esto, a su vez, incluso con anterioridad a la puesta en vigencia del Código Civil.

En efecto, la Corte Suprema nacional retomará el concepto de servicio público para resolver una causa en la que se encontraban en juego bienes eclesiásticos, destinados, se dice allí, para “servicio público como oficinas del curato”.

Así, en su sentencia del 13 de julio de 1869, en la causa “D. Esteban Spinetto contra la Comisión encargada de la obra del Templo de Monserrat, por cobro ejecutivo de pesos”, el máximo tribunal nacional sostuvo que: “...considerando que el título con que se inició esta ejecución es la sentencia de foja setenta y seis confirmada a foja ochenta y cuatro

---

<sup>85</sup> La jurisprudencia de la Corte Suprema, CSJN, in re: “Echegaray, María C. e hijos c/ Nación”, 1941, Fallos: 190: 312. En el caso, la Corte Suprema, interpretando y aplicando los arts. 625, 630, 1112, 1113, 1122 y 1123 del C. Civil, declaraba la responsabilidad del Estado por los actos realizados por sus representantes o agentes, con motivo del desempeño de sus cargos y en contravención a las garantías individuales referentes a las personas o al patrimonio de las mismas. En igual sentido, por aplicación subsidiaria de los arts. 1109, 1113 y 1133 del Código Civil, en el caso “Añón de Muhlmann, Manuela Aurora Eugenia Mercedes, y otra c/ Nación”, 1960, Fallos: 247: 607.

<sup>86</sup> CSJN, in re: “Irala Arias, Abelardo Asunción, y otros c/ Nación”, 1961, Fallos: 249: 592.



*que condena a la obra del Templo de Monserrat, al pago de la cantidad que demanda Don Domingo Spinetto por materiales suministrados a dicha obra: que al intimarse el auto de solvendo al Presbítero Don Manuel Velarde ha sido en su calidad de Presidente de la Comisión encargada de recolectar fondos y emplearlos en la construcción de la Iglesia y no personalmente, ni menos como cura de la Parroquia de Monserrat; que según resulta de autos las habitaciones embargadas, no solo se encuentran adheridas al Templo, sino que son las destinadas para **servicio público** como oficinas del curato y en las que debe permanecer y despachar el cura todos los asuntos que corresponden a su ministerio: que por lo tanto ni son de su propiedad ni tampoco de la Comisión de la obra que no puede disponer de ellas ni enajenarlas para los objetos que le corresponde atender, ni tener otro destino que aquel para que han sido construidas (...) por estos fundamentos, se revoca la sentencia apelada... Franciso de las Carreras, Salvador María del Carril, Francisco Delgado, José Barros Pazos, Benito Carrasco.”<sup>87</sup>*

La protección que se da a los denominados bienes del curato es por su “destino” para el servicio público y está dada, también, por el especial derecho que los regula.

No es el derecho de propiedad del derecho común, sino instituciones de derecho público que implican un desplazamiento de dicha titularidad en función de los especiales usos a que esté destinada. Esto es: el dominio público.

No debe extrañar la solución de la Corte Suprema ya que, como vimos (y a pesar de que no lo menciona en el fallo), el Estatuto de Hacienda y Crédito Público del año 1853, incluía expresamente a dichos bienes en el Título VII, Capítulo I, “Registro de la propiedad territorial”, estableciendo que: “...*los edificios destinados al culto público y sus servidumbres, los que sirven de habitación a las comunidades religiosas, los hospitales y casas de beneficencia, los cementerios, paseos públicos, universidades, colegios y bibliotecas, las salas municipales, las de repre-*

---

<sup>87</sup> Causa LXIX, Fallos de la Suprema Corte, T°7, Primera Serie, pág. 327 y sigs.

*sentantes, y todas aquellas que, siendo del servicio del Gobierno federal o de las provincias, sean inalienables por ser para el servicio público...*<sup>88</sup>

Posteriormente, la cuestión de la adquisición de un bien particular que se declara afectado al “servicio público”, será de especial interés de la Corte Suprema, que señalará que: “...*Un camino particular no deja de pertenecer al dominio privado del propietario del terreno que lo contiene, por la circunstancia de que transiten por él otras personas además de aquélla para comodidad de la cual fue hecho con permiso de aquél. Los actos ejecutados por un gobierno de provincia destruyendo alambrados y plantaciones en una propiedad particular y entregando un camino al servicio público, contra la voluntad del dueño y sin adquirirlo previamente, importan actos de despojo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2498 y concordantes del Código Civil...*”<sup>89</sup>

Finalmente, puede decirse que hacia la década de 1920 se encontrará consolidada la idea de que: “...*Los bienes del dominio público del Estado general, de los Estados particulares y de los municipios, son los de uso público, sea por su naturaleza o por su afectación o destino a un servicio de utilidad pública, y estos últimos mientras dure esa afectación o destinos (artículos 2337 a 2342, 2344, 2640, 2645, 2646 y nota Código Civil (V. Prouhou “Domaine Public” N° 210, 211 y 216; Aubry et Rau, pár. 169; ver nota del doctor Vélez Sársfield al art. 3952 del Código Civil et Colin y Capitant “Cours Elem. de Droit Civ. Francais”, 3a edición T. I. páginas 708 a 713; y el Estado Nacional, los Estados provinciales y los municipios*

---

<sup>88</sup> La cuestión es resuelta de manera análoga por la doctrina nacional de la época, tal como luego veremos, en la obra de Ferreyra, Ramón, “Derecho Administrativo General y Argentino”, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1866, pág. 74 y 75.

<sup>89</sup> CSJN, in re: “Tabacco, Pedro c/ Provincia de Buenos Aires”, 1916, Fallos: 124: 348. En igual sentido, CSJN, in re: “Julia Tolrá, Antonio c/ Municipalidad de Santa Fe”, 1922, Fallos: 136: 131. Posteriormente, la Corte Suprema señalará que: “...Las provincias y las municipalidades tienen, con arreglo a las respectivas disposiciones constitucionales y legales, la facultad de afectar los bienes privados de las personas a un uso o servicio públicos, ya aceptando el ofrecimiento de los mismos por su dueño para un servicio de propiedad colectiva, o bien recibiendo a cambio de una concesión de carácter administrativo o expropiándolos...”, CSJN, in re: “Prieto, Camilo V. c/ Municip. de Stgo. del Estero”, 1942, Fallos: 194: 421. Ver, en este aspecto, también: CSJN, in re: “Minera Pirquitas, Picchetti y Cía., S.A. c/ Prov. de Jujuy”, 1949, Fallos: 215: 472.

*pueden, en consecuencia, dentro de sus facultades constitucionales y legales, afectar los bienes privados de las personas de existencia visible a un uso o servicio público, sea aceptando y consagrando por un acto dentro de sus atribuciones, el ofrecimiento que el propietario particular haga de su bien para el servicio de utilidad colectiva, sea expropiándolo dentro de las normas de la Constitución y de la ley (Constitución Nacional, art. 14, cláusula séptima, art. 17, artículos 2337 a 2348, 2511 y 2512, Código Civil, ley número 189)...”<sup>90</sup>*

### *3. 1. 3. 2. Inembargabilidad de bienes afectados al servicio público*

Ya estando en vigencia el Código Civil, en la causa caratulada “Don Franciso Weldon contra la Municipalidad del Rosario de Santa Fe, por cobro ejecutivo de pesos”, en la cual se dictó sentencia en fecha 7 de agosto de 1883, confirmando por sus fundamentos la sentencia del Juez de primera instancia de fecha 20 de abril de 1883, la Corte Suprema tratará la cuestión de la inembargabilidad de bienes afectados a un servicio público.

En el caso se entabló juicio ejecutivo contra la Municipalidad del Rosario por cobro de 1807 pesos con 50 centavos fuertes, procedentes de venta de 151 títulos de crédito al portador, emitidos con arreglo a las Ordenanzas de 3 de agosto de 1871 y 23 de octubre de 1874, vencida dicha renta el 1º de enero de 1883.

La Municipalidad, frente a ello, “...opuso que (...) el Mercado del Norte, sobre el cual se había trabado la ejecución, no podía ser embargado, por ser un establecimiento público colocado fuera del comercio.”

El juez de primera instancia, en función de ello, dictaría sentencia sosteniendo que: “...por lo tocante al fondo de la cuestión, si bien el Mercado en que se ha trabado ejecución, **es un bien que por su naturaleza está destinado al servicio público, no por ello está fuera**

---

<sup>90</sup> CSJN, in re: “Alió, Enrique por la Provincia de Buenos Aires c/ Riglos de Alzaga, Josefina”, 1926, Fallos: 147: 178.-

*del comercio, ni hay ley alguna que prohíba a la Municipalidad su gravamen o enajenación, cuando así conviniese a los intereses que administra (...) Que además, por el artículo 34, título 1º, libro 3º, C.C., los bienes Municipales, como es el de que se trata, son enajenables en el modo y forma que las leyes especiales lo prescriban; y no existiendo esas leyes especiales, los casos ocurrentes de esas enajenaciones, están regidas por el derecho común, desde que no hay prohibición en contrario (...) Que por otra parte, sino fuese esa la doctrina legal, podría producirse el caso inmoral de que una Municipalidad tomase dinero de los ciudadanos y los emplease en **construcciones que, como todas las que hace, deben ser para el servicio público**, y faltando a sus compromisos de pago, se beneficiaría a costa de esos ciudadanos que habrían honrado su crédito, quedando ellos sin medios eficaces y legales de impelerla al cumplimiento de sus deberes...”*

Es decir que lo que falta aquí es una norma legal que, en el caso de la Municipalidad del Rosario, le permita invocar la inembargabilidad de los bienes del mercado en cuestión.

No se pone en tela de juicio, ni se desconoce, que dichos bienes tienen como destino la prestación de un servicio público.

Pero las normas del Código Civil citadas (*artículo 34, título 1º, libro 3º, C.C.*) remiten a las “leyes especiales” que regulen la forma de “enajenación” de dichos bienes, las cuales, se señala en la sentencia, no existen para la Municipalidad del Rosario.

En función de ello, es decir, ante la ausencia de un régimen legal especial (de derecho público en el caso) que regule el régimen de estos bienes afectados a la prestación de un servicio público, se establece la plena aplicabilidad de las normas de adquisición y pérdida de la propiedad del Código Civil.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> En la misma línea, debe entenderse la definición que, en relación con el diferente régimen legal de los bienes afectados a un servicio público, hace la Corte Suprema, al señalar, por ejemplo, que: “...*En ninguna de las leyes relativas al Ferrocarril del Norte (hoy Central Argentino) ni en los contratos celebrados entre esta empresa y el gobierno, se expresa que dicho ferrocarril tuviera la propiedad, en el sentido en que la considera el Código Civil, del terreno ocupado por las vías entre la antigua estación Central y Retiro...*”

La Suprema Corte, dictaría sentencia en fecha 7 de agosto de 1883, por la cual resolvió que: *“...Por sus fundamentos, se confirma con costas la sentencia apelada... J. B. Gorostiaga, J. Dominguez, Uladislao Frías, S. M. Laspiur, M. D. Pizarro.”*<sup>92</sup>

Hacia 1888, la Corte Suprema sostiene que: *“...El sitio y casa del juzgado federal, correo y aduana nacional, no son embargables...”*<sup>93</sup>

Poco tiempo después, confirmando estas ideas, la Corte Suprema será muy clara al declarar que: *“...No son embargables los bienes de las municipalidades, que se hallan consagrados al servicio comunal (...).”* Agregándose que: *“...La disposición del art. 42 del Cód. Civ., por el cual se establece que las personas jurídicas pueden ser demandadas en virtud de acciones civiles y son pasibles de ejecución en sus bienes sólo puede entenderse, en lo que a las personas jurídicas públicas atañe, de cuyo número son las municipalidades, de los bienes privados de dichas corporaciones, y no de los propiamente comunales, o del dominio público, tales como calles, plazas, caminos y demás que se hallen consagrados a un servicio general y comunal, como los hospicios, cementerios escuelas, mercados, etc., los que, por la consagración especial que los afecta, y mientras ella dure, se hallan fuera del comercio, y no son enajenables ni prescriptible, ni pueden ser embargados*

---

<sup>92</sup> CSJN, in re: “Empresa del Ferrocarril Central Argentino c/ Gobierno Nacional”, 1909, Fallos: 111: 390.

<sup>92</sup> Causa LXXX, Fallos de la Suprema Corte, T°16, Segunda Serie, pág. 432 y sigs. Esta doctrina será posteriormente recordada por Tomás Jofré al comentar otros fallos de la Corte Suprema en los cuales se mantuvo el criterio allí sentado. En efecto, recuerda Jofré que: *“...las rentas generales de las provincias y sus municipalidades no figuran entre los bienes públicos (artículos 2340, 2342, inciso 3º, y 2344 código civil), de las que sólo pueden disponer como poderes y no como personas jurídicas, pues están destinadas a gastos administrativos de toda clase (...) en tal concepto, el dinero proveniente de los impuestos se encuentra, en lo que hace al pago de los acreedores de las municipalidades y a las medidas de seguridad pedidas por aquellas, en distintas condiciones que los inmuebles puestos fuera del comercio por su consagración especial a un servicio público...”*, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 26 de junio de 1915, in re: “Tomás Jofré y otro contra la municipalidad del Salto sobre embargo”, transcripto en Jofré, Tomás, “Derecho Federal. Cuestiones varias”, Imprenta de José Tragant, Calle Belgrano, 438, Buenos Aires, 1917, pág. 64 y 65.

<sup>93</sup> CSJN, in re: “Fisco Nacional c/ Angela V. de Moyano y otro”, 1888, Fallos: 33: 116.-

*o ejecutados, según así resulta de los art. 2336 y siguientes del Cód. Civ. Los jueces, por lo mismo, carecen de autoridad y jurisdicción para cambiar su destino, y no pueden, por consiguiente, ordenar su embargo ni proceder a su ejecución. En el caso se trataba del embargo de un mercado municipal...*<sup>94</sup>

Doctrina que se halla consolidada hacia 1920, momento en el cual se declara que: *“...Si bien las rentas generales no son equiparables a los bienes públicos del punto de vista de su inembargabilidad, deben conceptuarse excluidas de embargo las afectadas a un servicio público determinado; por ende, formando parte los ingresos del puerto de Santa Fe de los recursos destinados por la ley de presupuesto de la misma provincia, a cubrir, entre otros, los gastos que dicho puerto ocasiona, esos ingresos no son susceptibles de embargo...”*<sup>95</sup>

### 3. 1. 4. Servicio público y expropiación

En la causa “Don Hipólito Karavenant con la Empresa constructora del Ferro-carril de Córdoba a Tucumán, sobre expropiación”, se dictó sentencia de fecha 20 de agosto de 1874, por la cual se confirmó por sus fundamentos la sentencia del Juez de primera instancia de fecha 18 de marzo del mismo año, en la cual se sostuvo que: *“...no puede haber ninguna duda respecto a que toda expropiación a la vez que necesaria para el bien público, es odiosa, y que tanto en materia de avalúos como de perjuicios de las cosas expropiadas, en caso de duda, debe siempre estarse en favor del expropiado (...) Finalmente, se agregan a las sumas antes expresadas 400\$ por aumento de daños y perjuicios que a juicio del juzgado deben tenerse en consideración, desde que una **vía pública** viene a dividir esta propiedad para tenerla que unir por sobre **una vía entregada al servicio nacional...**”*<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> CSJN, in re: “Abate Hermanos c/ Municipalidad de Tucumán”, 1892, Fallos: 48: 195.

<sup>95</sup> CSJN, in re: “Provincia de Santa Fe c/ Welchli, Gustavo y otros”, 1920, Fallos: 131: 267.

<sup>96</sup> Causa LXXIX, Fallos de la Suprema Corte, T°6, Segunda Serie, pág. 254 y sigs.

Por su parte, en la causa caratulada “D. Guillermo Matti, concesionario del Ferro-Carril a Campana, contra el Dr. Eduardo y D. Luis Costa, sobre precio de expropiación”, sentencia de fecha 4 de junio de 1878, se sostuvo que: “...*la indemnización que corresponde... es la cantidad de trescientos cuarenta y un mil pesos moneda corriente que expresa dicha sentencia, sin que haya motivo para aumentar a ella, como se hace la de sesenta y nueve mil pesos por el mayor valor de los terrenos más próximos al río, pues el que se asignó al de que es parte el expropiado, fue en consideración al que tenían todas las porciones que lo forman; ni menos para tomar como base para ese aumento, en contravención a la ley citada, y sin que hubiese mediado acuerdo de los interesados sobre el particular, los precios que indica el plano de foja setenta y dos, levantado en mil ochocientos setenta y cinco, cuando ya estaba construida una parte del Ferro-Carril, y **próximo a entregarse al servicio público**, según consta de documentos oficiales... J. B. Gorostiaga, J. Dominguez, O. Leguizamon, Uladislao Frias.*”<sup>97</sup>

Posteriormente, en la causa “Don Cornelio Langau contra el Ferro-Carril del Oeste de Buenos Aires, por indemnización de daños y perjuicios”, en la cual se discutía la rescisión unilateral declarada por el concesionario respecto de un contrato celebrado con Langau para conducir las encomiendas a domicilio que llegasen a la Estación Parque, el juez de primera instancia sostuvo que: “...*es inexacto que en el Contrato figure la Empresa del Ferro-Carril como un tercero y que Langau haya contratado para servir al público, pues el Ferro-Carril no es representante del público y el contrato es para mejorar el servicio al consumidor o al público que ocupa esa vía, consultando sus conveniencias en su mayor crédito y desarrollo lo mismo que si mandara construir mejores coches, el constructor no por eso **serviría al público** sino únicamente a la Empresa; de modo que en el contrato en cuestión la Empresa del ferro-carril es... contratante...*”

---

<sup>97</sup> Causa LV, Fallos de la Suprema Corte, T°11, Segunda Serie, pág. 168 y sigs.

Sentencia que sería confirmada, por sus fundamentos, por el fallo de la Suprema Corte nacional de fecha 18 de agosto de 1881.<sup>98</sup>

### 3. 1. 5. El servicio público como “función administrativa”

#### 3. 1. 5. 1. Servicio público y contratos de la administración

En la causa “Vignon, Menvielle hermanos y compañía contra la Municipalidad del Rosario, sobre pago indebido de impuestos”, la Suprema Corte nacional dictó sentencia en fecha 6 de octubre de 1881, por la cual, tomó los fundamentos vertidos por el Procurador General, que expresó en su vista de fecha 31 de agosto de 1881, que: “...*La exoneración de derechos no se presume, ni es una condición implícita en los contratos de proveeduría. Por el contrario, toda vez que el Gobierno Nacional entiende que debe hacer una excepción a la regla general la consigna en términos bien claros y explícitos. Así se acostumbra en los contratos para la construcción de caminos de fierro, etc., y nunca dejaría de consignarse en los de proveeduría, con las limitaciones consiguientes, cláusula tan esencial si fuere la mente del Gobierno transmitir a los proveedores los privilegios de que goza en el servicio público...*”<sup>99</sup>

#### 3. 1. 5. 2. Servicio público y responsabilidad del funcionario público

En lo relativo a la responsabilidad penal de los funcionarios, la Corte Suprema nacional propondrá una vinculación directa con el servicio público.

---

<sup>98</sup> Causa XCIV, Fallos de la Suprema Corte, T°14, Segunda Serie, pág. 450 y sigs.

<sup>99</sup> Causa CXXVII, Fallos de la Suprema Corte, T°14, Segunda Serie, pág. 560 y sigs.



Así, establecerá: “...*La pena de seis años de presidio y de inhabilidad para ejercer cargos públicos por dicho tiempo, y la mitad más, impuesta al empleado que, con daño del **servicio público**, ha aplicado á usos propios los caudales puestos a su cargo, es justa (art. 80 y 83, Ley Penal)*...”<sup>100</sup>

Por su parte, en la causa caratulada “D. Francisco Ovejero, contra el Dr. D. Manuel J. Navarro; sobre inhibitoria para conocer de la demanda entablada contra él por daños y perjuicios”, la Suprema Corte nacional dictó sentencia en fecha 19 de mayo de 1885, por la cual, tomó los fundamentos vertidos por el Procurador General, que expresó en su vista de fecha 28 de mayo de 1884, que: “...*la demanda que sigue el Dr. Don M. J. Navarro, contra D. Francisco Ovejero, Receptor de Rentas de Tinogasta, no se dirige a su carácter del tal Receptor, sino a su personalidad individual, por el hecho de haber desviado la corriente de un arroyo, para objetos de labranza, en beneficio propio, y perjuicio del demandante; cosa que nada absolutamente tiene que hacer con la percepción de la renta y el **servicio público**. No es, pues, visiblemente, el caso (...) en que se apoya la excepción de incompetencia, que ha de servirse V.E. desestimar...*”

La Suprema Corte, en función de ello, fallaría que: “...*de conformidad con lo expuesto y pedido por el Señor Procurador General, en su precedente vista, se confirma, con costas, el auto apelado... J. B. Gorostiaga, J. Dominguez, Uladislao Frías, S. M. Laspiur*”<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> CSJN, in re: “Criminal c/ Chilavert, Rafael”, 1884, Fallos: 27: 242. En caso de no comprobarse daños al “servicio”, la Corte Suprema establecerá que: “...*El empleado público de correos que aplica a usos propios ó ajenos, los dineros fiscales a su cargo, sin que haya producido daño ó entorpecimiento del servicio público, y que ha hecho reintegro de la suma distraída, debe ser condenado a la pena del artículo 84, Ley Penal...*” CSJN, in re: “Criminal c/ Langlois, Julio”, 1901, Fallos: 90: 171.-

<sup>101</sup> Causa LXV, Fallos de la Suprema Corte, Tº19, Segunda Serie, pág. 258 y sigs.

## 4. La doctrina del Derecho público nacional y el concepto de servicio público.

### 4. 1. Período 1853-1900

#### 4. 1. 1. El derecho constitucional

La doctrina del Derecho constitucional, en este período, tendrá sus particularidades

En primer lugar, se encuentra la obra de la generación del '37 que, por sus características, excede al Derecho “constitucional” como disciplina, pero que discute, argumenta y, fundamentalmente, es la primera fuente directa, tanto de la Constitución de 1853, como de la legislación de derecho público que surgirá inmediatamente luego de ella.

De cualquier manera, en segundo lugar, hay que tener especialmente en cuenta que, luego de la sanción de la Constitución nacional de 1853, se producirá, a nivel doctrinario y político, un notable vuelco hacia el estudio del derecho público norteamericano.

En efecto, tomarán singular importancia las traducciones que se harán en un breve período de tiempo, de las obras de Story<sup>102</sup>, Tick-

---

<sup>102</sup> Story, José, “Poder Judicial de los Estados Unidos de America. Su organización y atribuciones”, Libro tercero de sus comentarios con numerosas transcripciones de las decisiones de la Corte Suprema, del Federalista, de Kent, Marshall, Blackstone, Jay, Rawle, Tucker, Paley. Traducción de J. M. Cantilo, Imprenta del Siglo, Calle Victoria núm. 153, Buenos Aires, 1863. En esta edición se agregarán las traducciones de: Story, José “Breve exposición de la Constitución de los Estados Unidos para el uso de las clases superiores de las escuelas comunes”, Traducción de J. M. Cantilo, Imprenta del Siglo, Calle Victoria núm. 153, Buenos Aires, 1863; el texto de la “Constitución de los Estados Unidos de América”; y el texto de la “Constitución Reformada de la Nación Argentina”

nor Curtis<sup>103</sup>, Tiffany<sup>104</sup>, Paschal<sup>105</sup>, y el famoso y muy determinante compendio de jurisprudencia norteamericana de Nicolás Calvo<sup>106</sup>

La tarea de Calvo resultará fundamental para imponer, en general, la idea de la ascendencia total y directa del texto constitucional norteamericano en relación con nuestra Constitución de 1853 y, en particular, para que la Corte Suprema nacional, luego de unos años de funcionamiento “autónomo”, comenzara a fundar sus sentencias en la doctrina de la Corte Federal norteamericana.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> Ticknor Curtis, Jorge, “Historia del Orijen, Formación y Adopción de la Constitución de los Estados Unidos”; Traducción de J. M. Cantilo, Prólogo de Dalmacio Velez Sarsfield, Imprenta del Siglo, Victoria 151, Buenos Aires, 1866.-

<sup>104</sup> Tiffany, Joel, “Gobierno y Derecho Constitucional, o sea un examen sobre el orijen y límites de la autoridad gubernativa según la teoría americana”; Traducido por Clodomiro Quiroga, Imprenta de La Unión, calle de Rivadavia núms. 323 y 325, Buenos Aires, 1874. En sentido concordante, resulta interesante la traducción de la obra de Lieber L. L. D., Francisco, “Sobre la Libertad Civil y el Propio Gobierno”, traducción de Juana Manso, Imprenta Americana, Calle de San Martín número 120, Buenos Aires, 1869; en la cual encontramos planteos muy interesantes respecto a la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad como específicas garantías para las libertades civiles; ver, especialmente, Capítulo XV, págs. 151 y sig.

<sup>105</sup> Paschal, G. W., “Digesto de Derecho Federal. Anotaciones a la Constitución de Estados Unidos”. Concordancias con la Constitución Argentina, Traducidas del inglés las primeras y anotadas y comentadas las segundas por N. A. Calvo, Primera Edición, Imprenta, Litografía y Encuadernación de Jacobo Peuser, Buenos Aires-La Plata, 1888. Obra en la cual el traductor establece una “concordancia” ente el Artículo I, Sección VIII, Cláusula 8, de la Constitución de los Estados Unidos, y el art. 67, inciso 16, de la Constitución Argentina. Ello cuando, de la simple lectura de ambas cláusulas, surge con toda claridad su falta de “concordancia”. El Tomo II de esta obra sería publicado por Calvo en el año 1890.-

<sup>106</sup> Calvo, Nicolás Antonio, “Decisiones Constitucionales de los Tribunales Federales de Estados Unidos desde 1789 estableciendo la jurisprudencia constitucional, con los artículos relativos de la Constitución Argentina, y concordados con los textos de ambas constituciones. Conteniendo tres mil interpretaciones judiciales de la Constitución americana, compiladas por el Doctor Orlando Bump, Tomo I, Segunda Edición, Imprenta “La Universidad” de J. N. Kligelfuss, Venezuela 232, Buenos Aires, MDCCCLXXXVII.-

<sup>107</sup> Para esta línea de argumentación, a favor de la interpretación de la Constitución nacional como una copia casi textual respecto de la norteamericana, será decisivo, el “Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal presentado a la Convención del Estado de Buenos Aires”, de fecha 3 de abril de 1860, presentado al Congreso Nacional con motivo de la incorporación de la Provincia de Buenos Aires, y la reforma del texto de la Constitución originaria. La *Comisión Examinadora* de la Provincia de Buenos Aires, integrada por Bartolomé Mitre, Dalmacio Velez Sarsfield, José Marmol, Antonio Cruz Obligado y Domingo F. Sarmiento, concluyó a este

En esta línea, ya dentro del derecho constitucional en sentido estricto, se destacará la obra de Joaquín V. González<sup>108</sup>.

Al margen de ello, un amplio sector de la doctrina del derecho constitucional argentino lograría desprenderse de dicha influencia y sostendría, según sus fuentes originales (es decir, el derecho patrio y la obra de la generación del 37), las cuestiones centrales de la idea de “prosperi-

---

respecto, lo siguiente: “*La Comisión debe detenerse algo sobre este tópico, para comprobar con la historia propia, en apoyo de lo dicho, la verdad de este aserto: que el derecho público nacional o federativo, carece totalmente de antecedentes históricos vivaces entre nosotros; que su aparición data de la Constitución de 1853, copia de la de los Estados Unidos... Puede decirse con verdad, que la República Argentina no tiene un solo antecedente histórico vivaz en materia de derecho público nacional...*” Ver texto completo en: Arturo Enrique Sampay, “Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)”; Edit. EUDEBA, Bs. As., 1975; págs. 384 y sigs. Resultan, por su parte, muy ilustrativas de las disputas surgidas en torno a esta cuestión, las obras de Alberdi, Juan B., “El proyecto de Código Civil para la República Argentina y las conquistas sociales del Brasil”, París, 1868, en Obras Completas, Tomo VII, Ed. La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1887, pág. 80 y sig.; y Cabral Texo, Jorge, “Fuentes nacionales del Código Civil Argentino (Estudio de algunas de sus disposiciones)”, Buenos Aires, Jesús Menéndez, Libero-Editor, 186 –Irigoyen-, Buenos Aires, 1919, especialmente, pág. 9 a 26.-

<sup>108</sup> En efecto, Joaquín V. González, quien -hacia 1897- publica el libro de texto “Manual de la Constitución Argentina”, devendría en la voz constitucional oficial de la llamada generación del ‘80. En dicha obra expresaba este autor: “*La Constitución de los Estados Unidos..., y las constituciones de los estados que forman la Unión, hacen el derecho constitucional escrito, concordante con el nuestro, y cuyo conocimiento es para nosotros de la más positiva importancia. Además, concurren... las recopilaciones de leyes permanentes u orgánicas... y las sentencias de las cortes de justicia de los Estados Unidos y de los estados particulares, que van dejando aclarada la interpretación de las constituciones y las leyes, en la jurisprudencia contenciosa.*” Conf. Joaquín V. González, “Manual de la Constitución Argentina”, Ángel Estrada y Cía. Editores, Bs. As., 1951; págs. 37 y 38. Ver también, Padilla, Alberto, “La Constitución de Estados Unidos como precedente argentino”, Tesis recomendada al premio Facultad, Jesús Menéndez, Libro Editor, Buenos Aires, 1921; Segundo F. Linares Quintana, “Gobierno y Administración de la República Argentina”, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1959; Tomo I, págs. 415 y sigs.; este autor, a pesar de no afiliarse a la doctrina sostenida por Joaquín V. González, explicaría la totalidad de las cuestiones vinculadas a la constitución del Poder Ejecutivo, a partir de los antecedentes norteamericanos. Tesis que, finalmente, retornaría -en forma prácticamente textual- en la voz de quien fuera miembro informante de la Comisión de Coincidencias Básicas en la Convención Nacional Constituyente de 1994, Alberto M. García Lema; ver para ello: García Lema, Alberto M., y Paixao, Enrique, “Las reformas del sistema Institucional. El núcleo de coincidencias básicas”; en “Reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión de Redacción”; Rubinzal-Culzoni, Editores; Santa Fe, 1994, págs. 383 y sigs.

dad”, vinculándola de manera directa con diversas formas de intervención estatal, entre ellas, el servicio público.

En efecto, dicha tarea será muy clara en la obra de Agustín de Vedia<sup>109</sup>, José Manuel Estrada<sup>110</sup>, Del Valle<sup>111</sup>, Montes de Oca<sup>112</sup> y, como veremos luego, el mismo Rafael Bielsa.

Entre estos constitucionalistas, Agustín de Vedia será el más claro intérprete del sistema constitucional de intervención estatal.

Así, comentando la Cláusula de prosperidad (art. 67, inc. 16), sostendrá, en primer lugar, que la Constitución de Estados Unidos: “... *no sirvió en este punto de modelo a la argentina. Aquella se limita a estimular el adelanto de las ciencias y las artes, con relación más bien a la producción intelectual y a las invenciones científicas o mecánicas. La argentina es original, en esta parte... El inciso 16 fue tomado del proyecto de Constitución de Alberdi, quien lo confeccionó, sin duda, teniendo a la*

---

<sup>109</sup> De Vedia, Agustín, “Constitución Argentina”, Imprenta y casa editora de Coni Hermanos, 684 -Calle Perú, Buenos Aires, 1907. Comentando la Cláusula de prosperidad (art. 67, inc. 16), critica expresamente la opinión de Calvo al respecto, sosteniendo que la Constitución de Estados Unidos: “...no sirvió en este punto de modelo a la argentina. Aquella se limita a estimular el adelanto de las ciencias y las artes, con relación más bien a la producción intelectual y a las invenciones científicas o mecánicas. La argentina es original, en esta parte...”, pág. 297 y 298. Idéntica postura se sostendrá, luego, oficialmente, en el año 1913, por parte del Gobierno nacional. Ver para ello: Ramos Mexía, Ezequiel, “Jurisdicción sobre Ferrocarriles. Respuesta del Gobierno de la Nación al Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.”, Ministro de Obras Públicas. Publicación oficial del Ministerio de Obras Públicas, Buenos Aires, Talleres Gráficos del Ministerio de Obras Públicas, 1913, especialmente, págs. 71 a 73.-

<sup>110</sup> Estrada, José Manuel, “Curso de Derecho Constitucional, Federal y Administrativo”, Conferencias dadas en la Universidad de Buenos Aires en los años 1877, 1878 y 1880, Compañía Sudamericana de Billetes de Banco, Calle Chile 263, Buenos Aires, 1895. Sostenía este autor que: “...El Estado puede construir obras y contratar empresas con diversos objetos, ya para llenar un servicio público, ya para procurarse rentas o para una y otra cosa...”, pág. 539.-

<sup>111</sup> Del Valle, A., “Nociones de Derecho Constitucional”, Notas tomadas de sus conferencias por Máximo Castro y Alcides V. Calandrelli, Imprenta, papelería y encuadernación “La Buenos Aires”, Moreno esquina Perú, Buenos Aires, 1897.

<sup>112</sup> Montes de Oca, M. A., “Lecciones de Derecho Constitucional”, Notas tomadas de las conferencias dictadas por el autor por Alcides V. Calandrelli, Buenos Aires, Imprenta “La Buenos Aires”, Tomo I de 1896, y Tomo II de 1910.-

vista una disposición análoga contenida en el proyecto de Constitución federal para Chile, de 1826...”<sup>113</sup>

Para, luego, interpretar que: “...El Congreso debe propender a los fines de organización y progreso enumerados en el inciso 16, por medio de leyes protectoras de esos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. El programa trazado en este inciso es vasto: la prosperidad del país, el adelanto y bienestar de todas las provincias, la instrucción general, la inmigración, ferrocarriles, canales, colonización (...) Los fines enumerados no excluyen otros; figuran más bien, por vía de ejemplo (...) Los concesionarios representan a veces el interés público y el

---

<sup>113</sup> De Vedia, Agustín, “Constitución Argentina”, Imprenta y casa editora de Coni Hermanos, 684 –Calle Perú, Buenos Aires, 1907, pág. 297 y 298. Reafirmando esta idea, al recordar que: “...En la constitución norteamericana no existe ninguna prescripción análoga a la que consigna el inciso 16 del artículo 67 de la constitución nacional...” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, causa CLXI...)” Agregando que: “...La proposición de Alberdi, adoptada por los constituyentes, era, seguramente, mucho más amplia que la cláusula americana. A su estructura debemos atenernos. ‘Asignar al Congreso, decía Alberdi, la facultad de proveer a todo lo que interese a la seguridad y engrandecimiento de la República, en general, es hacer del orden, interior y exterior, uno de los grandes fines de la Constitución’... Para mantener la paz en las provincias, llevar a término las grandes vías de comunicación y transporte, reclamadas por la población y el comercio; asegurar la acción del poder central, que es la existencia misma de la República; para conseguir todo eso, era necesario poner a cargo del gobierno general la vigilancia, dirección y fomento de esos intereses; era preciso consolidar, en un solo cuerpo de nación, las fuerzas y recursos que estaban dispersos en toda la extensión del país...”; Clodomiro Zavalía, por su parte, en “Jurisprudencia de la Constitución Argentina.”, Tomo I, Librería de Derecho y Jurisprudencia, Restoy & Doeste librereros editores, Buenos Aires, 1924, pone de resalto que: “...Antes de 1897 las disposiciones de este inciso no habían sido invocadas en ningún litigio judicial, llegado en apelación hasta la Corte. Tocóle a esta interpretar por primera vez con motivo de una demanda interpuesta por una empresa ferroviaria contra la provincia de Santa Fe, por devolución de sumas pagadas en concepto de impuestos de contribución directa, de que aquella se consideraba exonerada por su ley de concesión...”. La realidad es que, como vimos, la Corte Suprema ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cláusula de prosperidad en la causa caratulada “Varios Puesteros próximos al Mercado del Centro c/Empresario del mismo Mercado”, fallo de la Corte Suprema nacional del 8 de Noviembre de 1866, que confirma por sus fundamentos la sentencia del Juez de Sección Don Alejandro Heredia, de fecha 3 de Septiembre de 1866. CSJN, Fallos, 3:468. Más allá de ello, Zavalía corrobora la filiación alberdiana de la cláusula de prosperidad; ver: Clodomiro Zavalía, “Derecho Federal”, Tomo II, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.-

*Estado delega en ellos algunos de los atributos propios del poder: tal sería, por ejemplo, el derecho de expropiación...*<sup>114</sup>

Ya en la década de 1920, Juan A. González Calderón, expresará, respecto de esta norma que: *“...Requiere más especial y detenida consideración el inciso 16 de este artículo 67, por la vastedad y trascendencia de los poderes que contiene. (...) Este largo inciso es una fórmula original de la Constitución argentina, pues en la norteamericana, entre las atribuciones del Congreso, no se mencionan tan amplias facultades, y sólo muy concretamente se dice que el Congreso tendrá poder para ‘proveer el progreso de la ciencia y de las artes útiles, asegurando, por tiempo limitado, a los autores e inventores, derechos exclusivos sobre sus respectivos escritos y descubrimientos’ (art. I, secc. VIII, cl. 8ª)... La fórmula de la Constitución argentina fue propiciada por Alberdi, el cual, a su vez, la tomó en gran parte de un proyecto de Constitución para Chile en 1826...”*<sup>115</sup>

Finalmente, y sobre la misma base argumental, hacia la década de 1940, la doctrina nacional tenía plena conciencia de la importancia de esta norma; Clodomiro Zavalía llegará a afirmar en ese sentido que: *“...La grandeza actual de la República Argentina tiene como estructura inmovible la red metálica de los sistemas ferroviarios que unen los puntos más distantes del territorio con los centros de mayor cultura y actividad económica. La unidad nacional no se habría logrado si las distancias enormes y el aislamiento en que vivían las provincias no hubiesen sido superados por el esfuerzo de la industria ferroviaria que, desde el primer momento de nuestra organización institucional, vio un ancho campo para sus actividades (...) Apenas organizado el país fue dado contar con el aporte de capitales extranjeros para llevar a término obras que de otro*

---

<sup>114</sup> De Vedia, Agustín, “Constitución Argentina”, op., cit., pág. 311 y 312. Recordando que: *“...El primer ferrocarril fue el que autorizó la Legislatura de Buenos Aires por ley de 1854 (...) en 30 de agosto de 1857 se entregó al servicio público esa vía, recorriendo una extensión de 10 kilómetros...”*, pág. 309.-

<sup>115</sup> González Calderón, Juan A., “Derecho Constitucional Argentino. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución.”, Tomo III, Edit. Lajuane y Cía., Librería Nacional, Buenos Aires, 1926; pág. 174.-

*modo no habrían podido construirse (...) El punto de partida para todo ello es el inciso 16 del artículo 67 de la Constitución nacional...*<sup>2116</sup>

En definitiva, podemos decir que hacia las primeras décadas del siglo XX, el análisis jurídico del sistema constitucional por los tratadistas, se había consolidado en interpretaciones de la cláusula de prosperidad lo suficientemente amplias como para reconocer que la misma otorgaba potestades de intervención al Estado nacional en los más diversos campos de la sociedad y la economía.<sup>117</sup>

#### **4. 1. 2. El Derecho administrativo**

El tratamiento doctrinario del concepto de servicio público se dará, de manera expresa, en la primera doctrina del Derecho administrativo nacional.

Esta doctrina, a diferencia de lo que acontecía con el Derecho constitucional, se mostraba muy influida por el Derecho público de raíz hispana, por el Derecho patrio (desarrollado entre 1810 y 1853) y, también, por la obra de la generación del '37 que aún no había sido doctri-

---

<sup>116</sup> Zavallía, Clodomiro, "Derecho Federal", Tomo II, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941; pág. 683 y 684.-

<sup>117</sup> En general, se afirma que: "(...) *El Congreso debe propender a los fines de organización y progreso enumerados en el inciso 16, por medio de leyes protectoras de esos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. El programa trazado es ese inciso es vasto: la prosperidad del país, el adelanto y bienestar de todas las provincias, la instrucción general, la inmigración, ferrocarriles, canales, colonización, introducción de nuevas industrias y de capitales extranjeros, etc. Los fines enumerados no excluyen otros; figuran más bien, por vía de ejemplo. Todo lo que representa un bien, un progreso, un beneficio, está dentro de la constitución (...) Todos los medios necesarios y convenientes para ejercer cualquiera de los poderes expresos, están implícitamente acordados. Los poderes públicos pueden actuar directa o indirectamente en esos casos. Las facultades del Congreso son amplias y discrecionales, dentro de los lineamientos de la Constitución. Procede en la primera forma cuando funda un Banco Nacional, ordena la construcción de un puerto, un ferrocarril. Obra en la segunda forma, cuando otorga concesiones para la fundación o explotación de vías férreas, canales, telégrafos, colonias, o inviste a determinadas corporaciones o individuos, de privilegios singulares, o les otorga exenciones de derechos, primas, o recompensas. Los concesionarios representan a veces el interés público y el Estado delega en ellos algunos de los atributos propios del poder: tal sería, por ejemplo, el derecho de expropiación.*" Conf. Agustín de Vedia, "Constitución Argentina", op. cit., pág. 311 y ss.



nariamente superada en los temas propios de lo que ya se consideraba Derecho “administrativo”.<sup>118</sup>

Se destacan, en el período 1853-1900, las obras de Ramón Ferreyra, Quirós y Emiliani y Lucio V. López.

En primer lugar, debe tenerse presente que –hacia 1866- el Dr. Ramón Ferreyra, sostenía que: “...*El fomento y prosperidad de la industria necesita de estas cosas a que la administración debe contraer su atención; nada es más útil y necesario para dar impulso al comercio, que facilitar la comunicación y el contacto con los pueblos; allanar el tránsito por todas partes, la navegación y canales, los faros, los caminos de fierro, telegrafía, correos, diligencias, puentes, muelles, etc. Todo esto recae bajo la palabra de obras públicas en general; y todas las construcciones para el **servicio público** en todos los ramos de la administración, necesarias para el culto, la instrucción pública, justicia, beneficencia, hacienda, milicia, marina, comodidad, recreos y monumentos públicos y nacionales. Todos son necesarios para la existencia y felicidad de la sociedad; y por eso deben costearse con fondos del tesoro general, y **deben servir para todos**, igualmente al rico y al pobre; porque el que tiene debe contribuir para el que no tiene, para el bien de todos...*”<sup>119</sup>

Identifica, a su vez, de manera clara y precisa, al primer servicio público económico del país, al señalar: “...*La renta de correos es una contribución muy nacional por su naturaleza y por su objeto; es por un **servicio público** de grande utilidad y necesidad general de toda la Repú-*

---

<sup>118</sup> La ausencia de un desarrollo doctrinario más intenso del Derecho administrativo como disciplina se debió, en opinión de Rafael Bielsa, a la tensión que generaron los dos grandes “Códigos” fundantes de nuestro derecho nacional, a saber: la Constitución nacional (Código Político) y el Código Civil (Código Privado). Sostuvo Bielsa en este sentido que: “...*Las instituciones de Derecho administrativo han vivido en su período primario –y perdónese la expresión- en una zona nebulosa formada entre los límites del Derecho público (Constitución) y del Derecho común (Código Civil). Y ha habido así una tendencia de parte de uno y otro derecho a absorber, en sus respectivas esferas, relaciones respecto de las cuales no se presentaba del todo definido su carácter...*”, Bielsa, Rafael, “Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo”, J. Lajouane & Cia Editores, Buenos Aires, 1923, pág. 22.-

<sup>119</sup> Ferreyra, Ramón, “Derecho Administrativo General y Argentino”, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1866, pág. 74 y 75.

*blica, que no puede hacerse sino bajo la garantía del gobierno; la paga solo el que compra el servicio de transportarle su comunicación de un lugar a otro, dentro o fuera de la República...*<sup>120</sup>

Es decir, establece con claridad que uno de los correlatos del concepto de “prosperidad” es el servicio público, inscripto bajo la idea general de “obras públicas” y las funciones de la administración.

Por su parte, y de manera concordante, tanto con la Constitución de 1853 como con las normas del Estatuto de Hacienda y Crédito Público ya mencionadas, el Dr. Ramón Ferreyra, sostenía, en relación con los “Bienes públicos y del Estado”, que: *“...Es muy conocida en la jurisprudencia general, la diferencia entre los bienes públicos y los que forman el patrimonio del Estado o de la corona, aunque ambas cosas se comprendan en la palabra, dominio o propiedad nacional. En los primeros pertenece la propiedad a la nación, por el derecho de soberanía; pero el uso es común al público: como son las calles, caminos, ríos y obras públicas; los segundos le pertenecen en plena propiedad y uso, con título de dominio, como las tierras valdías, bosques, bienes mostrencos, de naufragio, etc. (...) Por la misma razón, en los primeros, la administración se versa sobre el uso solamente; su acción se dirige a darles destino general y sus reglamentos a asegurar el goce común, mejorar sus condiciones todo lo que se pueda; en los segundos se ejerce exclusivamente la propiedad y el uso; y ambas cosas pueden aplicar a las necesidades del servicio público...”*<sup>121</sup>

Finalmente, Ferreyra utilizará el concepto de servicio público como sinónimo de función o empleo público, al señalar que: *“...Los deberes (...) que pesan sobre los funcionarios públicos, exigen también deberes de parte del Estado; y como es muy natural y justo, la remuneración o salario por su servicio (...) Suponiendo que puedan ocuparse solo personas de fortuna, resultaría el mal grave a la nación de cerrar las puertas a la clase media, donde se hallan las mejores aptitudes y talentos; y también de que*

---

<sup>120</sup> Ferreyra, Ramón, op., cit., pág. 267. Realiza el autor, además, un análisis pormenorizado del estado del servicio público de correos, partiendo de la Constitución nacional de 1853 y hasta mediados de la década de 1860; ver para ello, págs. 216 a 220.-

<sup>121</sup> Ferreyra, Ramón, “Derecho Administrativo General y Argentino”, op., cit., pág. 110.

*el servicio público no podía ser tan bueno, faltando la justa recompensa del trabajo (...) El trabajo material o intelectual es la fuente de toda producción del comercio y del a vida humana; no hay razón para apreciarlo o arrendarlo en los servicios privados y no a la sociedad, ni para que se paguen todos los demás servicios públicos, y no los manuales de los empleados más laboriosos que ningunos...*<sup>122</sup>

Resulta notable la influencia que tendrá en el esquema y contenido de la obra de Ferreyra el “Derecho administrativo español” de Manuel Colmeiro.

#### *4. 1. 2. 1. La decisiva influencia de Colmeiro*

Publicada en 1850, la citada obra del jurista español, contenía definiciones muy precisas en materia de servicio público.

Puntualmente, y en esto lo sigue claramente Ferreyra, los ubica como modalidad o especialización de la ejecución y desarrollo de obras públicas generales. Y, dentro de éstas, los vincula de manera directa con la técnica concesional.

En efecto, señalaba Colmeiro que: “...*La concesión de una obra pública a cualquiera empresa implica la delegación a favor de un particular de una facultad propia de la administración: le confía la satisfacción de una necesidad común y el desempeño de un servicio administrativo, por lo cual es justo que el gobierno vele sobre el cumplimiento del contrato, e imponga sus condiciones al concesionario. La vigilancia de la administración no cesa al concluir las obras, porque es un deber del gobierno su conservación, obligando a la empresa a ejecutar las obras convenientes, y precaviendo los abusos en el ejercicio de los derechos que legítimamente le pertenecen. El interés individual se subroga a la acción administrativa, y el gobierno debe interponer toda su autoridad, para que el estado no experimente daño alguno por la intervención de los particulares en un servicio público...*”

---

<sup>122</sup> Ferreyra, Ramón, op., cit., pág. 130 y 131.-

Para culminar sosteniendo que: *“...Ninguna concesión es perpetua, porque las cosas del dominio público no pueden convertirse en propiedad privada en virtud de un acto administrativo. El origen y el objeto de toda concesión es la utilidad común, y no un interés particular; y solo a este precio consiente la ley en autorizar al concesionario para exigir un impuesto temporal por el uso de aquellas obras. Las empresas son un medio expedito de convertir el interés particular en beneficio público, cuando la importancia y la extensión de un proyecto exigen sumas considerables, que la administración no se halla en estado de aprontar, pero que puede suplir ventajosamente por medio de concesiones. Este sistema, pues, debe reputarse como subsidiario de la ejecución directa por el estado que conviene sea preferido mientras la opción entre ambos fuese posible...”*<sup>123</sup>

El mismo autor sería mucho más preciso en la 4ta. edición de su obra, del año 1876, al establecer la naturaleza y el alcance de las concesiones de obras y servicios públicos, al señalar, entre otras cuestiones, y en relación con los ferrocarriles, que: *“...Los caminos de hierro, como todas las vías de comunicación de uso general, son del dominio público; por manera que repugnan a su naturaleza las enajenaciones perpetuas. Así pues, las concesiones de esta clase tienen un límite señalado, no pudiendo su duración exceder de noventa y*

---

<sup>123</sup> D. Manuel Colmeiro, “Derecho Administrativo Español”, Madrid y Santiago: Librerías de Don Ángel Calleja, Editor; Lima, Casa de los Señores Calleja, Ojea y Compañía, año 1850; Tomo Segundo, Libro Cuarto, págs. 33 y 34. Reimpresión por la Escola Galega de Administración Pública, Santiago, 1995. Agregando, además, en relación con los contratos administrativos que: *“...Para que sean negocios contencioso-administrativos es de rigor el concurso de dos circunstancias: 1º que se hayan celebrado con la administración, y 2º que hayan tenido y tengan por objeto una obra o un servicio público cualquiera...”*, op., cit., pág. 225. Posteriormente, en la 4ta. edición de la misma obra, el autor sostendrá con toda claridad que: *“...La concesión de una obra pública a cualquiera empresa implica la delegación en un particular de una facultad propia de la administración. Porque le confía la satisfacción de cierta necesidad pública y el desempeño del servicio propio para remediarla, el Gobierno tiene el derecho y el deber de velar sobre el cumplimiento de las condiciones del contrato, de exigirlo y de apremiar al concesionario...”*, conf. D. Manuel Colmeiro, “Derecho Administrativo Español”, Cuarta Edición, ajustada a la legislación vigente y copiosamente aumentada con nuevos tratados y un apéndice de jurisprudencia administrativa”, Tomo Segundo, Madrid, Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, 1876., pág. 54.-

nueve años, al cabo de los cuales (o de menos, si por menos tiempo se hubiese otorgado la concesión) expiran los derechos particulares y entra el estado en la posesión de la línea concedida con todas sus dependencias. De donde se colige que las concesiones no son título legítimo de propiedad, sino el origen de un usufructo temporal y sujeto a las condiciones de antemano establecidas en virtud del contrato asentado entre la administración y la persona o compañía adjudicataria (...) Caducan las concesiones: I. Por no haber dado principio a las obras, o por no tenerlas concluidas en todo o en parte dentro de los plazos señalados, salvo los casos de fuerza mayor (...) II. Por la interrupción total o parcial del servicio público por culpa de la empresa, si carece de recursos para continuar la explotación...”<sup>124</sup>

Concluyendo, en general, que: “...La delegación de las facultades propia de la administración en favor de los particulares se hace en virtud de contratos ajustados a reglas de equidad y prudencia, para concertar los intereses del estado con los de los empresarios de las obras y servicios públicos, porque sin esta concordia no hay justicia, ni conveniencia, ni seguridad en punto a la satisfacción de semejantes necesidades en lo venidero (...) No es obligatorio, sino potestativo en la administración, ejecutar dichas obras y desempeñar tales servicios por sí misma o por medio de particulares que se comprometan a suplir los cuidados del Gobierno mediante una cantidad convenida...”<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup> D. Manuel Colmeiro, “Derecho Administrativo Español”, Cuarta Edición, op., cit., pág. 79. Agregando, en el mismo sentido, respecto a las concesiones de uso de aguas, que: “...Para canalizar un río con el objeto de hacerlo navegable o construir un canal de navegación se requiere autorización legislativa, en la cual se expresan las condiciones de la concesión. Los concesionarios quedan obligados a conservar las obras en buen estado y a prestar el servicio que tomaron a su cargo, y en caso contrario procede la declaración de caducidad y el anuncio de nueva subasta para adjudicar la empresa al mejor postor (...) Los canales de navegación y flotación son vías de comunicación y transporte como los caminos. No hay diferencia entre las vías terrestres e hidráulicas en cuanto a la intervención de la autoridad a quien corresponde velar por que no se interrumpa el servicio público, y dictar reglas de policía para mayor seguridad de las personas y propiedades...”, conf. op., cit., pág. 30.-

<sup>125</sup> D. Manuel Colmeiro, “Derecho Administrativo Español”, Cuarta Edición, op., cit., págs. 95 y 96.

#### 4. 1. 2. 2. *Las enseñanzas de Adolfo F. Orma y de Lucio V. López*

Hacia finales del siglo XIX, y producto de la introducción de la enseñanza del Derecho administrativo en las cátedras de la Universidad de Buenos Aires, tendremos las obras que recopilarán la doctrina de los profesores Adolfo F. Orma y Lucio V. López.

Las obras marcarán una notable continuidad con el desarrollo marcado por Ferreyra sobre la base de la doctrina de raíz hispana y del Derecho patrio.

Así, en el “Derecho Administrativo” publicado por Quirós y Emiliani en el año 1902, se sostendría que: “...*el estudio de las atribuciones de Policía, vendría a ser el estudio de todo el Derecho Administrativo. Pero en la práctica resulta, que si bien estas atribuciones son de policía, en cambio no son de policía, ni corresponden a ella, porque la actual especialización de los **servicios públicos**, y la diversificación de las funciones del Estado moderno, han distribuido cada una de estas materias que en concepto amplio, pertenecen a la policía, en cada uno de los departamentos de la administración...*”

Sosteniéndose, posteriormente, en la misma obra, y en relación con la forma positiva o negativa de la acción policial, que: “...*en tanto la administración, dirige los **servicios públicos** y procede por vía de acción positiva y de impulsión, la policía impide el mal, lo previene o lo reprime...*”

Aclarándose, luego, en esa línea de pensamiento, que la actividad del Estado se manifiesta “...*obrando sobre el territorio, para realizar su fin jurídico, procurando las condiciones necesarias de habitabilidad del mismo, que exigen un esfuerzo colectivo y una alta dirección social unitaria. En su virtud, aparecen con respecto a esta función final del Estado, materias en que se revela la administración. En tal concepto, tenemos la policía administrativa de **servicios públicos** referentes: a) a los montes; b) a las aguas; c) a las minas (como dominio*

del Estado y en cuanto se regule su concesión); d) a las obras públicas; e) a las vías de comunicación...”<sup>126</sup>

Para finalmente, afirmar junto con otro tratadista que: “...*El Derecho Administrativo, dice Block, es aquella parte del derecho que regula las relaciones de los ciudadanos con los **servicios públicos** y de estos con aquellos. Hacen parte del Derecho Administrativo, las disposiciones legislativas y decretos relativos a la protección de las personas y de sus bienes, las referentes a las subsistencias, a la policía sanitaria, a la industria, a la agricultura, al comercio, trabajos públicos, calles y caminos, a la navegación, a los canales, a la viabilidad urbana y rural, a las minas, bosques, rentas públicas, instrucción pública, etc...*”<sup>127</sup>

Nos encontramos aquí, pues, con una idea más acabada de “servicio público”, la cual se distingue ya de las funciones “policiales”, y es asociada con la “*acción positiva y de impulsión*” que debe desarrollar la administración a favor de los particulares.

Por su parte, y a finales del siglo XIX, Lucio V. López, trataba de precisar los contornos del derecho público nacional, especialmente el administrativo, en una doble vinculación: por un lado, el derecho administrativo como desarrollo y aplicación del derecho constitucional, y por otro lado, el derecho administrativo como el derecho de los servicios públicos y la concreción del bienestar material de la población o “prosperidad”.

Sostendrá, en este sentido, que: “...*el Estado debe proveer a todos los servicios públicos que correspondan a la naturaleza de estos cuatro grandes intereses generales: -seguridad, bienestar material, bienestar moral e intelectual y beneficencia pública. El bienestar material con-*

---

<sup>126</sup> Quirós, Herminio J. y Emiliani, Rafael P., “Derecho Administrativo. Adaptado al programa vigente en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires teniendo por base las conferencias del catedrático titular de la materia, Dr. Adolfo F. Orma”, Editor Valerio Abeledo, Librería Jurídica, Buenos Aires, 1902, Tomo II, pág. 347, 364 y Tomo I, pág. 20, respectivamente. Puede citarse, asimismo, como concordante, la obra de López, Lucio, V., “Derecho Administrativo Argentino”, Imprenta de “La Nación”, Buenos Aires, 1902.

<sup>127</sup> Quirós, Herminio J. y Emiliani, Rafael P., “Derecho Administrativo...”, op. cit., Tomo I, págs. 25 y 26.

*siste en la construcción y desarrollo de las grandes obras públicas, tales como las que tienen por objeto la viabilidad, la canalización, los caminos de hierro, los grandes mercados, todo, en fin, aquello que tiene por objeto el desarrollo de los progresos materiales...*<sup>128</sup>.

El concepto de servicio público, funciona –en general- abarcando y dando un régimen jurídico específico (de derecho público) a las relaciones que entablen los particulares con la administración que representa los *intereses colectivos*; y, en particular, se circunscribe como técnica de realización del *bienestar material* de los ciudadanos (servicios públicos económicos).

En definitiva, la primera doctrina nacional del Derecho público establecerá, conceptualmente, dos órdenes de vinculaciones concretas: a) una general, entre administración, servicio público y derecho administrativo; y b) una particular, entre prosperidad o bienestar material, obras y servicios públicos y concesiones.

## 4. 2. Período 1900-1940

A pesar de la gran cantidad de aplicaciones normativas concretas que, como hemos visto, había tenido el concepto de servicio público, restaba que, respecto de su régimen jurídico, se produjera un verdadero salto cualitativo en su consideración doctrinaria.

Ello, en efecto, se dará en las primeras décadas del siglo XX, de la mano del notable avance doctrinario que experimentará, en general, el derecho administrativo.

Se destaca, claramente, el “Derecho Administrativo” de Rafael Bielsa.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> López, Lucio, V., “Derecho Administrativo Argentino”, Imprenta de “La Nación”, Buenos Aires, 1902, pág. 15/18. La obra presenta la versión taquigráfica del último curso dictado por López en el año 1894, tomada por sus alumnos Juan C. Beltrán y Alfredo G. Romero, que completa, como una segunda parte, el adelanto que el propio López había ya publicado en 1890.

<sup>129</sup> Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo y Legislación Administrativa argentina”, Tomos I y II, J. Lojuane & Cia. Editores, Librería Nacional, Buenos Aires, 1921.



Obra que puede ser vista como una verdadera bisagra entre el “viejo” derecho público nacional (corporizado en las obras de Ferreyra y los primeros constitucionalistas), y lo que será, a partir de allí, el “nuevo” o moderno derecho administrativo.

Bielsa intentará, concretamente, llegar a una síntesis entre: a) nuestros antecedentes constitucionales (con notable influencia de J. V. González); b) el derecho administrativo nacional (especialmente sobre la base de la obra de Ramón Ferreyra y Lucio V. López); y c) el derecho administrativo europeo (con influencias repartidas entre: 1) la doctrina clásica española –Colmeiro, Posada-; 2) el derecho francés (Jeze; Houriou); 3) el derecho alemán (Mayer); 4) en menor medida el brasilero; y 5) el derecho Italiano.

De esta síntesis, en particular referencia al servicio público en su obra de 1921, deben destacarse las siguientes cuestiones:

1.- Bielsa intenta deslindar los conceptos de servicio público y función administrativa, en razón de la utilización indistinta de los mismos en el derecho patrio y el derecho administrativo argentino;

2.- Bielsa continúa el enfoque de Ramón Ferreyra (y, por ende, de Colmeiro) y ubica sistemáticamente al servicio público como una técnica especial incluida dentro de las obras públicas generales.

3.- Bielsa establecerá un nexo específico entre el servicio público, el contrato de concesión y el régimen constitucional. Concretamente, con la “cláusula de comercio” y la “cláusula de prosperidad” (en aquel momento, arts. 67 incs. 12 y 16 de la Constitución nacional).

Ese eslabón permite, de alguna manera, visualizar las líneas de continuidad de nuestra rica historia en materia de servicio público.

Fundamentalmente porque, muy pocos años después, comenzará una ofensiva doctrinaria impresionante para posicionar al derecho administrativo francés como la principal y directa fuente de nuestro derecho administrativo.

Será Rodolfo Bullrich, a partir de las lecciones que le publicarían hacia 1925, quien mostrará esta nueva versión del derecho administra-

tivo que, lamentablemente (y al margen de las bondades de la doctrina francesa), llegaría para quedarse entre nosotros.<sup>130</sup>

Su derecho administrativo estará, así, exclusivamente apoyado en la doctrina europea.

Y en materia de servicio público, concretamente, prevalecerá la doctrina francesa (Jeze y Houriou) y alemana (Mayer).

#### **4. 2. 1. El servicio público y el problema de la técnica concesional**

En la década de 1930, inmediatamente anterior al comienzo de la etapa de estatización de la prestación de los servicios públicos (nacionalización), puede claramente apreciarse que el gran cuestionamiento que la doctrina (y la jurisprudencia de manera creciente) comienzan a resaltar una y otra vez, es la falta de un adecuado y completo régimen legal para los servicios públicos nacionales, especialmente en lo tocante con dos cuestiones: a) tarifas; y b) régimen de bienes afectados al servicio.

Cuestiones ambas que se, desde ya, tienen íntima vinculación (pues la cuestión general de los bienes afectados al servicio no hace sino poner en discusión el “valor” de las concesiones y, más concretamente, la forma o modalidades de amortización de las inversiones efectuadas por los concesionarios y que debían quedar en manos del Estado), pero la cuestión tarifaria cobrará especial relevancia por su directa incidencia en los usuarios de los servicios.

Estos problemas, en realidad, se generaron como consecuencia de la intención (que cierto sector de la doctrina nacional nunca abandonó) de sostener la naturaleza privada de las concesiones. Especialmente en el caso de las concesiones ferroviarias que habían sido el emblema de la construcción y desarrollo de la infraestructura de servicios en nuestro país.

---

<sup>130</sup> Bulrich, Rodolfo, “Nociones de Derecho Administrativo”, redactadas a base de las conferencias del profesor titular por Juan Bautista Arcioni y José María Garcíarena, Librería de Derecho y Jurisprudencia Restoy & Doeste, Buenos Aires, 1925.

En efecto, la técnica concesional, que –como vimos– había sido claramente inscripta por la doctrina del derecho constitucional y administrativo en la cláusula de prosperidad, no tendría –sin embargo– un correlato normativo que pudiera resolver las cuestiones jurídicas (y económicas) que se presentarían en la etapa de declinación de las principales concesiones ferroviarias, producida, básicamente, por la cercanía de sus plazos de caducidad.

La gran difusión del sistema concesional (al que pueden sumarse varias licencias que, en lo sustancial, se asimilaron a los contratos de concesión), había logrado desarrollar la ausente infraestructura económica nacional de manera vertiginosa.

Pero supuso, también, ante la falta de un régimen legal completo y sistemático (para los distintos servicios involucrados), muchos abusos por parte de los concesionarios.<sup>131</sup>

Algunos son, a esta altura, legendarios.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> La intervención estatal en materia tarifaria era una de las cuestiones más acuciantes hacia mediados de la década de 1930; ver, en este sentido: Bielsa, Rafael, “Régimen de concesiones de servicios públicos”, en Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas”, Tomo V, Rosario, 1936; Joselevich, Luis B., “Dos Estudios de Derecho Administrativo. Tarifas. Impuesto Especial”, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1937; Ramos, Juan P., “La concesión de servicios públicos”, Librería y Casa Editora de Jesús Mendez, Buenos Aires, 1937; ver, además, la bibliografía de la época citada en Villegas Basavilbaso, Benjamín, “Derecho Administrativo”, Tomo III, TEA, Buenos Aires, 1951, pág. 98 y sig., y sus consideraciones en torno a los inconvenientes del sistema concesional en el mismo volumen, pág. 102 a 105. Cuestiones que harían eclosión, desde el punto de vista doctrinario, en la famosa “Cuarta Conferencia Nacional de Abogados”, que se desarrolló en Tucumán entre los días 13 y 18 de julio de 1936. Como fruto de la misma, se publicará, en el mismo año 1936, en un volumen de 80 páginas, el “Régimen jurídico de la concesión de servicio público, despacho y exposición de motivos”, redactado por la Subcomisión integrada por los Dres. Rafael Bielsa, Rodolfo Corominas Segura, Daniel Víctor Goytía, Julio Oscar Ojea y Benjamín Villegas Basavilbaso. Allí se definió a la concesión de servicio público como: “...un acto jurídico de derecho público, por el cual el concedente delega en el concesionario un poder jurídico sobre una manifestación de la actividad administrativa, con el fin de que realice, por propia cuenta y riego, bajo el contralor del concedente, el servicio público concedido...” Publicado también en Jurisprudencia Argentina, Tomo 61, pág. 97.-

<sup>132</sup> En el caso de los ferrocarriles, basta recordar la obra de Raúl Scalabrini Ortíz “Historia de los ferrocarriles argentinos”, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1995; en el caso de las concesiones eléctricas, el escándalo que terminaría en el famoso informe “Rodríguez Conde”.

La doctrina del derecho administrativo, todavía muy precario para poder enfrentar estas cuestiones con solvencia<sup>133</sup>, se mostraría -sin embargo- firme al momento de afirmar la naturaleza pública del contrato de concesión.<sup>134</sup>

La jurisprudencia nacional, tal como luego veremos, seguirá este criterio.

La IV Conferencia nacional de abogados de 1936, vendría, también, a apoyar dicha solución.

Es decir, a intentar estabilizar el régimen concesional ya vigente en el país, dotándolo de recursos teóricos y prácticos a través de un proyecto de ley general de concesiones.

En materia ferroviaria, se intentó un avance con la llamada “Ley Mitre”, que unificó el régimen de todas las concesiones particulares que se habían aprobado hasta ese momento, y permitió una injerencia estatal más concreta en la administración y control de las mismas que, en definitiva, terminará precipitando su posterior nacionalización.

## **4. 2. 2. Período de 1940, en adelante. Los Tratados de Derecho Administrativo**

A partir de la década de 1940, se desarrollarán los Tratados de Derecho administrativo.

---

<sup>133</sup> Las grandes críticas de la época al estado de avance del derecho administrativo (Bielsa, Ramos, entre otros), están vinculadas a la falta de sistematización legislativa de las cuestiones involucradas con sus principales temas: procedimientos administrativos; estatuto de funcionarios; responsabilidad del Estado; contencioso administrativo. En ningún caso, sin embargo, se negaría la competencia estatal en materia de servicios públicos, fundada en las cláusulas de comercio y prosperidad de la Constitución nacional.

<sup>134</sup> Fundamentalmente: Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo y Legislación Administrativa argentina”, op., cit.; Bulrich, Rodolfo, “Nociones de Derecho Administrativo”, op., cit.; y Ramos, Juan P., “La concesión de servicios públicos”, op., cit. Para el análisis de la concesión de servicio público como contrato administrativo que no puede ser regido por normas del Derecho Civil, ver, especialmente: Bielsa, Rafael, “Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo”, J. Lajouane & Cia Editores, Buenos Aires, 1923, especialmente págs. 36 y 37.-

Puede pensarse, perfectamente, que los mismos estarán fuertemente influenciados por un hecho histórico con enorme trascendencia: el golpe de estado de 1930.

En efecto, a partir de allí, y salvo algunos años de continuidad institucional democrática (gobiernos peronistas de 1946 a 1955; el gobierno de Arturo Frondisi y el gobierno de Arturo Illia), nuestro país debió acostumbrarse, si vale la figura, a vivir sin constitución.

Esto, para el derecho público (constitucional y administrativo) será decisivo para su configuración histórica definitiva.

Sin norma constitucional y con escasos avances legislativos (entre los que podrían citarse a la ley 3.952 de demandas contra la Nación y no mucho más), el derecho administrativo se refugiará, definitivamente, en la doctrina. Sus fuentes estarán definitivamente vinculadas, no ya a normas generales, sino a principios sustentados –principalmente- por la doctrina europea.

El divorcio entre el derecho constitucional (que se volcará, por idénticas razones, al estudio casi excluyente de la doctrina de la Corte Federal norteamericana a través de los fallos de nuestra propia Corte Suprema) y el derecho administrativo (que se filiará en diversas fuentes doctrinarias europeas aunque, en definitiva, dominadas por el derecho francés), será casi completo.

En este contexto, Rafael Bielsa completará su obra inicial de 1921<sup>135</sup>, es decir, con anterioridad al comienzo de las interrupciones constitucionales; Villegas Basavilbaso desarrollará su Tratado bajo la fugaz

---

<sup>135</sup> Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo y Legislación Administrativa Argentina”, Tomos I y II, J. Lojouane & Cia. Editores, Librería Nacional, Buenos Aires, 1921. Resulta, también, de sumo interés, lo publicado por Bielsa bajo la vigencia de la Constitución nacional de 1949; a saber: Bielsa, Rafael, “Estudio de Derecho Público”, Tomo I “Derecho Administrativo”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, especialmente, Capítulo II, punto 17, sobre “Transferencia de Concesiones de servicios públicos y transferencia de bienes afectados a servicios públicos prestados por concesionarios. Poderes jurídicos del concedente”, pág. 466 y sig.; y Capítulo III sobre “Aspectos diversos en el régimen de los servicios públicos”, pág. 543 y sig.; y Bielsa, Rafael, “Ciencia de la Administración”, Segunda edición actualizada, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, especialmente, el Capítulo II dedicado a “Los servicios públicos. Sistemas de prestación”, pág. 81 y sig.

vigencia de la Constitución de 1949<sup>136</sup>; Marienhoff, luego de su tesis sobre el “Dominio de las Aguas” de 1939<sup>137</sup>, se volcará a escribir su fundamental Tratado de Derecho Administrativo<sup>138</sup>; lo propio hará Diez.<sup>139</sup>

Más tarde, ya en la década de 1970, Gordillo publicará los dos tomos originales de su Tratado de Derecho Administrativo.<sup>140</sup>

El servicio público será materia de estudio específico en cada uno de los Tratados de Derecho Administrativo.

Las fuentes para su estudio, salvo los casos del primer Bielsa y de Villegas Basabilvaso (por las razones ya mencionadas), serán esencialmente doctrinarias.

Elementos conceptuales que, junto con los antecedentes legislativos y jurisprudenciales anteriormente citados, nos obligan a discutir la tradición doctrinaria que indica que el servicio público nació en Francia con los *arrêt* “Blanco” y “Terrier” del Consejo de Estado Francés, y su posterior difusión por la doctrina del derecho administrativo francés.<sup>141</sup>

---

<sup>136</sup> Villegas Basavilbaso, Benjamín, “Derecho Administrativo”, Tomo III, Instituciones Fundamentales (Primera Parte) Servicios Públicos – Función Pública, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

<sup>137</sup> Marienhoff, Miguel S., “Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas”, Abeledo, Buenos Aires, 1939.

<sup>138</sup> Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo” Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.

<sup>139</sup> Diez, Manuel María, “Derecho Administrativo”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1963. Además de su Tratado, son notables sus contribuciones anteriores, que estudian sectorialmente distintos servicios públicos nacionales; ver: Diez, Manuel M., “Régimen jurídico de las comunicaciones”, Tomo 1, Buenos Aires, 1936; Tomo 2, Buenos Aires, 1937; y Tomo 3, Buenos Aires, 1939; “Naturaleza jurídica de la propiedad ferroviaria”, Buenos Aires, 1942; y “Servicio público de los teléfonos”, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1942.

<sup>140</sup> Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomos 1 y 2, Ediciones Macchi-Lopez, Buenos Aires, 1975.

<sup>141</sup> Como en nuestro país lo ha afirmado, de una manera o de otra, gran parte de la doctrina del derecho administrativo nacional; así, entre otros: Marienhoff, M. S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Tomo II, pág. 19 y sig.; Mairal, H. A., “La ideología del servicio público”, Revista de Derecho Administrativo, N°14, 1993, pág. 359 y sig.; Gordillo, A., “Tratado de Derecho Administrativo”, 6° edición, Fundación de Derecho Administrativo, Tomo 2, VI-1 y sig.; Cassagne, J. C., “Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, sexta edición actualizada, Tomo II, pág. 419 y sig.

### **Primer modelo prestacional: la técnica concesional.**

#### **1. Introducción**

Sobre la base de los antecedentes analizados, puede afirmarse que el régimen del servicio público, se encuentra consolidado hacia comienzos del 1900.

Consolidación que se produce tanto a nivel del régimen general del servicio público, como del modelo prestacional en particular, esto es, la técnica concesional, y en la cual tendrá un rol decisivo la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional.

La obra de la Corte Suprema nacional, a su vez, se afianzará hacia mediados de la década de 1920, sobre la base de tres fuentes: a) el régimen constitucional argentino; b) la profusa legislación existente en materia de servicio público; y c) sus propios antecedentes jurisprudenciales.

Salvo en cuestiones puntuales, principalmente vinculadas al análisis constitucional (para el cual la Corte Suprema recurrirá a contadas

fuentes doctrinarias nacionales, como por ejemplo, a Alberdi o a Joaquín V. González; y, jurisprudenciales, en la doctrina de la Corte Federal norteamericana, por ejemplo, en lo vinculado con la interpretación del régimen federal y las cuestiones que suscitaba el régimen nacional del servicio público: cláusula del comercio, impuestos, etc.), no se registran otros apoyos o fuentes.

De conformidad con ello, la Corte Suprema nacional, a partir de 1864, consolidará la interpretación sistemática de todo lo vinculado con: a) la jurisdicción aplicable a los conflictos del servicio público nacional, tanto en lo concerniente al “titular” del servicio (es decir, al régimen de federalización de determinados servicios por aplicación de la cláusula de comercio o, directamente, como en el caso del servicio de correos, de la norma constitucional), como en lo que hace a la jurisdicción judicial que debía intervenir en cada conflicto en que estuviera involucrada, o no, la prestación de un servicio público (jurisdicción federal o local, según los casos); b) el régimen concesional, concebido como el otorgamiento de un privilegio, en tanto “delegación” de funciones estatales; c) el régimen jurídico de los bienes afectados al servicio; d) el régimen impositivo; e) el régimen tarifario; f) el régimen de responsabilidad de los concesionarios; g) el régimen del rescate del servicio.

En lo que hace puntualmente al modelo prestacional, se consolidará la interpretación conceptual y del alcance de la técnica concesional.

De esta manera, y tal como veremos en este capítulo, entre 1864 y mediados de la década de 1920, la concesión de servicio público se consolidará, en la interpretación jurisprudencial y doctrinaria, como:

1.- Una delegación (en sentido impropio) de funciones estatales centradas en la prestación indirecta de un servicio público.<sup>1</sup>

2.- Acto complejo (que implica relaciones contractuales y reglamentarias), por el cual el Estado otorga a un particular un privilegio (razón

---

<sup>1</sup> Marienhoff entiende que el Estado no “delega” formal ni propiamente sus funciones en el concesionario, en el sentido de lo normado, por ejemplo, por el art. 3 de la ley nacional de procedimientos administrativos 19.549, cuestión que compartimos. Ver: Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III-B, tercera edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 589 y sig.



por la cual, durante muchos años adoptó directamente la configuración de una Ley-Contrato).

3.- Adopta la forma y el régimen propio de un contrato administrativo.

4.- Tiene su fundamento constitucional general en el actual art. 75, inc. 18; y, particular, en el 75, inc. 13, en todo lo relativo al fundamento del sometimiento del servicio a la jurisdicción federal, y 75, inc. 14, en el caso de los correos y comunicaciones.<sup>2</sup>

5.- Es de interpretación restrictiva, en dos cuestiones centrales: a) su otorgamiento (el cual no se presume); y b) su extensión (es decir, en cuanto a las facultades estatales efectivamente delegadas).

6.- En lo que hace al régimen jurídico, se enfatiza que, al margen de erigirse en un contrato administrativo, la concesión no involucra la regulación de derechos privados (arts. 14 y 17 CN), sino cuestiones vinculadas, en general, con “bienes” o “actividades” públicas.

7.- En cuanto al régimen jurídico de los bienes que se afecten a la prestación del servicio, se enfatiza su condición de bienes del dominio público y, en su caso, las restricciones en cuanto a su libre disponibilidad por aquellos incorporados en el patrimonio de los concesionarios.

8.- La concesión de servicio público, lleva ínsita la prerrogativa estatal del rescate.

---

<sup>2</sup>Aunque sin fundamento normativo ni jurisprudencial, partiendo de la supuesta identidad entre la cláusula de “prosperidad” incluida en nuestra Constitución nacional y la que permite al Congreso Federal norteamericano otorgar privilegios a los “inventores”, y en contra de lo sostenido por nuestra Corte Suprema nacional desde 1866, un sector de la doctrina nacional ha interpretado que la concesión, como contrato administrativo, no tiene reconocimiento expreso en el actual art. 75 inc. 18; ver: Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III-B, tercera edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 586, 611 y sig.; Cassagne, Juan Carlos, “El contrato administrativo”, segunda edición, LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, pág. 194 y sig. Correlativamente, Marienhoff incluirá la competencia para el otorgamiento de una concesión de servicio público dentro de la que denominó “zona de reserva de la administración”. Desconociendo de esta manera la competencia legislativa marcada por el actual art. 75 inc. 12, 13 y 18. Cuestión con la que no estamos de acuerdo. Ver: Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III-B, tercera edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 610 y sig. En virtud del relevamiento ya efectuado, no podemos coincidir con ninguna de estas dos cuestiones.

9.- Las obligaciones emergentes del contrato de concesión, está sújetas a la reglamentación del Estado (en general, se la denomina “policia” del servicio), a los efectos de su correcto funcionamiento (regularidad del servicio).

10.- Finalmente, los precios que se cobran al usuario por la prestación del servicio, no son libres sino que deben ser autorizados por el Estado, adoptándose, por ello, la figura de las tarifas (las cuales son, a su vez, diferenciadas de las “tasas”).

## 2. Desarrollo legislativo de la técnica concesional: dominio público, obras y servicios públicos

Hacia mediados del siglo XIX, en nuestro país y en el marco del sistema de la Constitución nacional de 1853, en relación con la utilización de la figura de la concesión para la construcción de obras públicas, se verificaba plenamente aquello sostenido por la doctrina española al sostener que: *“...el servicio público no es sino la apertura al aprovechamiento general de una obra pública: carreteras, puertos, pantanos y ferrocarriles se configuran primordialmente como una obra pública que, a su terminación, se abre al aprovechamiento general. Las tarifas de construcción del servicio público subsiguiente son sólo un hábil procedimiento para que pueda construirse la obra pública sin que la Administración tenga que abonar nada como contrapartida...”*<sup>3</sup>

El período se caracterizó por la pronta sanción de normas generales sobre “obra pública”, como lo demuestra la sanción de la ley 775, en 1876,

---

<sup>3</sup> Villar Ezcurra, José Luis, “Servicio Público y técnicas de conexión”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 52 y 53. Por su parte, aquí se ha señalado que: *“... es necesario recordar permanentemente este común origen histórico -de la concesión de servicio público y de la concesión de obra pública- así como también la igualdad esencial de naturaleza jurídica -delegación transestructural-, por cuanto es el que explica los numerosos elementos y regulaciones jurídicas comunes que ambas figuras reconocen...”* Barra, Rodolfo, “Contrato de Obra Pública”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo I, pág. 283.

(posteriormente sustituida por la ley 13.064), y la sucesiva sanción de normas particulares (leyes y decretos) por las cuales se aprobaban contratos de concesión para la construcción y explotación de infraestructuras públicas (concesiones, a la vez, de obra y servicio público).

Ahora bien, contando –como decíamos- con varios antecedentes de autorización de concesiones particulares, la normativa general del período en materia de concesiones para obras de infraestructura estuvo dada, también tempranamente, con la sanción, en el mismo año 1876, de la ley 814.<sup>4</sup>

En efecto, la ley 814, del 2 de octubre de 1876<sup>5</sup>, estableció: “Art. 1º.- *Autorízase al Poder Ejecutivo para sacar a licitación la construcción, reconstrucción, mejora y conservación de los puentes y caminos nacionales, por empresas particulares, con facultad de cobrar peaje, bajo las condiciones siguientes: 1ª El Poder Ejecutivo fijará un máximun de costo a todas las obras que sujetare a la licitación pública, previa formación de los planos y presupuestos correspondientes por el Departamento de Ingenieros. 2ª En las propuestas deberá expresarse: 1º El peaje que cobrará el empresario por individuo, vehiculos y animales. 2º La designación del tiempo por el que ha de cobrarse peaje y que no podrá exceder de quince años. 3º La obligación de conservar la obra construida o reparada por*

---

<sup>4</sup> Sobre los antecedentes legislativos del contrato de concesión de obra pública, ver, en general: Cincunegui, Juan Bautista, “El peaje en la legislación argentina (La Concesión de obra pública y peaje como sistema de financiamiento de obras de infraestructura).”, Centro Argentino de Investigaciones Económicas y Sociales, Buenos Aires, 1968, pág. 19 y sig.

<sup>5</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 1118 y 1119. Dicha norma estableció: “Art. 1º.- *Autorízase al Poder Ejecutivo para contratar con los señores Hudson y Cía., un camino carretero, que partiendo de la margen derecha del río Paraná en frente al pueblo de Esquina (Corrientes), o al de la Paz (Entre Ríos), cruce el Río Salado, y siguiendo hacia las provincias de Cuyo, busque la intersección de los caminos nacionales de San Juan y de La Rioja, sobre el de Córdoba. Art. 2º.- Dicho contrato se celebrará bajo las bases siguientes: (...) 4ª Que la Nación pondrá en posesión a los señores Hudson y Cía., de dos leguas de tierra de propiedad nacional (donde las haya sobre la traza) por cada posta que establezcan y pongan al servicio público, debiendo pasar aquellas en propiedad, sólo en el caso de ser construido todo el camino y conservado en el mejor estado, durante el término fijado en la base 3ª; en caso de no haber tierras de propiedad nacional, se acordará a los empresarios quinientos pesos fuertes por cada posta. 5ª Que serán libres de todo peaje los animales y vehiculos que transiten para el servicio nacional y provincial.”*

*igual término. 4º La fijación de la cantidad que haya de invertirse en la obra. 3ª Vencido que sea el plazo señalado o acordado a las empresas para el cobro del peaje, estarán éstas obligadas a entregar a la Nación, sin cargo alguno, las obras respectivas, en buenas condiciones de servicio. (...) Art. 2º.- El Poder Ejecutivo vigilará la construcción o reconstrucción de las obras y la conservación de las mismas en su caso, debiendo antes de ser libradas al **servicio público**, hacerlas inspeccionar por el Departamento de Ingenieros.”*

Como vemos, en esta normativa general, la figura de la concesión aparece ligada, expresamente, tanto a la “construcción, reconstrucción, mejora y conservación” de obras públicas, como a su libramiento para el “servicio público”.

Y lo que une a ambas figuras, es la “...*facultad de cobrar peaje...*” establecida por el art. 1º de la citada norma.

Esto es, la afectación de los terceros “usuarios” de dichas prestaciones por parte del concesionario.

Los principios enunciados en la citada normativa general, por su parte, contaban con algunos antecedentes, como por ejemplo la ley 666, del 22 de julio de 1874<sup>6</sup>, y se mantuvieron, en sucesivas normas, hasta, por lo menos, la primera década del siglo XX.

En efecto, ello puede claramente apreciarse en la ley 1257, del 23 de octubre de 1882<sup>7</sup>, la ley 2610, sancionada el 28 de septiembre de 1889<sup>8</sup>,

---

<sup>6</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 982.

<sup>7</sup> Anales de Legislación Argentina, 1881-88, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1955, pág. 95 y sig. Dicha norma estableció: “Art. 1º.- Autorízase al Poder Ejecutivo, para contratar con don Eduardo Madero la construcción, en la ribera de la ciudad de Buenos Aires, comprendida entre la usina del gas al norte y la boca del Riachuelo al sur, de diques y almacenes de depósito para la importación de mercaderías, con los canales de entrada necesarios, sujetándose a las siguientes disposiciones: ...8º Las obras se efectuarán por secciones, que serán recibidas por el Poder Ejecutivo completamente concluidas y listas para ser entregadas al servicio público, por intermedio del Departamento de Ingenieros.”

<sup>8</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 13 y sig. Por esta norma se estableció: “Art. 1º.- Autorízase al P. E. Para conceder a la sociedad anónima “Ciudad de Quequén”, el derecho de construir y explotar un puerto artificial y muelle en la Provincia de Buenos Aires, con arreglo a las siguientes bases:...2º La empresa construirá el puerto a su costo, como asimismo los muelles y edificios que necesite la aduana, para la vigilancia y control fiscal, como también los almacenes de depósito para

la ley 2676, sancionada el 6 de noviembre de 1889<sup>9</sup>, la ley 3088, sancionada el 11 de agosto de 1894<sup>10</sup>, aprobatoria del “Código rural para los territorios nacionales”, y la ley 4210, sancionada el 14 de septiembre de 1903<sup>11</sup>, entre otras que podríamos traer a colación.

### 3. La consolidación de la técnica concesional en la jurisprudencia nacional

#### 3. 1. La técnica concesional como “privilegio” y acto de “delegación” de funciones estatales en la cláusula de prosperidad

La Corte Suprema nacional, al margen de invocar la jurisprudencia norteamericana para justificar un poder de policía “amplio” (o no solamente vinculado con cuestiones de “salubridad, moralidad, seguridad”, sino también con el *bienestar social*), haría una profusa utili-

---

*la importación y exportación de mercaderías, puentes y demás obras necesarias al mejor servicio público...*”

<sup>9</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 199 y sig. Norma que estableció: “Art. 1º.- Autorízase a los señores Wenseslao Villafañe y Cía., para hacer un puerto de abrigo en el arroyo Medrano y construir dos canales de navegación... de conformidad con los planos presentados y con sujeción a las siguientes bases:... 12. La empresa se compromete a presentar los planos y estudios definitivos de las obras que debe construir a los 6 meses de la fecha de escrituración de la concesión, y principiarlas a los 3 meses de la aprobación de dichos estudios, y concluir las a los 3 años contados desde esta última fecha, entregándolas al servicio público por secciones de la forma siguiente...”

<sup>10</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 279 y sig. Esta ley estableció en su Capítulo II, de los Caminos: “Art. 31.- Queda absolutamente prohibido, cerrar, obstruir o desviar un camino abierto al servicio público, sin el permiso de la autoridad competente...”

<sup>11</sup> Anales de Legislación Argentina, 1889-1919, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 606 y sig. Esta ley estableció: “Art. 1º.- Concédese autorización a la sociedad “Puerto San Nicolás” para construir y explotar por el término de 70 años... un puerto comercial para buques de ultramar y cabotaje en los terrenos de su propiedad... Art. 7º.- Las obras que se construyan serán inspeccionadas por el Ministerio de Obras Públicas, sin cuya aprobación no podrán librarse al servicio público...”

zación de la “cláusula de prosperidad” incorporada a nuestra Constitución nacional.

Aunque, en principio, para cuestiones que, paradójicamente, parecían no tener vinculación con la noción de poder de policía.<sup>12</sup>

De aquella jurisprudencia, podemos citar algunos *leading cases*.

En primer lugar, citaremos dos fallos de la Corte Suprema nacional muy significativos.

El primero: “Varios Puesteros próximos al Mercado del Centro c/ Empresario del mismo Mercado”, fallo de la Corte Suprema nacional de fecha 8 de Noviembre de 1866, que confirma por sus fundamentos la sentencia del Juez de Sección Don Alejandro Heredia, de fecha 3 de Septiembre de 1866. En la causa se discute la constitucionalidad de una concesión otorgada por la Municipalidad de Buenos Aires.

Allí se sostuvo: “...*Que si bien el art. 14 declara el principio de la libertad de toda industria lícita, esto no importa la prohibición de reglamentar su ejercicio, y aún limitarlo por causas de utilidad general, pues no siendo la Constitución otra cosa que el Código fundamental, que declara los derechos y obligaciones políticas, tiene que ser complementado por leyes y disposiciones orgánicas, que reglamenten y aseguren esos mismos derechos y obligaciones (...) Que esta verdad, además de lo expuesto, tiene su demostración en el art. 67, inc. 16, por el cual el Congreso tiene la facultad de promover la prosperidad del país, y el adelanto y bienestar de las provincias por leyes protectoras y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo (...) Que de lo expuesto se deduce que una concesión o limitación, como la que se trata, está autorizada por la Constitución nacional; por consiguiente no es contraria a su espíritu ni a su texto (...) Que teniendo, pues, esa facultad, la Legislatura del Estado de Buenos Aires, pudo dictar su disposición en 1825, que estableció la concesión de que se trata, y no quedó en manera alguna revocada por la sanción de la Constitución (...) Que parte de las facultades enumeradas*

---

<sup>12</sup> Sobre la jurisprudencia relativa a la interpretación y aplicación de la “cláusula de prosperidad”, véase, in extenso: Salomoni, Jorge L., “Teoría General de los Servicios Públicos”, op. citada.-

*fueron delegadas por la Legislatura a la Municipalidad por la ley que la creó en octubre de 1854, pues en su art. 17 la facultad para reglamentar lo concerniente a la seguridad, salubridad, ornato, limpieza y fomento de la ciudad, y no puede negarse que el establecimiento de mercados llena uno de esos fines...*<sup>13</sup>

En el caso, pues, se presenta por primera vez, en el análisis de una norma que se reputa de carácter *policial*, la conjunción de las normas de los arts. 14 y 67, inc. 16, (hoy, 75, inc. 18) de la Constitución nacional.

Doctrina que, por su parte, será ratificada por la Corte Suprema al confirmar, en la causa “Varios puesteros contra los concesionarios del mercado “Independencia” sobre inconstitucionalidad de una resolución municipal”, sentencia del 7 de octubre de 1871, por sus fundamentos y con cita de su precedente de fecha 8 de noviembre de 1866, la sentencia del Superior Tribunal de Justicia provincial. En la sentencia confirmada, por su parte, se fundó la constitucionalidad de la concesión de uso de una porción del Mercado municipal, en los arts. 67, inc. 16, y 107 de la Constitución nacional y, doctrinariamente, con cita de Colmerio, Tomo 2 pág. 227.

Con posterioridad, y siempre en vinculación con la técnica concesional, la Corte Suprema destacará a la obligatoriedad como característica fundamental del servicio público, al señalar que: “...*Sin la existencia de un contrato especial, o de una ley que obligue a la empresa a suministrar a los particulares, el gas de su propiedad, éstos no pueden exigir que se les suministre, ni aun bajo promesa o fianza de pagar su precio. El suministro anterior, hecho con la condición de suspenderlo en caso de no pagarse puntualmente el consumo, no justifica esa exigencia, una vez que se ha realizado el hecho de la falsa de pago...*”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> CSJN, “Varios Puesteros próximos al Mercado del Centro c/ Empresario del mismo Mercado”, sentencia del 8 de Noviembre de 1866, que confirma por sus fundamentos la sentencia del Juez de Sección Don Alejandro Heredia, de fecha 3 de Septiembre de 1866. Fallos, 3:468.-

<sup>14</sup> CSJN, in re: “Antonio Santa María c/ Albertano Quiroga, por cobro de pesos y daños y perjuicios”, 1895, Fallos: 59: 244.-

Casi inmediatamente, la Corte Suprema establecerá que: “...*El Congreso tiene, por el inciso 16, artículo 67 de la Constitución, la facultad de eximir a una empresa de ferrocarril de todo impuesto, tanto nacional como provincial, por un tiempo determinado; y, por consiguiente, la provincia que, en contra de esa concesión, haya cobrado impuestos a la empresa, está en la obligación de restituir su importe (art. 31 y 67, inc. 28, de la Constitución Nacional). Si para fines de gobierno, de política, de reglamentación del comercio interprovincial, o simplemente como medio de estímulo para promover la construcción de un ferrocarril, el Congreso cree conveniente acordar el privilegio de la exención del pago de impuestos locales, esta disposición es perfectamente constitucional, porque no importará sino el ejercicio de una facultad del congreso, cuyas leyes prevalecen sobre cualquiera disposición contraria de las constituciones ó leyes de provincia. Resolver lo contrario, sería reconocer en los gobiernos de provincia la facultad de anular ó entorpecer los efectos de la legislación del Congreso, en cuanto ella se dirigiese a los objetos previstos en el inc. 16, art. 67. Las provincias, haciendo uso de la facultad de imponer, podrían llegar con sus contribuciones a hacer imposible la realización de las concesiones y privilegios que el Congreso acordase, destruyendo así uno de los más primordiales propósitos del pueblo argentino, al limitar en aquellos ciertas prerrogativas autónomas que pertenecen a los estados en las confederaciones ó federaciones puras, pero que en la unión argentina han sido dados a la nación por prescripción expresa de la Constitución...*”<sup>15</sup>

A su vez, en la causa: “*Ferro Carril Central Argentino c. Municipalidad del Rosario, por devolución de impuestos*”, con sentencia del 31 de marzo de 1906, se debatió si el ferrocarril estaba o no exento del pago de impuestos municipales y con ello la amplitud de la exoneración de impuestos de la ley nacional.

En un fallo posterior, pero sustancialmente idéntico, la Corte confirmará lo resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, la

---

<sup>15</sup> CSJN, in re: “*Ferrocarril Central Argentino c/ Provincia de Santa Fe*”, 1897, Fallos: 68: 227. Doctrina reiterada en: CSJN, in re: “*Ferrocarril Central Argentino c/ Municipalidad de Villa María*”, 1901, Fallos: 90: 289.



que había vuelto sobre los mismos argumentos, aunque con un tanto más de claridad.

Y se resolverá así, constitucionalmente, la cuestión de las facultades concurrentes entre Nación y Provincias, y la de los poderes implícitos, como base de la argumentación respecto al vacío legislativo sobre el alcance de las desgravaciones impositivas otorgadas en las concesiones.

Pero avanzará, asimismo, sobre la razón que anima la existencia de la cláusula.

El tribunal dirá: “...*Que... hay un orden de poderes y facultades concurrentes que la constitución ha atribuido al gobierno nacional así como a los gobiernos locales, facultades que ejercitadas por el primero no pueden ser desconocidas, ni obstaculizadas por los segundos en ninguna forma (art. 31 Const. Nac.). A esta especie de atribuciones pertenecen las consignadas en el inc. 16 del art. 67 por el que se acuerda al congreso proveer lo conducente a la prosperidad del país y al adelanto y bienestar de las provincias, promoviendo a ese efecto la industria, la inmigración, la construcción de canales navegables y ferro carriles, la introducción de capitales extranjeros etc, por leyes protectoras de esos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo; sin perjuicio de que las Provincias en su esfera puedan impulsar su progreso local por idénticos medios (art. 107 Const. Nac.). Que la facultad del congreso para otorgar privilegios temporarios por los motivos y a los fines indicados en el inc. 16 del art. 67 de la constitución, no tiene otro límite como lo ha establecido la Corte en un caso idéntico al actual, que el de la temporalidad del privilegio, no solo porque su espíritu no ha podido ser otro, dada la naturaleza de la atribución acordada, que no podría ejercitarse debidamente si al mismo tiempo no se le hubieren concedido al poder central amplia libertad en la elección de los medios para hacerle efectiva*”<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Causa: “Ferrocarril Central Argentino contra la Municipalidad del Rosario, sobre inconstitucionalidad del impuesto y devolución de dinero”. Sentencia de la Cámara Federal de Apelación, Paraná, 4 de abril de 1905. Confirmado por la CSJN in re: “Ferrocarril Central Argentino c/ Municipalidad del Rosario”, 1906, Fallos: 104: 73.

Hasta aquí, lo que había sido tratado en el caso anterior. Lo que sigue avanzará en la inteligencia de la cláusula constitucional, en su basamento filosófico político. Expresará la citada Cámara de Apelaciones: *“...Cuando se dictó nuestra Carta Fundamental la falta de población y de comunicaciones rápidas y seguras entre las provincias, obstruían el progreso de la República y constituían una amenaza permanente para su existencia misma, de aquí que los constituyentes convencidos de que las provincias por sí solas no estaban en condiciones de remover estas causas de atraso y perturbación y proveyendo a los medios de poner en práctica los altos propósitos consignados en el preámbulo de la constitución dejaron de lado exclusivismos doctrinarios y modelos inadaptables a nuestro país en aquel momento histórico y confiaron al Congreso el encargo contenido en la cláusula constitucional que estudiamos, invistiéndolo en consecuencia de los poderes necesarios para cumplir ese mandato en toda su amplitud, aún a despecho de los propios gobiernos locales, sin otras restricciones que las consignadas en la misma Constitución...”*.

La Corte, finalmente, confirmaría la sentencia de Cámara por sus fundamentos.

Otro precedente judicial de singular importancia para la cuestión en tratamiento, data del año 1906, y fue dictado, por el juez de primera instancia Marcelino Escalada, en la causa: *“Compañía General de ferrocarriles de la pcia. de Bs. As. contra doña Gregoria M. Busto de Silva, sobre expropiación”*. El mismo será luego confirmado por la Corte Suprema. En esa sentencia se verán explicitados todos los argumentos que justificaban la cláusula de prosperidad durante esta etapa del “progreso y de la consolidación nacional”, llevada adelante resueltamente a partir de los gobiernos de la llamada generación del ‘80.

Luego de argumentar sobre la obligatoriedad que para el órgano legislativo nacional implica dicha cláusula, ingresará en el análisis del artículo y su originalidad: *“...En la Constitución Norteamericana, no existe una prescripción análoga a la que consigna el inc. 16 del art. 67 const- nac. Por esta disposición el Congreso **tiene el deber**, de proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto... promoviendo... por*

*leyes protectoras... La Constitución al imponer este deber al Congreso y al acordar la facultad de hacer concesiones y acordar recompensas, no ha establecido más limitación que la de que ellas sean temporales; Pero nada ha dicho respecto de la naturaleza o del carácter de esas concesiones...*<sup>17</sup>

Lo facultativo, para el Congreso, será otorgar concesiones o recompensas de estímulo. Esto puede o no hacerlo. Puede arbitrar también otros medios para avanzar en sus cometidos.

Pero lo que no puede declinar es el deber de “proveer lo conducente a la prosperidad del país”.

Esto constituye un imperativo que proviene de la idea de un Estado garante de las condiciones de desarrollo nacional. Un Estado que no puede desentenderse de los fines públicos que se le imponen constitucionalmente.

En función de lo cual: “...*Si se estudian los términos del inc. 16 del artículo 67, se verá que la Constitución encarga al gobierno general proveer todo lo concerniente ‘al adelanto y bienestar de todas las provincias’. Ese encargo está dado a la Nación, porque nuestros constituyentes comprendieron que tratándose de un país con tan vasta extensión territorial, los elementos aislados de cada provincia, no podrían bastar al desarrollo de sus propias riquezas, y quisieron que fuera la Nación la que, por medio de estímulos a la industria, a la inmigración, a la construcción de ferrocarriles y canales, a la introducción de capitales extranjeros, etc, etc, formulase el desarrollo de la riqueza y del progreso de todas las provincias, sin perjuicio de las facultades concurrentes que a ella reconoce el artículo 107 de la Constitución... En la Constitución de los Estados Unidos no existe una cláusula igual a nuestro inc. 16...*”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Causa: “Compañía General de ferrocarriles de la pcia. de Bs. As. contra doña Gregoria M. Busto de Silva, sobre expropiación”, ya citada. Doctrina reiterada en CSJN, in re: “Municip. de La Banda c/ F. C. Central Argentino. Ferrocarril del Sud c/ Municip. de Juárez. F. C. Central Córdoba c/ Cia. Santafesina de Inmuebles y Construcciones”, 1939, Fallos: 183: 181.

<sup>18</sup> Causa: “Compañía General de ferrocarriles de la pcia. de Bs. As. contra doña Gregoria M. Busto de Silva, sobre expropiación”, ya citada.

### **3. 1. 1. Concesión de servicio público y jurisdicción federal**

La cuestión de la jurisdicción federal, tendría importancia, tanto en las causas en las que se discutía la responsabilidad del prestador por “falta de servicio”, como en aquellas en las que se ponían en tela de juicio sus “privilegios” (especialmente las exenciones impositivas que el Estado nacional les otorgó a los concesionarios, que incluían impuestos provinciales y municipales).

### **3. 1. 2. Límites constitucionales al modelo prestacional. La concesión de servicio público frente a las prerrogativas estatales y los derechos de los usuarios del servicio**

Hemos ya recordado cómo la técnica concesional, en materia de servicios públicos, se afirmó en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional en el período 1853-1910.<sup>19</sup>

Con posterioridad, y entre las décadas de 1920 y 1940, se observa una clara evolución hacia el establecimiento de límites constitucionales al sistema concesional.

En efecto, tendremos en este período, inmediatamente anterior al próximo fenómeno de nacionalización de las empresas prestatarias de los servicios públicos nacionales, un conjunto de sentencias de la Corte

---

<sup>19</sup> Especialmente, a través de los casos: “Varios Puesteros próximos al Mercado del Centro c/Empresario del mismo Mercado”, fallo de la Corte Suprema nacional de fecha 8 de Noviembre de 1866, que confirma por sus fundamentos la sentencia del Juez de Sección Don Alejandro Heredia, de fecha 3 de Septiembre de 1866; “Ferro Carril Central Argentino c. Municipalidad del Rosario, por devolución de impuestos”, sentencia de la Corte Suprema nacional de fecha 31 de marzo de 1906; “Ferrocarril Central Argentino contra la Municipalidad del Rosario, sobre inconstitucionalidad del impuesto y devolución de dinero”. Sentencia de la Cámara Federal de Apelación, Paraná, 4 de abril de 1905, confirmada por la Corte Suprema nacional; “Compañía General de ferrocarriles de la pcia. de Bs. As. contra doña Gregoria M. Busto de Silva, sobre expropiación”, del año 1906.

Suprema nacional altamente significativas cuya doctrina, por lo demás, será mantenida por el máximo tribunal nacional hasta nuestros días.

### 3. 1. 3. “Delegación” de funciones estatales. Concesiones y licencias

Para esta época, en primer lugar, se tiene claro que, a los efectos de las delegaciones de funciones administrativas, las concesiones y licencias guardan estricta identidad y naturaleza, al señalarse que: “...*En derecho administrativo no se conocen las ‘concesiones’ o las ‘licencias’ sobre propiedades sometidas al derecho común, como sería el caso de la tierra pública, cuando leyes generales y permanentes han autorizado su enajenación poniéndolas dentro del comercio. Las ‘licencias’ y las ‘concesiones’ sólo se conciben respecto de los bienes del dominio público del Estado...*”<sup>20</sup>

En 1928, la Corte Suprema reafirmará su doctrina al señalar con toda claridad que: “...*Los ferrocarriles particulares no son equiparables al dominio y negocio privados; hacen y funcionan en virtud de la concesión que no es un contrato del derecho común entre partes iguales, sino que es el acto legislativo en virtud del cual el Estado hace delegación en una empresa para la debida realización del servicio público de transporte ferroviario dentro de los límites prefijados, determinándose las condiciones de tiempo, forma y elementos de la construcción y explotación, privilegios y excepciones otorgadas a la empresa, derechos y ventajas reservadas por el Estado para sí o para determinadas manifestaciones de la vida nacional...*”<sup>21</sup>

A su vez, en el fallo dictado en la causa: “Gutierrez Gregorio vs. Compañía Hispano Americana de Electricidad”, sentencia del 25 de agosto de 1930, se estableció que: “...*la forma de la concesión como medio de realizar los servicios públicos en concurso con el capital privado se encuentra especialmente autorizada por el inciso 16 del art. 67 de la*

---

<sup>20</sup> CSJN, in re: “Modarelli, José V. c/ Provincia de Buenos Aires”, 1925, Fallos: 143: 90.

<sup>21</sup> CSJN, in re: “Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros Ferroviarios c/ Ferrocarril Central Argentino”, 1928, Fallos: 152: 385.

*Constitución Nacional, cuya última parte autoriza al Congreso a llenar los fines de prosperidad, adelanto y bienestar público por concesiones temporales de privilegios (...) las concesiones se hacen en interés del público y es por eso que ellas establecen condiciones uniformes que el concesionario no puede modificar porque representan para él una obligación contraída con la autoridad pública en cuya delegación actúa. Inversamente los particulares que contratan con la empresa concesionaria carecen del derecho de discutir las condiciones de la oferta, pues los términos en que se le presenta son definitivos y obligatorios mientras no sean modificados por las mismas autoridades que concurrieron a su determinación, sea usando por ello de facultades reservadas en la concesión o por acuerdo con el concesionario o de otro modo legítimo...*<sup>22</sup>

Finalmente, y aún antes de que comenzara la década de 1940, la Corte Suprema establecerá que: *“...la concesión es un acto jurídico de derecho público que tiene por fin esencial organizar un servicio de utilidad general. Su rasgo característico consiste en delegar en un concesionario aquella parte de la autoridad del Estado o de sus cuerpos administrativos, reputada indispensable para hacer efectivo dentro de ciertas*

---

<sup>22</sup> CSJN, Fallos: 158: 268. El mismo año, la Corte Suprema señala que: *“...La Municipalidad de la Capital se encuentra autorizada por su ley orgánica para proveer al establecimiento de aguas corrientes, usinas y servicios análogos, ya sea por cuenta del distrito o por empresas particulares, mediante las concesiones correspondientes. Tales concesiones se hacen en interés general del público, y es por eso que ellas establecen condiciones uniformes que el concesionario no puede modificar porque representan para él una obligación contraída con la autoridad pública en cuya delegación actúa y los particulares que contratan con la empresa concesionaria carecen del derecho de discutir las condiciones de la oferta, pues los términos en que se le presenta son definitivos y obligatorios mientras no sean modificados por las mismas autoridades que concurrieron a su determinación...”* conf. CSJN, in re: “Gutiérrez, Gregorio c/ Cía. Hispano Americana de Electricidad”, 1930, Fallos: 158: 268. Por su parte, en la causa “Cía. de Electricidad de la Prov. de Bs. Aires v. Municip. de Azul”, la Corte Suprema sostendrá que: *“...tratándose en el caso de la explotación de un servicio público, esta Corte tiene declarado al respecto que la Constitución Nacional en su artículo 14 no ha podido referirse a derechos que están fuera de las esfera propia de la ley común, porque requieren para su ejercicio el uso en cierto sentido exclusivo de bienes públicos y que en tales condiciones (...) los privilegios o monopolios no menoscaban los derechos civiles que reglamentan los códigos, ni traban las ocupaciones ordinarias y necesarias de la vida, y finalmente que la conducción de luz por conductos colocados en las calles de una ciudad no es un negocio de carácter ordinario, sino público que interesa a los bienes, comodidad y seguridad de todos...”*, CSJN, sentencia del 28 de noviembre de 1932; Fallos: 166: 417.

*bases establecidas por la misma concesión o por los principios del derecho administrativo, la remuneración de los capitales en la obra pública. Por ello se crean derechos y deberes a cargo y en favor del concesionario...*<sup>23</sup>

### **3. 1. 4. Concesión de servicio público y responsabilidad**

Hemos ya visto el desarrollo pretoriano sobre esta manera, el cual muestra una notable originalidad en la construcción de las bases legales para sostener la responsabilidad extracontractual por los prestadores de servicios públicos. Allí remitimos.

### **3. 1. 5. Concesión de servicio público y tarifas**

La cuestión tarifaria implica discusiones que limitan el alcance de los contratos de concesión, bajo un doble orden de razones: a) las prerrogativas estatales del Estado concedente; b) la protección de los usuarios.<sup>24</sup>

### **3. 1. 6. Prerrogativas del Estado concedente**

Desde el punto de vista las prerrogativas estatales, y en lo que respecta concretamente a la técnica concesional, la Corte Suprema establecerá en la causa “Gómez, Juan B. vs. Empresa del F.C.C. Córdoba”, sentencia del 31 de mayo de 1926, que: *“...La absoluta libertad de contratar y de fijar el precio de las cosas o de los servicios, existe solamente cuando la propiedad o la actividad personal se hallan dedicados a objetos puramente privados.*

---

<sup>23</sup> CSJN, in re: “Empresa del Ferrocarril del Sud contra la Nación sobre ilegalidad e inconstitucionalidad de un decreto del P.E. e indemnización de daños y perjuicios”, sentencia del 1 de marzo de 1939.

<sup>24</sup> Sobre la naturaleza contractual o reglamentaria de las tarifas y los vaivenes que, en su apreciación, tuvo la Corte Suprema nacional, ver: Sacristán, Estela B., “Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2007, pág. 65 y sig. Asimismo: Grecco, Carlos M., “Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario. A propósito de la privatización ENTel”, en Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos M., “Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 401 y sig.

*Cuando lo son a usos públicos, especialmente si se explota alguna concesión, privilegio o monopolio concedido por el Estado, como ocurre, precisamente, en el caso de que se trata en esta litis, el propietario o concesionario se encuentra sometido por el carácter de la dedicación de su actividad y por la naturaleza misma del favor que le ha sido otorgada, a un contralor especial de parte de la autoridad administrativa, contralor que comprende también el punto relativo al precio o tarifa compensatoria del servicio que está encargada de prestar. Y ello se justifica tanto por el hecho de la autorización acordada para ejercer funciones que en principio correspondan al Estado o dependen de una concesión del mismo, cuando porque importando el privilegio acordado un monopolio real o virtual, la absoluta libertad de contratar o de fijar los precios sometería al público que no puede prescindir de tales servicios a la opresión económica de los concesionarios...”<sup>25</sup>*

Y en la causa “Andrés Schill vs. Compañía Telefónica del Río de La Plata”, sentencia del 4 de agosto de 1939, que: “...las concesiones se hacen en interés público y es por eso que ellas establecen condiciones uniformes, semejantes a las que corresponden a las tasas del derecho público, condiciones que el concesionario no puede modificar porque presentan para él una obligación contraída con la autoridad pública en cuya delegación actúa. La absoluta libertad de contratar y de fijar el precio a las cosas y a los servicios, existe solo cuando la propiedad o la actividad personal se hallan dedicados a objetos puramente privados. Cuando lo son a usos públicos, especialmente si se explota alguna concesión, privilegio o monopolio concedido por el Estado, el propietario o concesionario se encuentra sometido por el carácter de su actividad y por la naturaleza del favor que le ha sido otorgado, a un contralor especial por parte de la autoridad administrativa, contralor que comprende también el punto relativo al precio o tarifa compensatoria del servicio que tiene el encargo de prestar (...) este contralor permanente en el servicio y en las tarifas se justifica tanto por el hecho de la autorización acordada para ejercer funciones que en principio corresponden al Estado o dependen de una concesión del mismo; cuanto porque importando el privilegio un monopolio real o virtual,

---

<sup>25</sup> CSJN, Fallos: 146: 207.



*la absoluta libertad de contratar o de fijar los precios o de clasificar los servicios para escapar al contralor, sometería al público que no puede prescindir de tales servicios a la operación económica de los concesionarios...*<sup>26</sup>

Como, asimismo, y en relación directa con la cuestión tarifaria, la Corte Suprema –en la causa “Ventafridda, Víctor c. Compañía Unión Telefónica del Río de la Plata”, sentencia del 04/08/1939-, luego de recordar la doctrina de sentada en la ya citada causa “Gutierrez Gregorio vs. Compañía Hispano Americana de Electricidad”, estableció que: “...si pues, toda concesión para el ejercicio de un servicio público lleva implícita la condición de que sus precios o tarifas se hallen sometidos al contralor de la autoridad administrativa, es evidente, que cuando un concesionario, como en el caso de autos, reclama de los particulares el pago de sumas de dinero como compensación de servicios prestados con motivo del privilegio que ejercita y no tiene ni tarifa aprobada sobre el particular ni autorización general para celebrar contratos especiales acerca de aquellos servicios, se coloca fuera del espíritu y de la letra de su concesión y ningún derecho tiene contra los usuarios (...) en materia de concesiones ellas están subordinadas, como se ha dicho, al derecho público ante el cual deben ceder. La regla de derecho civil según la cual los contratos privados forman para sus otorgantes una ley a la cual están sometidos como a la ley misma, no funciona cuando una de las partes ha procedido violando otras leyes de carácter administrativo que la obligaban a solicitar previamente la autorización para prestar el servicio y obtener a la vez la fijación del valor. Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor para el caso de contravención, art. 18 del Cód. Civil...”<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> CSJN, Fallos: 184: 280.-

<sup>27</sup> CSJN, Fallos: 184: 306. En la causa “Ferrocarril del Sud c/ Nación Argentina”, la Corte Suprema sostendrá que: “...Es un derecho implícitamente reservado por la Nación al otorgar concesiones a empresas particulares con el fin de construir y explotar servicios públicos telegráficos en el territorio de la Nación, el de explotar ella misma ese servicio en cualquier punto del territorio, aun en aquellos donde funcionen concesiones; pero no lo es el de adoptar disposiciones que restrinjan o cancelen estas últimas...”, CSJN, 1939, Fallos: 183: 116. Como, asimismo, señaló que: “...Si bien el Estado puede imponer al concesionario de servicios públicos gastos y erogaciones que, sin revestir el carácter de impuestos o tasas, sean como la condición misma para que se realice con eficacia el servicio concedido, no debe olvidarse que aquéllos deben referirse directamente al servicio en los términos del contrato y de las facultades inherentes al poder de policía, que no deben gravitar excesivamente sobre

### 3. 1. 7. Protección de los usuarios

La protección jurídica de los usuarios del servicio público será, sin duda y en función de las fluctuaciones que sobre la naturaleza de la concesión (como contrato administrativo o civil) se sembraron durante las primeras décadas del siglo XX, el flanco más débil del modelo concesional.

Sin perjuicio de ello, se establecerán varias cuestiones particulares que son dignas de mención.

En efecto, y a las ya tratadas cuestiones tarifarias, la Corte Suprema sumará, en concreto, el criterio de los contratos de “adhesión”.

#### 3. 1. 7. 1. Concesiones de servicio público y relaciones con los usuarios: los contratos de “adhesión”

La Corte Suprema nacional, dictará sentencia en la causa “Fosca Herminio F. vs. C.H.A.D.E.”, en fecha 26 de septiembre de 1938, en la cual sostendrá que: “...la Corte ha declarado reiteradamente el carácter de adhesión del contrato que el consumidor de electricidad celebra con la compañía concesionaria, respecto de la concesión misma otorgada por la Municipalidad (casos: Yantorno y Gutiérrez, registrados en los tomos 155, pág. 410 y 158, pág. 268)...”<sup>28</sup>

Criterios jurisprudenciales que se consolidarán y mantendrán, durante la efímera vigencia de la Constitución nacional de 1949, y luego de su derogación.

---

*el equilibrio económico del concesionario, y que tal facultad queda restringida cuando el concedente ha reconocido al concesionario el privilegio de no soportar más cargas...”, CSJN in re: “Caja de Jubilaciones de Empleados Ferroviarios c/ F. C. Central Argentino”, 1940, Fallos: 188: 9; y que: “...Las normas de derecho privado sólo son aplicables subsidiariamente a la expropiación de una empresa de servicios públicos, cuyo origen, funcionamiento y desafectación se regulan por las normas del derecho público...” CSJN, in re: “Ottonello Hnos. y Cía., y otros c/ provincia de Tucumán”, 1948, Fallos: 212: 600.*

<sup>28</sup> CSJN, Fallos: 181: 450.

Hacia 1955, la Corte Suprema sostendrá que: *“...en defensa de los intereses de los usuarios, corresponde a la autoridad concedente o encargada del contralor de las tarifas, en ejercicio del poder de policía, decidir tanto sobre los ingresos del concesionario como sobre la organización y funcionamiento del servicio...”*<sup>29</sup>

Como, asimismo, que: *“...En todo régimen de prestación de servicios públicos por medio de concesionarios, las tarifas son fijadas o aprobadas por el poder público, conforme a lo que disponen la ley o el contrato. Ello es una atribución y no una mera facultad del Estado, ya que la justa retribución del patrimonio aportado por el concesionario tiene su única fuente en las tarifas. Si por motivos políticos o de otra índole, el gobierno mantiene tarifas inferiores al costo del servicio, debe indemnizar...”*<sup>30</sup>

### **3. 1. 8. Concesión de servicio público y régimen de los bienes afectados al servicio**

Tendría, también, tal como vimos, recepción jurisprudencial la cuestión del régimen jurídico de los bienes afectados al servicio público y su específica relación con la técnica concesional.

### **3. 1. 9. Concesión de servicio público y derechos de los concesionarios**

Por su parte, resulta destacable el reconocimiento y la afirmación de los derechos de propiedad nacidos al amparo de contratos de concesión.

La Corte Suprema nacional, hacia 1925, declarará que: *“...Las palabras ‘libertad’ y ‘propiedad’, comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio; y la segunda, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la*

---

<sup>29</sup> CSJN, in re: “Cía. de Electricidad del Sud Argentino S.A. c/ Municipalidad de San Andrés de Giles”, Fallos: 231: 311.

<sup>30</sup> CSJN, in re: “Compañía de Tranvías Anglo Argentina c/ Nación”, 1965, Fallos: 262: 555.

*Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad; por lo que los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien público (derecho a una sepultura), o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, luz eléctrica, explotación de canales, etc., etc.) se encuentran tan protegidas por las garantías constitucionales consagradas por los artículos 14 y 17 de la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio...*<sup>31</sup>

Sin embargo, debe tenerse presente que el caso “Bourdieu” no trata sobre una concesión de servicio público sino de uso del dominio público (concesión de una sepultura en el cementerio municipal).

En función de ello, su extensión a las concesiones de servicio público se dará posteriormente, pero sobre la base de la consolidación de un régimen jurídico que se funda, en ambos supuestos, en: a) la unicidad del régimen concesional (concesiones de uso del dominio público y de servicio público); b) su fundamento en el art. 67, inc. 16; c) su condición de “privilegio”; d) su carácter contractual y de derecho público; e) la protección constitucional de los derechos contractuales emergentes de las concesiones sobre la base de la interpretación que la Corte Suprema había ya efectuado, tanto del alcance del derecho de propiedad como del principio de irretroactividad de las leyes.

El fallo de la Corte Suprema, por su parte, encuentra fundamento doctrinario en *Cooley* y la jurisprudencia federal norteamericana (en lo relativo a la garantía de la propiedad y los contratos), y en *Mayer*, en lo referente a las técnicas de uso indirecto del dominio público.

Y, en la propia jurisprudencia de la Corte Suprema desarrollada en las causas: “*Mango c/Traba*” y en *Horta c/Harguindeguy*”, Fallos: 137:47, de 1922.

Posteriormente, esta doctrina será extendida de manera explícita a las concesiones de servicio público a partir de la sentencia dictada

---

<sup>31</sup> CSJN, in re: “*Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital*”, 1925, Fallos: 145: 307.-

en la causa: “Gutierrez Gregorio vs. Compañía Hispano Americana de Electricidad”, sentencia del 25 de agosto de 1930.<sup>32</sup>

Por otra parte, la Corte Suprema desarrollará una constante jurisprudencia en torno a la protección del derecho del concesionario a la correspondiente indemnización en los casos en que, para asegurar la continuidad del servicio público, el Estado deba tomar sus bienes.

Así, se señalará que: “...*La declaración de caducidad no autoriza por sí sola la ocupación, por parte de la autoridad concedente, de los bienes del concesionario afectados a la prestación del servicio que constituye el objeto de la concesión, pues aquéllos están protegidos por el principio de la inviolabilidad de la propiedad que sólo cede, en principio, ante la expropiación formalmente declarada y previa indemnización...*”<sup>33</sup>

Como, asimismo que: “...*La actitud seriamente reprochable de una municipalidad que no obstante el vencimiento del plazo de la concesión otorgada a una empresa de transportes ocurrido diez años antes, demora la solución definitiva de la cuestión, habiendo la empresa continuado la prestación del servicio hasta que decidió cesar en razón de las elevadas pérdidas que ello y los nuevos gravámenes creados le producían lo que motivó la resolución del comisionado municipal que, para evitar la interrupción del servicio público, dispuso incautarse de los bienes de la empresa, no obstante a que atentas las exigencias del servicio público, y sin perjuicio del derecho del concesionario sobre los bienes de su propiedad afectados por aquélla se rechace el interdicto de despojo deducido por la empresa concesionaria...*”<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> CSJN, Fallos: 158: 268.

<sup>33</sup> CSJN, in re: “Compañía de Electricidad de Corrientes c/ Provincia de Corrientes”, 1945, Fallos: 201: 432.-

<sup>34</sup> Voto del juez Tomás D. Casares, CSJN, in re: “Tranvías Eléctricos S.A. y Balneario de Quilmes c/ Municipalidad de Quilmes”, 1946, Fallos: 204: 496. A lo cual, posteriormente, se agregará que: “...*Tratándose de determinar el valor de los bienes de una empresa concesionaria de un servicio público cuando, vigente la concesión o dispuesta su caducidad por incumplimiento, el Estado los expropia para reasumir el ejercicio de la autoridad delegada y cumplir con la finalidad correlativa, no cabe referirse al que tengan en el “mercado” los de igual naturaleza, pues éstos no están en el mercado; lo cual sólo significa que la afectación somete a estos bienes a un criterio distinto de valor. El justo precio que el Estado debe pagar cuando expropia bienes que pertenecían al concesionario de un servicio público, para seguir prestando este último, debe fijarse habida cuenta de la propiedad que está en tela de juicio con el criterio*”

### 3. 1. 10. Concesión de servicio público y rescate

La cuestión del rescate del servicio por parte del Estado, generará controversias hacia mediados de la década de 1940 y principios de 1950.

En relación con ello, la Corte Suprema nacional señalará que: *“...el art. 40 de la Constitución Nacional (...) procura la transferencia al Estado de los servicios públicos que se hallaren en poder de particulares, conforme al principio que consagra esa misma cláusula o sea que los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado. La intervención del Estado en la fiscalización integral del servicio prestado a la comunidad mediante concesión, y en definitiva su recuperación por el mismo Estado, sea por caducidad, rescate o mero vencimiento del término fijado a la concesión, como modalidad inherente a ésta, y susceptible de acaecer en un momento dado por remoto que pudiera parecer, ha constituido siempre una característica notoria de estas formas de explotación cuya ignorancia o desconocimiento se torna inadmisibles, especialmente para aquellos que de cualquier manera concurren a la prestación de un servicio público (...) La naturaleza jurídica del servicio público, su objeto, sus fines y los intereses colectivos que debe atender en forma regular y continua, guardan íntima vinculación con todo cuanto concierne al mismo, mediata o inmediatamente...”*<sup>35</sup>

---

*del costo de origen, porque tan injustificado es atribuir al patrimonio del concesionario una valoración que no pudo entrar en el cálculo económico de la empresa, como, en el supuesto inverso, hacerle soportar una desvalorización de la que no se pudo poner a cubierto, porque no tenía la libre disposición de los bienes desmedrados. Ello supone la existencia de una concesión y sólo vale para el tiempo de la misma. Vencido el plazo cesa la afectación y salvo que en el acto por el cual se otorgó la concesión se disponga otra cosa, los bienes de la empresa vuelven al mercado. Otra es la situación cuando se ha producido la caducidad de la concesión por incumplimiento de las obligaciones respectivas. En este caso, la caducidad no puede traer consigo la liberación de bienes con los que hay que seguir atendiendo debidamente la necesidad pública que el concesionario desatendió...”*, CSJN, in re: “Prov. de Tucumán c/ La Eléctrica del Norte S.A. (hoy Tranvías Eléctricos de Tucumán S.A.) y La Hidroeléctrica de Tucumán”, 1952, Fallos: 224: 706.-

<sup>35</sup> CSJN, in re: “Ipucha Martín y otros c/ Cía. Aguas Corrientes de la Prov. de Bs. As. (en liquidación) s/ despido”, sentencia del 27 de diciembre de 1951. El mismo año, en la causa “Cía. de Electricidad de Tandil “Usina Popular”, S.A. c/ Dir. Gral. Imp. Réditos”, se dirá que: *“... Toda concesión nace de un atributo de la soberanía por cuanto debe necesariamente referirse a bienes sometidos al dominio público y, como el concesionario va a ejercitar -en determinada medida- la autoridad del Estado o los órganos del gobierno, no es posible consentir que los*

## 4. El alcance de la concesión de servicio público.

El cúmulo de estos criterios, conceptualizaciones y, en definitiva, alcances jurídicos de la técnica concesional en nuestro régimen constitucional y legal, serán plenamente mantenidos por la Corte Suprema nacional a lo largo del tiempo; llegando, en lo sustancial, incólumes, hasta nuestros días.<sup>36</sup>

---

*servicios públicos se consideren enajenados o renunciados a favor de quien esté prestándolos sin una clara y expresa voluntad de otorgar la concesión por parte de la autoridad, dado que se trata de un acto de imperio que exige determinadas formas para ser tal...*” CSJN, Fallos: 220: 409. Como, asimismo, que: “...La Administración General de Obras Sanitarias de la Nación es la institución mediante la cual el Gobierno central realiza en el interior del país la instalación y prestación del servicio público de obras sanitarias en cumplimiento de las leyes del Congreso y con la conformidad de las respectivas provincias, hasta el reintegro del costo de las obras y su definitiva entrega a la administración local en la forma establecida. Ello comporta el ejercicio de los poderes conferidos al Congreso Nacional con el objeto de proveer lo conducente al adelanto y bienestar de las provincias, conclusión a la cual no es óbice, ni el requisito del acuerdo o acogimiento previo de las autoridades provinciales, ni el precepto constitucional que confía a los gobiernos locales la realización de los trabajos de utilidad común y de progreso y bienestar general...”, CSJN, in re: “Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c/ Prov. de Sgo. del Estero”, 1952, Fallos: 224: 267.

<sup>36</sup> En este sentido, ver, entre la vasta jurisprudencia que podría citarse: Fallos: 188:247; 183:429; 189:272; 304:1186; 305:1847; 316:2892; 320:1304; CSJN, in re: “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato”, sentencia del 30/06/1998; CSJN, in re: “Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN) s/ amparo - ley 16986”, sentencia del 07/12/1999; CSJN, “EMPRESA DISTRIBUIDORA SUR S.A. (EDESUR SA.) C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE S/ ACCION DECLARATIVA”, sentencia del 26/10/1999; CSJN, in re: “Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (LITSA) c/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa”, sentencia del 18/11/1999; CSJN; in re: “Buenos Aires, Provincia de c/ Edenor S.A. s/ remoción de electroductos”, sentencia del 23/10/2007; CSJN, in re: “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, sentencia del 22/04/2008; CSJN, in re: “Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros”, sentencia del 09/03/2010; Fallos: 333: 203; CSJN, in re: “Cia. Gal de Gas S.A. c/ ENARGAS y otros s/demanda ordinaria”, sentencia del 23/08/2011, Fallos: 334: 941; CSJN, in re: “Edesal S.A. c/ San Luis, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ nulidad de actos administrativos”, sentencia del 29/11/2011.

# El servicio público en la constitución nacional de 1949

## 1. Teoría del Estado, servicios públicos y constitucionalismo social

La evolución de la teoría del Estado, y del propio constitucionalismo, tendrá un momento de inflexión hacia las primeras décadas del siglo XX.

En efecto, hay dos fenómenos que, de manera simultánea, suman sus efectos para confluir en un punto: la justificación de que determinadas actividades económicas debían ser asumidas por el Estado.

Por un lado, se observa que, en cuanto a la intervención estatal directa en la gestión o desarrollo de actividades económicas, las numerosas “excepciones” (a los principios generales que inspiraban las concepciones que se encuentran en la base del constitucionalismo liberal), se amplían considerablemente ya en las primeras décadas del siglo XX.

Proliferación de *excepciones* que reclamaban ya una atención diferenciada por parte de los mismos poderes públicos, a los fines de su gestión.



Y, por otro, la sociedad comienza a presionar a los poderes políticos para conseguir su formalización, su recepción normativa (como forma de ampliación de derechos), a nivel administrativo pero, fundamentalmente, constitucional.

En definitiva, aquello que comenzará a ponerse en foco será el divorcio, en la realidad de la constitución económica de la sociedad, entre “forma” y “materia” constitucional.

Esto es, la notable distancia existente entre los derechos universalmente reconocidos y las posibilidades de su efectivo goce por parte de los sectores desposeídos.

Idea que, ubicándose a la base del sistema, corroerá sus cimientos y permitirá el ingreso al mismo de la voz de las nuevas fuerzas sociales.

Comenzará el cambio, así, de la tradicional composición parlamentaria, dando lugar a las primeras formulaciones de parlamentos pluriclasistas. Y comenzará, a la vez, la tarea de recomposición del equilibrio económico-social perdido, por parte del poder público.

Todo ello se traducirá en una nueva conceptualización del constitucionalismo. En efecto, las revoluciones sociales de comienzos del siglo XX, dejarán su impronta, y conducirán a lo que luego se denominaría la etapa del *constitucionalismo social*.

Este, el constitucionalismo social, incidirá fuertemente tanto en las estructuras formales como materiales de las constituciones vigentes en el mundo occidental.

En efecto, por un lado llevará a la sanción de nuevas constituciones, o a la reforma de las existentes, en el plano formal (paradigmáticos serán los casos de las constituciones de México, de 1917 y de Weimar de 1919); o a la adopción de determinadas categorías hermenéuticas –siempre en clave social- para la interpretación de las constituciones de corte liberal o, mejor, *neutral*, en el aspecto económico.

De lo que se trata, en cualquier caso, es de la revisión de la teoría de los derechos liberal (o de corte individualista) propia del constitucionalismo clásico, a favor de una recategorización de los derechos *-del hombre y del ciudadano-* en función de las asimétricas

condiciones sociales. Se reconocerán así, formalmente, las desigualdades sociales, a efectos de materializar los tradicionales derechos individuales; naciendo de esto, sin embargo, una nueva categoría de derechos, los derechos de segunda generación. O derechos sociales.<sup>1</sup>

Estos incorporarían una serie de disposiciones de tutela de los intereses de la clase trabajadora; y, más en general, de mediación de las desigualdades a través de la acción equilibradora del Estado.

Se pondría en evidencia, en definitiva, la historicidad tanto de la teoría de los derechos del hombre, como de las correlativas funciones (o limitaciones) del Estado.

En palabras de N. Bobbio: *“...[Los derechos] nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que sigue inevitablemente al progreso técnico, esto es al progreso de la capacidad del hombre para dominar la naturaleza y a los otros hombres, crea o nuevas amenazas a la libertad del individuo o bien consiente nuevos remedios a su indignidad: amenazas a las cuales se responde con pedidos de limitación del poder; remedios a los cuales se provee con el pedido al mismo poder de intervenciones protectivas. A las primeras*

---

<sup>1</sup> Fenómeno que conducirá a la afirmación, desde la teoría filosófico-política, de la historicidad de los derechos del hombre. En este sentido expresa Bobbio que: *“...los derechos del hombre, por fundamentales que sea, son derechos históricos, esto es nacidos en ciertas circunstancias, obtenidos en las luchas en defensa de nuevas libertades contra los viejos poderes, gradualmente, no todos de una vez y no de una vez para siempre (...) la libertad religiosa es un efecto de las guerras de religión, las libertades civiles, de las luchas de los parlamentos contra los soberanos absolutos, la libertad política y aquellas sociales, del nacimiento, crecimiento, y madurez del movimiento de los trabajadores asalariados, de los campesinos con poca tierra o desposeídos, de los pobres que exigen a los poderes públicos no solo el reconocimiento de la libertad personal y de las libertades negativas, sino también la protección del trabajo contra la desocupación, y los primeros rudimentos de instrucción contra el analfabetismo...”*; conf. Bobbio, N., *“Letà dei diritti”*, Einaudi, Torino, 1990, pág. XIII y XIV. Derechos sociales que, aunque fugazmente, serían formulados por vez primera en la Constitución jacobina de junio de 1793; *“...en su art. 21 se dice: ‘la asistencia pública es un deber sacro. La sociedad es deudora de la subsistencia de todos los ciudadanos necesitados, sea procurándoles el trabajo, sea asegurando los medios para la existencia de aquellos que no están en condiciones de trabajar (...)’ Los derechos fundamentales sociales deben confirmar el derecho a la asistencia, promover la igualdad, ayudar a garantizar los presupuestos de hecho para el ejercicio de las libertades fundamentales...”*; conf. Eberhard Eichenhofer, *“Costituzione e diritto sociale”*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 1997, pág. 460.-

*corresponden los derechos de libertad o a un no hacer del Estado, a las segundas, los derechos sociales o un hacer positivo del Estado.”<sup>2</sup>*

Todo lo cual conducirá a la teorización de lo que se dio alternativamente en llamar el “Estado social de Derecho”, (o, en sus acepciones más extremas, en el sentido del alcance de la misma idea: “Estado de la procura existencial”, y luego “Welfare State”) y, por ende, a una relectura del principio de subsidiariedad que estamos tratando, en función de la reconfiguración de los límites formales-materiales de actuación de las esferas de lo público y lo privado.<sup>3</sup>

Las funciones del poder público se reconfiguraban, aunque siempre siguiendo o profundizando aquellas líneas de fuga que habían hecho aparición en pleno apogeo del modelo de Estado uniclasista.

---

<sup>2</sup> Idem, op., cit., pág. XV. Historicidad que, a su vez, y tal como lo pone de relieve otro autor, se advierte en la circunstancia de que: “...Es suficiente leer los textos constitucionales para notar que los elencos de derechos de la persona tienden siempre a ser más articulados y minuciosos, diferenciándose de la esencialidad de la Constitución norteamericana y de la Declaración francesa... La conexión entre la conquista de nuevos ordenamientos democráticos y la detallada especificación de los derechos reconocidos como fundamentales inducen a las Cartas constitucionales a subrayar aquellos perfiles de la dignidad y de la libertad de la persona que los precedentes regímenes habían mayormente conculcado... Bien diversa aparece la estructura de las constituciones de los ordenamientos que se caracterizan por su continuidad, las cuales han registrado una evolución progresiva, sin sufrir censuras violentas y autoritarias: en este caso, las partes del texto constitucional reservadas a la disciplina de los derechos fundamentales de la persona tienen comúnmente dimensiones notablemente más reducidas y presentan una estructura más sencilla... La continuidad constitucional ha permitido que determinados valores y principios y principios reconducibles a la persona humana hayan penetrado en profundidad en el tejido social, deviniendo parte integrante de la cultura de aquel país...”, conf. Rolla, Giancarlo, “Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali”, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, diciembre 1997; pág. 425 y 426.-

<sup>3</sup> conf. Carlassare, Lorenza, “Forma di Stato e diritti fondamentali”, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, abril de 1995, pág. 33 y sig. En efecto expresa esta autora que: “Dentro de la incerteza que domina en torno al concepto de forma de Estado, como alrededor del concepto de derechos fundamentales..., la única cosa cierta parece ser la relevancia de los derechos fundamentales para la individuación de la forma de Estado. No se pone en duda, entonces, que la presencia de los derechos mismos consienta cualificar como ‘liberal’, ‘de derecho’ o ‘democrático’ (o ‘social’) un determinado Estado, mientras su ausencia imponga otras y diversas cualificaciones (...) el Estado de derecho democrático no solo perfecciona las estructuras garantísticas y la tutela de los derechos... sino que pretende realizar las condiciones para hacer efectiva la participación política y la fruición de la libertad...”, conf. op., cit., pág. 33, 34 y 36.-

Más concretamente, la gestión -directa o indirecta, a través de concesiones- de determinadas actividades económicas, en especial, de determinados servicios públicos; e intervención en el esquema de libre iniciativa privada, en favor de la protección de ciertos bienes sociales: salud; higiene y condiciones de trabajo; educación; etc.

Para ello, de la justificación a través de regímenes de excepción, o de poderes de emergencia, se pasará a la redefinición misma de los límites de actuación formales de aquel Estado.

En este momento (re) aparecerá explícitamente, la discusión del principio de subsidiariedad, aunque, esta vez, de manos de la doctrina social de la Iglesia Católica.<sup>4</sup>

## 2. Reformulación de la teoría del Estado en el pensamiento liberal. Doctrina del *Welfare State*

Pero la fuerza de los hechos políticos que se producirían en las décadas de 1920/1930, conducirán a los grandes cambios en la modulación de la relación público-privado, que ya adelantáramos y que se consolidarán luego de la segunda guerra mundial.

Entre otras cuestiones trascendentes, el Estado se configura como prestador de *servicios públicos*, y se produce la sanción de las constituciones que establecen sistemas de mercado de economía mixta; es decir, reconocen -primera vez- al poder público de una concreta potestad general de *iniciativa* económica.

Ello, y la sanción -y desarrollo teórico- de las cartas internacionales de derechos humanos, cambiará el panorama del *bloque* de legalidad existente hasta mediados de la década de 1940.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Sobre esto, ver: González Moras, Juan M., “Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad”, op. cit., pág. 65 y sig.

<sup>5</sup> En lo relativo a la afirmación de las relaciones entre *derechos de libertad* y *derechos sociales*, es destacable lo siguiente: “...En el Pacto internacional relativo a los derechos económicos,

En definitiva, se tratará de pensar -nuevamente- el esquema de ordenación social liberal pero no ya a partir de la noción de libertad, sino más bien de la de *igualdad*.

No podía seguir soslayándose a las desigualdades materiales a que conducía intrínsecamente el sistema y que minaban su propia continuidad. Y no podía seguir pensándose, a su vez, toda esta problemática –y la propia intervención de los poderes públicos- en términos estrictamente coyunturales, o de oportunidad.<sup>6</sup>

A partir de estas nociones, se podrá arribar a una conceptualización *substancializadora* del Estado de Derecho –que no pierde su principal característica, esto es su basamento sobre el principio de legalidad-, como Estado social de Derecho. Definición con la cual se intentará integrar las dos concepciones prevalentes del Estado liberal ya desarrolladas.

La doctrina definirá, así, con generalidad, al Estado social de Derecho, como: “...*la forma histórica superior de la función distribuidora que siempre ha sido una de las características esenciales del Estado, pues ahora no se trata solo de distribuir potestades o derechos formales, premios y castigos, ni tampoco crear el marco general de la distribución de los*

---

*sociales y culturales -New York, 16 de diciembre de 1966- la conexión es explícita: el ideal del ser humano libre, ‘libéré de la crainte et de la misère’, no puede realizarse si no creando las condiciones que consientan a todos gozar, del mismo modo, no solo de sus derechos civiles y políticos, sino particularmente de sus derechos económicos, sociales y culturales. Derechos por lo demás ya afirmados sin reservas en la Declaración Universal de los derechos del hombre de 1948 en cuanto ‘indispensables para su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad’ (art. 22).”, conf. Carlassare, Lorenza, “Forma di Stato e diritti fondamentali”, op., cit., pág. 48.-*

<sup>6</sup> Bajo estas líneas argumentales se creará, por ejemplo, entre nosotros, el IAPI. Instrumento de un sistema que profundizó la intervención estatal en la economía, el Instituto Argentino de Promoción del Intercambio (IAPI) fue un ente público argentino creado por el Decreto ley 15.3501, del 28 de mayo de 1946, bajo la órbita del Banco Central, con el fin de centralizar el comercio exterior y transferir recursos entre los diferentes sectores de la economía. Ejerció un doble monopolio: por un lado, fue el único comprador de la producción agrícola local y, por el otro, el único vendedor de la misma. Asimismo, se encargaba de comprar los cereales, carnes y derivados a los productores, para luego exportarlos. Cumplía funciones financieras, asignando fondos a ciertas reparticiones públicas, gobiernos provinciales e incluso al sector privado para la adquisición de bienes de capital. En definitiva, el rol del IAPI era regular de hecho el mercado interno en la medida en que sus decisiones afectaban diversos aspectos del sistema económico, con la finalidad última de establecer límites a las acciones monopólicas privadas y, en lo relativo a la producción de ciertos bienes de consumo masivo, intervenir para mantener el nivel del salario real.

*medios de producción, sino que se trata también de un Estado de prestaciones que asume la responsabilidad de la distribución y re+distribución de bienes y servicios económicos.*<sup>7</sup>

De esta forma se integrarán, en un mismo esquema, los desarrollos de la teoría económica de caracteres marcadamente *mixtos*, en lo que hace puntualmente a la intervención del Estado en la economía; y a los propios de la teoría de los derechos humanos que establecía la necesidad de una cada vez más completa *especificación* de los mismos, en aras de su efectivo goce por parte de *colectivos*, también, cada vez particularizados.

En definitiva, se actualiza la relación entre lo público y lo privado en función del nuevo esquema de derechos sociales que se insertan paulatinamente en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Esto es, en sus respectivos bloques de legalidad; haciendo, por lo tanto, al Estado, el principal responsable de que se construyan y consoliden las condiciones mínimas requeridas para su efectivización.

### **3. Reforma constitucional de 1949. El servicio público en el marco de los derechos sociales. Ratificación de las potestades de intervención del Estado argentino y del servicio público**

La reforma constitucional de 1949 consolidará el *momento* constitucional de este nuevo modelo de Estado.

El servicio público se consolidará como principal forma de intervención estatal en la economía y, al mismo tiempo, se introducirá en la esfera de derechos y garantías de los particulares.

En efecto, si algo faltaba al sistema constitucional de 1853 en materia de servicio público, era el reconocimiento de derechos o garantías específicamente vinculadas con aquel; limitándose, como vimos, a in-

---

<sup>7</sup> García Pelayo, Manuel, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, Alianza Editorial, Madrid, 1989, pág., 35.

tegrarlo conceptualmente con la noción de policía de prosperidad en el esquema de las potestades estatales.

La vinculación directa entre el servicio público y la parte dogmática de la constitución se producirá, por primera vez, con la sanción de la Constitución nacional de 1949.

La reforma constitucional de 1949 introducirá en esta temática algunos cambios significativos.<sup>8</sup>

Ello en tanto, si bien desde el punto de vista del sistema de potestades estatales la principal modificación consistirá en la prohibición de la “delegación” del servicio público o su prestación por particulares, confirmándose, por lo demás, el sistema hasta ese momento vigente de la Constitución de 1853, se producirá, por otro lado, una modificación sustancial del concepto de servicio público por efecto de su incorporación dentro del sistema de derechos y garantías constitucionales.

En la parte dogmática de la nueva constitución, denominada como “Principios Fundamentales”, el Capítulo IV sobre “La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”, incorporará, entre otros, al artículo 40, que dispuso: “...*Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine...*”<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Sobre el esquema regulatorio y prestacional del servicio público en la Constitución nacional de 1949, ver: Villegas Basavilbaso, Benjamín, “Derecho Administrativo”, Tomo III, op., cit., pág. 116 y sig.

<sup>9</sup> Modificándose, correlativamente, de la Cláusula de progreso o prosperidad, anterior fuente constitucional del servicio público, la posibilidad de la concesión de “privilegios” a sujetos particulares en relación con las actividades públicas allí enumeradas. En efecto, el art. 68 inc. 16, prescribió que correspondía al Congreso: “*Proveer lo conducente a la prosperidad del país, a la higiene, moralidad, salud pública y asistencia social, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ciencia, organizando la instrucción general y universitaria; promover la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables y el establecimiento de otros medios de transporte aéreo y terrestre; la colonización de tierras de propiedad nacional y de las provenientes de la extinción de latifundios, procurando el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola en explotación y la creación de nuevos centros poblados con las tierras, aguas y servicios públicos que sean necesarios para asegurar la salud y el bienestar de sus habitantes;*”

La importancia de la modificación que se había producido en el sistema de derechos y garantías constitucionales, es puesta de relieve por Oyhanarte al sostener que: “...las nuevas cuestiones y tensiones creadas por el desarrollo político-social contemporáneo reclaman nuevas ‘limitaciones efectivas’... Cada tramo recorrido en el campo del progreso técnico capitalista origina un nuevo riesgo para la libertad humana y, consecuentemente, exige una técnica defensiva. Frente a semejante comprobación ¿puede aceptarse, lealmente, que las ‘limitaciones efectivas a la acción gubernamental’ incorporadas en 1853 resultan hoy una garantía suficiente de la libertad? Ciertamente, no; no puede aceptarse (...)”, por lo que “...tan defensores de la libertad como el hábeas corpus, o el principio nulla poena sine lege, lo son la expropiación nacionalizadora de los servicios públicos y la planificación democrática... para garantizar la libertad... es necesario adicionar también, aún cuando no se ajusten a los cánones, reglas expresas, inviolables, que digan, verbigracia: el Estado no delegará en particulares la prestación de los servicios públicos, que constituyen sectores-llaves de la economía y del bienestar colectivos, sino que se reservará a la comunidad...”<sup>10</sup>

El servicio público, así, se inscribe como una garantía constitucional, es decir, una técnica para garantizar el goce de los derechos de propiedad y libertad establecidos a favor de los ciudadanos.<sup>11</sup>

---

la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la explotación de ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de franquicias y recompensas de estímulo.” Por otra parte, el servicio público sería formalmente asimilado a los establecimientos de “utilidad nacional”, al establecerse en el inc. 26 del mismo art. 68 como potestad del Congreso la de “Ejercer una legislación exclusiva sobre todo el territorio de la Capital de la Nación y en los demás lugares adquiridos por compra o cesión, en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, aeródromos, almacenes u otros establecimientos de servicios públicos o de utilidad nacional.” Sobre las diferencias entre los conceptos de “privilegios” y “franquicias” en la reforma constitucional de 1949, ver: Ramella, Pablo A., “Derecho Constitucional”, Segunda edición, actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1982, pág. 594 y sig.

<sup>10</sup> Oyhanarte, Julio, op. cit., pág. 8 a 11.

<sup>11</sup> “La Reforma Constitucional instauro la prestación directa, por parte del Estado, de los servicios públicos esenciales; prohíbe, para lo futuro, la enajenación de su propiedad o el otorgamiento de concesiones para su explotación, y manda la conversión progresiva, por compra o por expropiación -cuando la ley lo determine- del régimen de concesiones de los



Algo que, increíblemente, había sido pensado por Alberdi al insertar en su proyecto constitucional las “Garantías públicas de orden y progreso”, pero que, finalmente, no fueron incorporadas por los constituyentes en el texto de la Constitución nacional de 1853.<sup>12</sup>

En relación con ello, asimismo, cabe recordar lo sostenido por el Informe del Despacho de Mayoría de la Comisión Revisora de la Constitución respecto a la estatización o nacionalización de los servicios públicos que el nuevo texto constitucional preconizaba; se sostenía, en ese sentido, que: *“La Reforma Constitucional instauro la prestación directa, por parte del Estado, de los servicios públicos esenciales (...) La prestación de servicios públicos es una de las funciones principales del Estado, garante del bien común, y es propio, en consecuencia, que después de haber experimentado el fracaso del sistema de concesiones a privados debido a que la consideración del provecho individual empujaba a segundo plano la preocupación por el bien general, se reponga en manos del Estado las*

---

*servicios públicos en un régimen de prestación directa y exclusiva del Estado. La prestación de servicios públicos es una de las funciones principales del Estado, garante del bien común, y es propio, en consecuencia, que después de haber experimentado el fracaso del sistema de concesiones a privados debido a que la consideración del provecho individual empujaba a segundo plano la preocupación por el bien general, se reponga en manos del Estado las riquezas y funciones que originariamente le pertenecen. La llamada nacionalización de los servicios públicos y de las riquezas básicas de la colectividad, además de haber sido aconsejada por razones políticas, como la seguridad del Estado, y por consideraciones económicas, como el acrecimiento de la producción de esas riquezas -ya que para hacerlas rendir un máximo la técnica moderna exige una organización colectiva y amplia, sólo posible en manos del Estado-, ha sido movida también por la necesidad de convertirlos en instrumento de la reforma social. Porque la nacionalización o estatización de los servicios públicos -que es lo mismo- al suplantar el espíritu y la organización capitalista de su gestión, permite fijar el precio y la distribución del servicio no en procura del lucro privado, sino sólo por criterios de utilidad social, pues hoy el concepto de servicio público casi se identifica con todas las actividades productoras de bienes requeridos por el conjunto de la población, cada vez más numerosos gracias al progreso de la técnica, que puso a disposición de los hombres bienes antes reservados a pocos, y convertidos en la actualidad en instrumentos ordinarios de la vida civilizada...”* Sampay, Arturo Enrique, “Las constituciones de la Argentina (1810-1972)”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1975. pág. 503 y 504.

<sup>12</sup> Sobre las “Garantías públicas de orden y progreso” ver en particular el proyecto constitucional de Juan B. Alberdi incorporado a sus “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, Edición “La Cultura argentina”, Buenos Aires, 1915, pág. 267 y sig. Para su interpretación, ver: Salomoni, Jorge Luis, “Teoría General de los Servicios Públicos”, op., cit.

*riquezas y funciones que originariamente le pertenecen (...) la nacionalización o estatización de los servicios públicos -que es lo mismo- al suplantar el espíritu y la organización capitalista de su gestión, permite fijar el precio y la distribución del servicio no en procura del lucro privado, sino sólo por criterios de utilidad social, pues hoy el concepto de servicio público casi se identifica con todas las actividades productoras de bienes requeridos por el conjunto de la población, cada vez más numerosos gracias al progreso de la técnica, que puso a disposición de los hombres bienes antes reservados a pocos, y convertidos en la actualidad en instrumentos ordinarios de la vida civilizada...”<sup>13</sup>.*

El servicio público, de esta manera, adquiere el doble carácter de derecho y de garantía.

Desde el punto de vista del sistema de potestades, se mantendrá el régimen originario establecido por la Constitución de 1853, aunque especificando las potestades otorgadas al Congreso nacional a partir de la incorporación del texto del art. 68 inc. 13, por el cual correspondía a aquel: *“Ejercer una legislación exclusiva sobre los servicios públicos de propiedad de la Nación, o explotados por órganos industriales del Estado nacional, o que liguen la Capital Federal o un territorio federal con una provincia, o dos provincias entre sí, o un punto cualquiera del territorio de la Nación con un Estado extranjero.”*

Por su parte, se incorporará el concepto de servicio público entre las atribuciones del Poder Ejecutivo, tanto en su acepción estricta –y correlativa a los arts. 68 incs. 13, 16, 23 y 26- como genérica, en la tradición del derecho patrio que antes hemos desarrollado, vinculándolo a la idea general de servicios prestados a favor de la comunidad o del Estado.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Sampay, Arturo Enrique, “Las constituciones de la Argentina (1810-1972)”, op., cit., Despacho de la Mayoría de la Comisión Revisora de la Constitución en el Debate General, págs., 503 y 504.

<sup>14</sup> En efecto, el art. 83 inc. 21, mantiene la mención al servicio público como sinónimo de función pública, al establecer que: *“...No puede ausentarse del territorio de la Nación, sino con permiso del Congreso. En el receso de éste, sólo podrá hacerlo sin licencia por graves objetos de servicio público.”*

En lo que estrictamente hace al régimen del servicio público, el art. 83 inc. 23 estableció que correspondía al Poder Ejecutivo: “...Proveer lo conducente al ordenamiento y régimen de los servicios públicos a que se refiere el inciso 13 del artículo 68.”

Reconociendo así, expresamente, el rol que el Poder Ejecutivo, hasta ese momento (y luego de la derogación de la Constitución nacional de 1949 hasta nuestros días), sólo ha podido ejercer por delegación del Poder Legislativo.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Delegaciones que se han dado, tanto en normas generales (por ejemplo, en las leyes 23.696 y 25.561) como sectoriales (leyes 17.520, 24.065, 24.076, 26.221, 26.352, entre muchas otras).

# Segundo modelo prestacional: nacionalización y prestación directa de los servicios públicos<sup>1</sup>

## 1. Introducción.

Hacia mediados de la década de 1940, se amplificarán las críticas al modelo prestacional preponderante en nuestro país.<sup>1</sup>

Por aquel entonces, el panorama que puede observarse es el de grandes concesiones de servicio público en etapa de declinación de sus inversiones, fundamentalmente por la inminencia del cumplimiento de sus plazos contractuales.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Puede verse el origen de los problemas legales y económicos que terminarían en las profundas críticas al modelo concesional cristalizadas, por ejemplo, en las obras de Raúl Scalabrini Ortiz “Historia de los ferrocarriles argentinos”, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1995; y Julio Oyhanarte “La expropiación y los servicios públicos”, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1957; entre otras.

<sup>2</sup> Al margen de la cuestión central de los ferrocarriles, generaron gran discusión las concesiones eléctricas. Hacia la década de 1930, el servicio público eléctrico estaba concentrado en tres manos: a) la CHADE, llamada desde 1936 CADE (Compañía Argentina de Electricidad), que controlaba el servicio eléctrico en el Gran Buenos Aires y Rosario; b) ANSEC (una subsidiaria de Electric Bond and Share Co (EBASCO), en el

En este punto, el tema que se instala como el punto que aglutina las más profundas y complejas discusiones, será el de los bienes afectados al servicio.

De hecho, la Constitución de 1949 tomará a este respecto una definición que luego será discutida por los concesionarios: el valor de origen de los bienes contra las inversiones “efectivamente” realizadas.

Paralelamente, se dictarán nuevos marcos regulatorios: energía eléctrica, YPF (del cual surgirá Gas del Estado), obras sanitarias de la nación; etc., en el marco de un fenómeno de expansión estatal a través de un sistema de empresas públicas que había sido impulsado desde la creación de Yacimientos Petrolíferos Fiscales.

Durante las décadas de 1940 y 1950, dicha expansión del Estado -a través de un entramado de empresas estatales- se vinculará tanto con las denominadas industrias de base como con la nacionalización (rescate) de los servicios públicos nacionales.

---

resto del país; c) en Buenos Aires también actuaba la CIAE (Compañía Ítalo Argentina de Electricidad), que se había repartido el mercado con la CHADE. La CHADE y la CIAE eran titulares de la concesión del servicio eléctrico de Buenos Aires, debido a contratos realizados en la primera década del siglo XX (1907 para la primera y 1912 para la segunda). El plazo de la concesión era de 50 años con vencimiento en 1957 y 1962, respectivamente. En el caso de la CHADE, la concesión original fue obtenida por la CATE (Compañía Alemana Transatlántica de Electricidad) que en 1929 vendió la empresa a la CHADE. Las largas concesiones monopólicas obtenidas por la CATE-CHADE y la CIAE, generaron una multitud de conflictos y quejas contra las empresas, por abusos y ganancias ilícitas, que llegaron a ser debatidos en el Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires en los años 1924, 1927 y 1932. Todo lo cual dio lugar al famoso Informe “Martínez Conde”, elaborado por la Comisión Investigadora encabezada por el Coronel Matías Rodríguez Conde, e integrada por el ingeniero Juan Sábato y el abogado Juan P. Oliver. La Comisión, creada el 7 de junio de 1943 por el Presidente Pedro Pablo Ramírez, tuvo por objeto investigar los pormenores de la prórroga de las concesiones eléctricas de 1936. El 27 de mayo de 1944 la Comisión terminó su trabajo realizando un informe y proponiendo dos decretos para retirar a la CADE su personería jurídica, anulando las prórrogas y reduciendo las tarifas. El informe, sin embargo, no sería publicado sino hasta 1956 y la CADE no sería nacionalizada por durante el gobierno peronista. Ver: “El informe Rodríguez Conde: informe de la Comisión Investigadora de los Servicios Públicos de Electricidad (1943)”, Eudeba, Buenos Aires, 1974.

Sistema prestacional que se consolidará y terminará de estabilizarse hacia comienzos de la década de 1970 con la sanción de la Ley 20.705 de sociedades del Estado.<sup>3</sup>

## 2. El intervencionismo estatal en argentina

Tal como vimos, la reforma constitucional de 1949 impone un modelo de prestación directa de los servicios públicos esenciales, al prohibir la enajenación de su propiedad o el otorgamiento de concesiones para su explotación.

La posición explicitada por el miembro informante del despacho de la mayoría de la Comisión Revisora de la reforma constitucional de 1949, Arturo Enrique Sampay, respecto del artículo 40 de la Constitución, confirma la tesis sostenida anteriormente en relación a la Constitución de 1853.

Sampay parte del presupuesto de la titularidad estatal del servicio público, incluido ya en Constitución nacional originaria, proponiendo la reposición “...en manos del Estado (de) las riquezas y funciones que originariamente le pertenecen...”<sup>4</sup>

De esta manera, la estatización de los servicios públicos, y la consiguiente prohibición de su prestación a través de particulares, no viene a hacer otra cosa que unificar al titular del servicio con el prestador.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Sobre el complejo entramado normativo del Estado “empresario”, ver: Mata, Ismael, “La intervención económica del Estado a través de sus empresas”, en AAVV, XXXIII Jornadas nacionales de Derecho Administrativo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Revista RAP N°361, Buenos Aires, 2008, pág. 345 y sig.

<sup>4</sup> “La Constitución Nacional de 1949”, pág. 60, Ediciones Pequén, 1983.

<sup>5</sup> Cabe destacar que Benjamín Villegas Basavilbaso al comentar el alcance del artículo 40 de la Constitución de 1949, consideró sobreabundante o superflua la parte del texto que prescribió que “Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado...”, ya que entendía que: “...la noción de servicio público -noción tecnicojurídica- implica la materialización de una función pública que corresponde exclusivamente al Estado, y en el supuesto de que el servicio público fuese concedido a particulares no deja de ser servicio público en todo momento. Además, es solo el Estado quien lo crea y lo suprime; en suma es una manifestación de voluntad estatal...”, conf. Villegas Basavilbaso, Benjamín, “Derecho Administrativo”, T° III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, págs. 119 y 120.

En el caso argentino, la estatización, pues, no pretende discutir la titularidad del servicio (en tanto actividad económica), sino la posible disociación entre éste y el prestador del servicio público que se encontraba autorizada en el sistema de la Constitución nacional de 1853.

La estatización se erige en un sistema o modo de prestación de los servicios públicos, diferenciado del sistema anteriormente desarrollado, en tanto, en este caso, el titular y el prestador se encuentran siempre unificados, negando la posibilidad de que el titular y el prestador estén disociados, es decir, sean dos sujetos diferentes.

Bajo estas premisas, la reforma constitucional de 1949 introducirá cambios significativos en el sistema de derechos y garantías incluido en la Constitución nacional de 1853.

Ello en tanto, y al margen de la prohibición de “delegación” del servicio público o su prestación por particulares, la modificación sustancial del sistema servicial se dará como efecto de su incorporación dentro del sistema de derechos y garantías constitucionales.<sup>6</sup>

## **2. 1. El servicio público en manos de las empresas del Estado**

Como se adelantó, la reforma constitucional de 1949, vendría a ratificar o consolidar, a nivel constitucional, un modelo prestacional (directo) que, en los hechos, ya se había instaurado.

Ello, como vimos también, sería la culminación de un proceso que tuvo varios hitos esenciales.

---

<sup>6</sup> Recordemos que, desde el punto de vista del sistema de potestades, se mantiene el régimen originario establecido por la Constitución de 1853, aunque especificando las potestades otorgadas al Congreso nacional a partir de la incorporación del texto del art. 68 inc. 13, por el cual correspondía a aquel: *“Ejercer una legislación exclusiva sobre los servicios públicos de propiedad de la Nación, o explotados por órganos industriales del Estado nacional, o que liguen la Capital Federal o un territorio federal con una provincia, o dos provincias entre sí, o un punto cualquiera del territorio de la Nación con un Estado extranjero.”* Por su parte, se incorporará el concepto de servicio público entre las atribuciones del Poder Ejecutivo, en los arts. 68 inc. 13, 16, 23 y 26.

El primero de ellos estará dado por el desgaste del modelo concesional, en función de las múltiples circunstancias, pero, fundamentalmente, siguiendo la opinión de la doctrina de la época, por la ausencia de un modelo regulatorio acorde con las necesidades del país y el grado de desarrollo de los servicios públicos nacionales.

Todo lo cual había derivado en un sistema de titularidad pública de gestión privada (a través del modelo concesional) que se encontraba agotado por dos órdenes de razones: a) la falta de inversiones de los concesionarios ante la inminencia del cumplimiento del plazo de las concesiones; b) la falta de control estatal en materia de uso de bienes públicos, tarifas, ganancias, etc.

El segundo hito, contemporáneo al anterior, estará dado por el descubrimiento de petróleo en Comodoro Rivadavia en 1907; hecho que daría origen al desarrollo de lo que, posteriormente, se conocerá con el “Estado empresario”.

En efecto, con motivo de dicho descubrimiento, el Estado nacional dictará una serie de normas a través de las cuales, en primera instancia, se crearían una serie de “áreas de reserva”.

La primera de dichas normas, el Decreto del 14 de diciembre de 1907, violando las disposiciones del Código de Minería, prohibía la denuncia de pertenencias mineras y la concesión de permisos de cateos en la zona del Puerto de Comodoro Rivadavia, impidiendo de esta manera el desarrollo de cualquier tipo de actividades mineras por parte de los privados en el área señalada en el decreto.

En 1910, el Congreso Nacional sancionó la ley 7059 por la cual se creó una pequeña reserva en el Puerto de Comodoro Rivadavia, facultando al Poder Ejecutivo Nacional a subdividirla en parcelas más pequeñas para ofrecerlas en licitación a los particulares, a menos que el Estado resolviera explotarlas por sí.

Estas dos normas implicaron el primer quiebre con el sistema registral del Código de Minería, ya que por las mismas se suprimía el derecho de los particulares a solicitar permisos de cateos para explorar, con



la consiguiente imposibilidad de obtener una concesión de explotación de hidrocarburos.

Si bien a través de las normas antes mencionadas se comenzaba a distinguir el régimen dominial de los minerales del régimen de los hidrocarburos, sin haberse modificados las disposiciones del Código de Minería, fue la ley 12.161 sancionada en el año 1935, la que creó el régimen legal de las minas de petróleo e hidrocarburos fluidos, incorporándose al Código como el Título XVII.

A través de esta ley el régimen de propiedad de los hidrocarburos pasó del sistema regalista al sistema dominial.

Lo cual implicó que, si bien las minas de petróleo y los hidrocarburos fluidos continuaban siendo bienes del dominio privado de la Nación o de las Provincias (según el territorio donde se encuentren localizadas), y a diferencia de lo que sucedía con los otros minerales, se permitía tanto al Estado Nacional como a los Estados Provinciales, la exploración, explotación, industrialización, comercialización y transporte de todo tipo de hidrocarburos, ya sea en forma directa o a través de la organización de sociedades mixtas entre el Estado y los particulares.

A partir de la sanción de la ley 12.161 se legalizó la actividad petrolífera que venía desarrollando el Estado Nacional a través de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, y se creó un régimen de exploración y explotación diferenciado del de las minas en general por el cual se levantaba la veda de desarrollar actividades mineras por parte del Estado.

## **2. 2. Organización estatal y prestación de servicios públicos nacionales**

En este contexto, la prestación estatal o directa de los servicios públicos nacionales, se consolidó bajo dos tipos de modalidades.

La primera, por administración. Es decir, la asumiendo a la actividad propia del servicio público como una actividad de la administración pública centralizada.

Es el caso de Obras Sanitarias de la Nación, incorporada definitivamente a la Administración pública nacional con la sanción de la ley 13.577, de octubre de 1949.<sup>7</sup>

La segunda alternativa, se dará a través de distintas modalidades societarias del Estado.

La posibilidad de organizar a la administración pública bajo una fórmula híbrida (nacida del derecho público pero aceptando someterse parcialmente al derecho privado), para el desarrollo de actividades comerciales, industriales o la prestación de servicios públicos, se da con la sanción de la ley 13.653.

En efecto, la 13.653 y sus modificatorias, establecerán como nuevo tipo de organización estatal a las llamadas “empresas del Estado”; entidades estatales descentralizadas que tendrán por objeto la realización de actividades de índole comercial o industrial, bajo un régimen jurídico mixto, público o privado, según la naturaleza de los actos que realicen.

Régimen y esquema organizacional que será posteriormente complementado con el surgimiento de las llamadas “sociedades de economía mixta”, que serán reguladas por el Decreto-ley 15.349/46, ratificado por la ley 12.962.

No obstante ser derogada la reforma en análisis mediante una Proclama del Gobierno de Facto del 27 de abril de 1957, se produjo una ultraactividad del modelo hasta 1989, generando un monopolístico Estado Empresario prestador de los servicios públicos, fuertemente interventor en la economía.

---

<sup>7</sup> La ley 13.577, que venía a reemplazar a la Ley 8.889 de 1912, establecerá, en este sentido, en su art. 1º que: “La actual Administración General de Obras Sanitarias de la Nación constituirá una institución dependiente del Ministerio de Obras Públicas, que se regirá por las disposiciones de la presente ley, conservando su actual denominación.” Por el art. 2º, su objeto era: “...el estudio, proyecto, construcción, renovación, ampliación y explotación de las obras de provisión de agua y saneamiento urbano en la Capital Federal y ciudades y pueblos de la República, y la exploración, alumbramiento y utilización de las aguas subterráneas...” Declarando, el art. 14 que: “Desde la fecha del acogimiento de las ciudades y pueblos al régimen de presente ley, no podrán otorgarse en los mismos, concesiones para la prestación de los servicios de provisión de agua y desagüe cloacal que ella contempla...” Y estableciendo, por los arts. 26 a 28 la obligatoriedad de los “...servicios de agua y desagüe cloacal...” para los usuarios.

### 3. La técnica concesional en el período de nacionalización de los servicios públicos

A mediados del siglo XX, nos encontramos con normas generales en materia de construcción de obras públicas viales, que comienzan a prefigurar lo que luego será el régimen propio del contrato de concesión de obra pública, finalmente sancionado por ley 17.520.

En efecto, entre estas normas cabe destacar a la ley 14.385, de 1954<sup>8</sup> y la ley 15.275, del año 1960<sup>9</sup>.

Si bien no aparece nítidamente la figura de la concesión de obra pública, sí lo hace el “peaje” como modalidad para lograr la financiación de dichas obras, sean desarrolladas por la administración o por contratistas particulares.

Posteriormente, con la sanción de la ley 17.520, se intentará establecer una separación nítida entre el contrato de obra pública y la concesión de servicio público.

Ello, en tanto, establece, respecto del primero, su aplicabilidad para el caso de que la concesión implique la construcción de una obra pública, con forme al art. 4º in fine, que establece: “...*En todos los casos deberá respetarse, en cuanto a la etapa de construcción, las normas legales establecidas para el contrato de obra pública en todo lo que sea pertinente*”.

Por su parte, desaparece toda mención al “servicio público”. La obra pública concesionada, pues, solo es susceptible de “explotación”, en los términos del art. 1º, a pesar de que, posteriormente, y en torno a la fijación de la modalidad de la concesión, se establece, en el art. 3º, que deberá considerarse que: “...*el nivel medio de las tarifas no podrá exceder al valor económico medio del servicio ofrecido...*”

---

<sup>8</sup> ADLA, La Ley, Buenos Aires, 1954, Tomo XIV-A, pág. 187 y sig.

<sup>9</sup> ADLA, La Ley, Buenos Aires, 1960, Tomo XX-A, pág. 36.

## **4. La consolidación del Estado empresario y el servicio público.**

### **4. 1. Las denominadas “Empresas del Estado”**

La posibilidad de organizar a la administración pública bajo una fórmula híbrida (nacida del derecho público pero aceptando someterse parcialmente al derecho privado), para el desarrollo de actividades comerciales, industriales o la prestación de servicios públicos, se da con la sanción de la ley 13.653.

En efecto, la 13.653 y sus modificatorias, establecerán como nuevo tipo de organización estatal a las llamadas “empresas del Estado”; entidades estatales descentralizadas que tendrán por objeto la realización de actividades de índole comercial o industrial, bajo un régimen jurídico mixto, público o privado, según la naturaleza de los actos que realizaren.

Por ello, estas entidades se encontraban sometidas al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas, comerciales e industriales, y al derecho público en todo atinente a sus relaciones con la Administración o al servicio público que eventualmente prestaren.

Con posterioridad, se facultará al Poder Ejecutivo nacional para disponer la transformación de estas empresas del Estado en “Sociedades del Estado”, bajo la normativa de la Ley 20.705.

#### **4. 1. 1. Las Sociedades de economía mixta**

Las sociedades de economía mixta, marcarán un avance hacia una más profunda privatización de las organizaciones empresariales del Estado.

Bajo esta genérica denominación se incorporará a aquellas sociedades, bajo cualquier forma jurídica, en las que existiera participación estatal en su patrimonio.

Pueden mencionarse como ejemplos de este tipo de organización empresaria a: 1) las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria (arts. 308 a 314, ley 19.550); 2) las sociedades de economía mixta (Decreto-ley 15.349/46); 3) las sociedades anónimas con participación estatal minoritaria (art. 163 y ss., ley 19.550); 4) las Uniones Transitorias de Empresas (UTE) (arts. 377 a 383, ley 19.550); y 5) otras sociedades (sociedades de responsabilidad limitada, comandita por acciones, etc.), en las que el Estado o sus entes tuvieran participación accionaria o de cuota partes en forma conjunta con privados.

En lo que hace al régimen jurídico, debe tenerse presente que, por regla general, este tipo de sociedades no emitirán actos administrativos ni celebrarán contratos administrativos.

Ello, en tanto, se encuentran regidas –enteramente- por normas del derecho privado.

Las sociedades de economía mixta, en sentido estricto, fueron específicamente reguladas por el Decreto-ley 15.349/46, ratificado por la ley 12.962.

Son las sociedades que forman el Estado Nacional, los Estados provinciales, las municipalidades y los particulares (personas físicas, jurídicas privadas o personas jurídicas públicas no estatales), para la explotación de actividades industriales o comerciales, servicios públicos u otra actividad de interés general.

Aplicándoseles, supletoriamente, el régimen de la ley de sociedades comerciales 19.550 y sus modificatorias.

#### **4. 1. 2. El modelo definitivo: las sociedades del Estado**

Finalmente, por medio de la ley 20.705, se crearán las “sociedades del Estado”.

Serán definidas como entes estatales descentralizados que realizan actividades de tipo comercial o industrial, organizados bajo un régimen jurídico predominantemente privado.

La ley 20.705, caracteriza a estas entidades por ser íntegramente estatales, es decir que no permiten el ingreso de capitales privados, y sometidos principalmente al derecho privado.

En cuanto a su objeto, la ley 20.705 indica expresamente que estas sociedades deben desarrollar “...*actividades de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos*” (conf. art. 1º, ley 20.705).

El régimen legal de las sociedades del Estado, está sometido al derecho privado, por su reenvío a la Ley 19.550 y lo señalado en su art. 6.

## **5. El servicio público en la legislación entre 1945 y 1989**

### **5. 1. La consolidación del servicio público con prestación estatal**

En función de la evolución descripta, tendremos que, en el período 1945-1989, se consolidará la prestación de los servicios públicos nacionales por parte del Estado, a través de distintos tipos de sociedades comerciales.

Los principales marcos regulatorios de los servicios públicos nacionales estarán regidos en este período, por las siguientes normas:

#### **5. 1. 1. Servicios de provisión de agua potable y cloacas**

Los servicios de provisión de agua potable y cloacas fueron regulados por la ley orgánica de Obras Sanitarias de la Nación, ley 13.577 del 29 de octubre de 1949, y sus modificatorias, leyes 14.160, 18.593, 20.324, 20.686 y 21.066.

#### **5. 1. 2. Ferrocarriles**

Los servicios ferroviarios estarán regido por: a) la ley 2873, que establece el régimen de los ferrocarriles nacionales, con las modi-

ficaciones introducidas por el Decreto-Ley 8302 del 19 de julio de 1963, la ley 17.172 y la ley 22.647; b) la ley 5315, sobre el régimen de concesiones ferroviarias; c) la ley 12.346 sobre coordinación de los transportes; d) la ley 19.076, reglamentada por el Decreto 1693 del 7 de junio de 1971, para la construcción de silos y elevadores en terrenos del área ferroviaria; y e) el Reglamento General de Ferrocarriles aprobado por el Decreto 90.325 del 12 de setiembre de 1936.

### **5. 1. 3. Energía Eléctrica**

La totalidad de las actividades vinculadas con la provisión de energía eléctrica fue regulada por la ley 15.336, del 15 de septiembre de 1960, con las modificaciones introducidas por la ley 16.656, la ley 18.174, la ley 19.199, la ley 20.954, la ley 23.110, entre otras.<sup>10</sup>

### **5. 1. 4. Provisión de gas**

En fecha 5 de marzo de 1945, se decretó la nacionalización del gas y se encargó su provisión a la empresa estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales. El 1 de enero de 1946, se creó la Dirección Nacional de Gas del Estado en forma independiente a la petrolera estatal.

Posteriormente, por el Decreto 1.444/78, se transformó Gas del Estado en una Sociedad del Estado de la ley 20.705.

---

<sup>10</sup> La ley 15.336, estableció: “ARTICULO 1º — Quedan sujetas a las disposiciones de la presente ley y de su reglamentación las actividades de la industria eléctrica destinadas a la generación, transformación y transmisión, o a la distribución de la electricidad, en cuanto las mismas correspondan a la jurisdicción nacional (...) ARTICULO 3º — A los efectos de la presente ley, denominase servicio público de electricidad la distribución regular y continua de energía eléctrica para atender las necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de una colectividad o grupo social determinado de acuerdo con las regulaciones pertinentes...”

### 5. 1. 5. Telecomunicaciones

El régimen del servicio público de telecomunicaciones deriva del originalmente consagrado para el servicio de telégrafos y su regulación bajo injerencia estatal estará dada por la ley 19.798, del 23 de agosto de 1972.

### 5. 1. 6. Correos

El servicio de correos estará regido por la ley de correos 20.216, con las modificaciones introducidas por las leyes 21.138, 22.005 y 23.066.

### 5. 1. 7. Transporte automotor

El régimen legal del transporte automotor, estará dado, en lo sustancial por la ley 12.346, del 5 de enero de 1937, con las modificaciones introducidas por el Decreto 20.264/1944 y la Ley 22.139 (B.O. 17/01/1980), y su Decreto reglamentario 27.911, del 17 de abril de 1939.<sup>11</sup>

### 5. 1. 8. Aeronavegación

Los servicios de transporte de pasajeros estarán regidos por el Código Aeronáutico, aprobado por ley 17.285 del 23 de mayo de 1967.

---

<sup>11</sup> El Decreto reglamentario, estableció, como definición del servicio público sometido a la Ley 12.346, en su art. 1° que: “*Se considera servicio público de transporte automotor por camino, a los efectos de la Ley 12.346, todo transporte de pasajeros, equipajes, encomiendas, mercaderías, cargas o hacienda en o entre los Territorios Nacionales, o entre éstos y las Provincias, o entre las Provincias, o entre éstas y la Capital Federal, ofrecido o prestado a terceros contra retribución y mediante el uso de vehículos automóviles con cualquier forma de propulsión mecánica y/o acoplados a ellos, ya sean de propiedad del transportador o ajenos a él. Por retribución se entenderá toda prestación efectuada o prometida que consista en dinero, crédito o descuento, en materia y en cualquier otra ventaja directa o indirecta, presente o futura para el acarreador.*”



## 5. 1. 9. Navegación, Puertos y Marina Mercante

Con antecedentes directos en la ley 12.736, del 4 de octubre de 1941, los Decretos 103.316 del 16 de octubre de 1941, 110.672 del 31 de diciembre de 1941, 11.293 del 12 de mayo de 1949; y la ley 13.542 del 9 de agosto de 1949, la regulación legal de los servicios prestados por la marina mercante se regularán por el Decreto ley 6.677/63 (ratificado por ley 16.478) y la ley de facto 19.870.<sup>12</sup>

## 5. 2. La extensión del servicio público hacia nuevas actividades

La expansión de la presencia del Estado en la actividad económica tendrá consecuencias, también, respecto a la regulación de diversas actividades que, hasta mediados del siglo XX, no podían ser consideradas sino como actividades privadas.

A la par de los servicios públicos nacionales (prestados ahora por empresas estatales), comenzarán a regularse actividades (bajo un claro influjo de la doctrina del derecho administrativo continental europeo) consideradas como servicios públicos “impropios” o “virtuales”.<sup>13</sup>

En efecto, tendremos, como ejemplo de esto, la regulación de:

1.- La actividad televisiva, regulada por el art. 6º, c) 2 y c) 4 de la ley 20.557; y en el art. 5º, párr. 2º “in fine” del Dec. 1761/73.

2.- El servicio de taxis y las panaderías, conforme los Dec. 9800 del 20/8/1949; Dec. Ordenanza 13.272 de 5/12/1957; Dec. Ordenanza 164 de 7/1/1963; Ordenanza 24.309 de 9/5/1969; Ordenanza 26.289 de

---

<sup>12</sup> El Decreto Ley 6.677/63, establece concretamente: “ARTICULO 2º.- *El Consejo Nacional de la Marina Mercante tendrá las siguientes funciones y atribuciones: (...) 14. Fijar las tarifas, horarios e itinerarios de los servicios públicos de su competencia y fiscalizar el cumplimiento de los mismos...*”

<sup>13</sup> Sobre este fenómeno, ver especialmente: Grecco, Carlos Manuel, “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”, *La Ley*, T. 1980-D, pág. 1306 y sig.

27/12/1971; y art. 1°. Ordenanza 35.777; las panaderías, serían calificadas expresamente como servicio público por el Dec. 8275/46, arts. 1 y 2.

3.- Los elevadores de granos, conforme los arts. 41 y 45 del Dec. 6696 ordenado al 23/11/1979.

4.- Las desmotadoras de algodón, conforme el Dec. 24.046 del 5/2/1944 y la Ley 14.770.

5.- El practicaje en aguas jurisdiccionales, conforme el art. 99 de la Ley de navegación 20.094.

6.- El Servicio de Remolque Maniobra realizado en Jurisdicción de Puertos Nacionales, conforme la Ley 21.892.

## **PARTE III**

---

### **Segunda etapa regulatoria**

El régimen del servicio público  
en la “Reforma del estado”: 1989-2002

# El servicio público en los procesos de reforma del estado

El caso argentino

## 1. Premisas para el análisis de la “reforma” del Estado

El proceso de *reforma* estatal, transitado desde hace aproximadamente tres décadas por los Estados occidentales, se encuentra atravesado por diversas motivaciones y problemáticas que, sin embargo, confluyen, al menos en cuanto a la justificabilidad de la intervención del Estado en la economía, en una idea-fuerza o premisa central: el Estado no puede seguir *procurando* directamente, por sí, el bienestar material de la sociedad civil.

Se trata, en definitiva, de la discusión del rol del Estado, marcada, en su momento, por la existencia de un tipo histórico de Estado: el Estado de Bienestar o *Welfare State*.

Dicho proceso, sin embargo, no se desarrollará en forma homogénea ni partiendo de idénticas premisas, por lo que en cada uno de los diversos países en los que sería impuesto, ha alcanzado distintos resultados.

En realidad, cuando se discute la idea de *reforma del Estado*, se puede estar haciendo referencia, al mismo tiempo, a tres tipos diferentes de reformas, a saber:

a.- Una reforma del Estado, en sentido estricto, que implicaría cambios formales y sustanciales en los órdenes conceptuales y normativos más importantes, esto es: la teoría del poder y la teoría de los derechos constitucionalizados. Es el tipo de reforma más profundo, que se orientará a redefinir el rol del Estado frente a la sociedad civil y, por lo tanto, implicará un *momento* constituyente.

b.- Una reforma administrativa, esto es, un cambio en la modalidad de organización de la administración del Estado. Esta es un tipo de reforma que no implica un cambio en el rol del Estado, sino más bien, en la modalidad de gestión de las funciones públicas. Importará también, como es lógico, la necesidad de introducir cambios en las estructuras y procedimientos de los diversos órganos de poder del Estado (Legislativo y Judicial), además de la propia administración pública. Puede requerir, o no, según los casos, una reforma constitucional.

c.- O bien, una reforma del aparato administrativo o de la administración, que implicará solo una modificación en la organización de la administración pública del Estado, sea nacional, local, municipal o regional. Es la menos profunda, aunque no menos importante, de las reformas que pueden encararse. Intentará cambiar las formas de relacionamiento entre la Administración pública y la ciudadanía. Implicará la reforma de estructura organizativa de la administración y de sus procedimientos; de los controles internos y externos de la administración; de las formas de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas; etc. Generalmente, puede resolverse en el plano de las reformas legislativas.

Como podrá apreciarse, cada una de las diversas acepciones implicará discusiones bien diferentes. Es decir, no podrían o no deberían, en principio, confundirse entre sí, porque de lo contrario los resultados

concretos de las reformas parciales que se operen, pueden llegar a ser disfuncionales respecto del objetivo inicial propuesto.

En definitiva, la definición previa del ámbito o nivel de reforma estatal que se postule, será fundamental tanto para el trazado de los objetivos concretos, la identificación de los problemas a enfrentar y la adopción de las soluciones que se consideren apropiadas.

El proceso de reforma estatal que, como adelantáramos, apunta fundamentalmente a discutir y modificar las formas de la intervención estatal en la economía, se valió de tres procedimientos específicos para llevar adelante esos objetivos, a saber:

a.- La denominada “desregulación” de actividades económicas. Actividad, en realidad, reguladora o neo-reguladora, por parte del Estado, pero que tiende a cambiar el objetivo o espíritu de la regulación económica. En este caso, se orientará principalmente a crear y, en su caso, favorecer, la competencia en el mercado. O mejor: la existencia de mercados competitivos.<sup>1</sup>

b.- La “liberalización” de sectores de la economía. Se trata de la actividad de intervención del Estado –a través de la *desregulación*, como se ha visto- tendiente a la flexibilización de las condiciones de *acceso* a sectores concretos del mercado, o mercados en particular, por parte de los agentes u operadores económicos (tanto públicos como privados, pero fundamentalmente privados).

c.- Finalmente, la “privatización” de entes públicos y, en su caso, de actividades públicas. Es decir, el procedimiento de traspaso de aquellas actividades que, formal o informalmente, se encuentren en manos del Estado, con reservas de mercado o no, a la esfera de la sociedad civil o el mercado.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> En general sobre la temática propia del “Estado regulador”, ver: Sabino Cassese ed Emilio Gerelli (a cura di) “Deregulation. La deregolamentazione amministrativa e legislativa”, Franco Agnelli editore, Milano, 1985; y G. Majone, A. La Spina, “Lo Stato regolatore.”, en *Rivista trim. di Scienza dell’Amministrazione*, n. 3, 1991, pág. 3 y sig. Ver, asimismo: Cassese, Sabino, “Regulación de los servicios públicos y tutela de la concurrencia”, *Revista Actualidad en el Derecho Público* N°12, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2000.-

<sup>2</sup> Se ha señalado que: “El término ‘privatización’, neologismo del lenguaje económico y jurídico, desde un punto de vista semántico significa volver algo privado, llevar a lo privado (...) En buena medida, toda iniciativa encaminada a reducir la presencia pública es

## 2. El fundamento de la “reforma” del Estado y la “subsidiariedad” en jaque. Del Estado “mínimo” al Estado social de Derecho

### 2. 1. Reforma del Estado y principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad, como principio de organización social, representa un particular intento de dar respuesta a uno de los temas centrales de la filosofía política moderna, que puede básicamente reducirse en la pregunta por la finalidad del Estado, por sus fines o roles; entonces: ¿qué compete al poder público? ¿Qué tipo de tareas puede legítimamente realizar el poder público sin invadir la esfera de autonomía propia de los individuos y las organizaciones sociales intermedias? ¿Aquellas tareas que competan al poder público, serán sólo tareas inmateriales o aún materiales o de intervención en la economía? Y luego, finalmente, ¿cómo limitar estas intervenciones del poder público?<sup>3</sup>

---

*indicada con el término privatización, que culmina así por perder un significado unívoco*”, Pierini, Antonella, “Las transformaciones en acto en el sector de los servicios de pública utilidad: privatización, concurrencia y regulación”, en *Diritto e Società*, 1997; pág. 240.

<sup>3</sup> Hemos abordado extensamente la cuestión en: González Moras, Juan M., “Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de Subsidiariedad”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000; De cualquier manera, y para una conceptualización del principio de subsidiariedad, ver, entre la vastísima literatura existente, en general, los siguientes volúmenes: Favio Roversi Monaco (a cura di), “Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni”, Quaderni della SPISA (Suola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell’Amministrazione); Maggioli Edit., Rimini, 1997, atti del Convegno per il 40° della SPISA, Bologna, 25-26 settembre 1995; (y en particular en este trabajo: Frattini, Franco, “Relazione introduttiva”; op., cit., pág. 61 y ss.; Cassese, Sabino, “L’Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell’area europea”; “Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni”, pág. 73 y sig.; Chiti, Mario P., “Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo”, op., cit., pág. 85 y sig.; D’Angelo Guianluca, “La sussidiarietà nell’Unione Europea”, CEDAM, Padova, 1998 (especialmente capítulo introductorio, sección 2; y bibliografía en apéndice). Sobre la doctrina social de la Iglesia Católica y sus desarrollos actuales del principio de subsidiariedad, ver in extenso el volumen: Vittadini, Giorgio (a cura di), “Sussidiarietà. La riforma possibile.”; RCS libri, Milano, 1998. Rinella,

En el caso argentino, especialmente, según luego veremos, como base teórica del modelo de “reforma” del Estado iniciado en 1989, se establecerá una clara discusión sobre la *pertinencia* de involucrar la idea de subsidiariedad, no ya al estricto ámbito de la filosofía política, sino, por el contrario, al de la realidad de las instituciones y el ejercicio de las funciones por los poderes constituidos del Estado.<sup>4</sup>

En efecto, Barra ha señalado que la “...*distribución de competencias nos lleva naturalmente a la formulación del principio de subsidiariedad por el cual la competencia del Estado alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares –individuos o agrupaciones intermedias- no pueda o no deba desarrollarse. La aplicación del principio de subsidiariedad importará regular los límites de las competencias estatales y, por consiguiente, fijar los alcances de todas las competencias sociales...*”

Siendo la “subsidiariedad” para este autor, por tanto, un “...*principio rector del orden social...*”

Ahora bien, agrega: “...*el núcleo de la cuestión consiste en una apropiada aplicación del principio de subsidiariedad en su materia más sustancial: la relación entre el Estado y la sociedad, de manera que tales*

---

Angelo; Coen Leopoldo; Scarciglia, Roberto (a cura di), “Sussidiarietà e ordinamento costituzionali. Esperienze a confronto”, CEDAM, 1999; (especialmente, ver la referencia bibliográfica en apéndice).

<sup>4</sup>Una primera vinculación entre “subsidiariedad”, doctrina social de la iglesia y constitución nacional, puede verse en: González Arzac, Rafael M., “Planificación económica imperativa, empresa, principio de subsidiariedad y disagreement on fundamentals”, Revista Argentina de Derecho Administrativo, 1976-Nº14, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, en especial, ver: pág. 45 y sig. Casi al mismo tiempo, Cassagne sostenía que: “...*En el proceso de justificación del intervencionismo estatal se ha abdicado del principio de no injerencia, que aunque no se cumplía en todo su rigorismo, como lo recogen investigaciones recientes se oponía en forma dogmática para impedir o refutar la asunción por parte del Estado de actividades industriales o comerciales (...). Se afirma también como un principio rector el de la suplencia o subsidiariedad, que justifica la intervención en aquellos casos de ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada, cuando fuere necesario para la satisfacción del bien común...*”, Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, t. I, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977, p. 67. Más contemporáneamente, puede verse un lúcido análisis del principio de subsidiariedad en materia de servicios públicos, desde la doctrina social de la iglesia, en: Sánchez, Alberto M., “Los servicios públicos y la economía de mercado”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001, pág. 315 y sig.



*relaciones sean variables según las exigencias y aplicación de aquel principio. Su aplicación excluye, necesariamente, la vigencia de las ideologías liberales, socialistas o marxistas u otras de cualquier tipo- que, inevitablemente, producen el congelamiento de las relaciones Estado-sociedad dentro de un modelo que tiende a mantenerse rígido e inmutable a pesar de los cambios de circunstancias.”*

Consideraciones que lo llevan a sostener, para nosotros de manera incongruente con la definición anteriormente dada, que: “...*De aquí entonces la necesidad de la ‘reforma del Estado’, que puede ser definida como la actividad permanente destinada a mantener la relación Estado-sociedad de acuerdo con las exigencias de las circunstancias valoradas según el principio de subsidiariedad (...) Esta debe ser una actividad permanente conducida por el gobierno, de acuerdo con el proceso democrático de toma de decisiones, ya que también es permanente el cambio en el juego de equilibrios entre las competencias estatales (públicas) y las competencias sociales (privadas)...*”<sup>5</sup>

Incongruencia que viene dada, entonces, por la consideración, por un lado, del principio de subsidiariedad como “...*principio rector del orden social...*” y, a renglón seguido, su vinculación con la idea de la “reforma del Estado” entendida como “...*proceso democrático de toma de decisiones...*” que implica hipotéticos cambios permanentes en la gestión de la actividad estatal.

Hay allí, evidentemente, dos planos de discusión totalmente disímiles. El principio de subsidiariedad, por un lado, que implica una discusión de tipo “constitucional” y, por otro, la idea de “reforma del Estado” pensada como una actividad permanente a cargo de los poderes constituidos del propio Estado.

Algo parecido a lo sostenido, por su parte, por Cassagne, quien han señalado que: “...*La asunción por el Estado de los cometidos que lleva a cabo reconoce como fundamento el principio de subsidiariedad, perteneciente al Derecho natural, que actualmente preside los procesos*

---

<sup>5</sup> Barra, Rodolfo C., “Tratado de derecho administrativo”, Tomo 1, Edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, págs. 62 -63 y 97-98.-

*de transformación o reforma que se han generado en diversos países del mundo (...) el llamado contenido negativo del principio de subsidiariedad constituye el principal límite a la intervención estatal en aquellos campos donde, por la naturaleza de las tareas a realizarse, corresponde que las respectivas actividades sean asumidas por los particulares. Pero el principio de subsidiariedad entraña, también, un contenido positivo que vincula al Estado y le impone el deber de intervenir, en caso de insuficiencia de la iniciativa privada, en la medida que su injerencia sea socialmente necesaria y no suprima ni impida la actividad de los particulares...”*<sup>6</sup>

Es decir, se pone en un mismo plano al principio de subsidiariedad como perteneciente al “derecho natural” y a los “procesos” de transformación o “reforma” del Estado.

Finalmente, y en lo relativo a la vinculación directa entre “subsidiariedad” y “reforma” del Estado, como fundamento y justificación de la Ley 23.696, se afirmaría que: “...El Estado podrá intervenir, en pro del equilibrio autoridad-libertad, cuando la iniciativa privada sea insuficiente o inexistente. Por eso hablamos de un Estado empresarial coyuntural...”, y que: “...La redistribución de los sectores de la economía exige que privaticemos lo privado. Se impone abandonar la tutela de los subsidios, para acostumbrarnos a las reglas de la inversión y del riesgo privado. Que lo público se haga a la idea de que no debe intervenir en la industria, en el comercio, en la actividad empresarial, sino cuando se trate de una circunstancia trascendente para el destino nacional o de servicios esenciales del Estado que no se puedan prestar por la vía concesional...”<sup>7</sup>

Ideas que serán rematadas con el concepto de que: “...El Estado actúa motivado por el principio de la subsidiariedad, por el que se determinan las obligaciones conjuntas de ‘dejar hacer’, ‘fomentar para que se haga’ y ‘hacer en sustitución de actividades no hechas’ (...) No obstante, cuando sea necesario, el Estado actuará coyunturalmente como empre-

---

<sup>6</sup> Cassagne, Juan C., “La intervención administrativa”, Abeledo-Perrot, 2º edición, Buenos Aires, 1994, págs. 22 y 23; con antecedentes en su obra desde 1977.

<sup>7</sup> Menem, Carlos y Dromi, Roberto “Reforma del Estado y Transformación nacional”, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1990, págs. 28 y 35, respectivamente.

sario. *El principio de subsidiariedad justificará su intervención, pero al mismo tiempo fijará el límite de dicha intervención...*<sup>8</sup>

Conceptualización del principio de subsidiariedad que no compartimos.

## **2. 2. El principio de subsidiariedad no puede ser entendido como un principio jurídico**

El principio de subsidiariedad se afirma como un criterio de ordenación de las relaciones público/privado, en la época del constitucionalismo clásico, a través de la incorporación del denominado principio de legalidad.

Y esto es así, en tanto, la idea de subsidiariedad requiere siempre de una actuación, de una “traducción”, concreta en el tiempo y en el espacio; no puede independizarse, conceptualmente, de este momento de actuación o concreción de sus modalidades en el esquema de una sociedad determinada.

En algún momento, más tarde o más temprano, “alguien” debe decidir que es aquello que el Estado debe o puede realizar “subsidiariamente”.

Y está claro que esto no puede ser realizado arbitraria o aleatoriamente. De gobierno en gobierno.

### **2. 2. 1. El principio de subsidiariedad presupone un *momento* constitucional en el que se define la matriz de actuación del Estado**

Ahora bien, esta conceptualización general, no debe conducir a equívocos. Posibles equívocos que estarán, en realidad, a la orden del día a partir de la misma ambigüedad de la noción o principio que estamos tratando.

---

<sup>8</sup> Menem, Carlos y Dromi, Roberto, op. cit., pág. 66. Estos conceptos serán posteriormente reiterados en Dromi, Roberto, “Empresas públicas. De estatales a privadas”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pág. 27.

En efecto, y según se ha puesto de relieve, el principio de subsidiariedad –que siempre intentó enmarcarse como principio de organización social *natural*, es decir, fuera de toda consideración tempo/espacial- debió ser puesto *en la historia*, jurídicamente, y como vimos, a través del principio de legalidad. La misma *ratio* del constitucionalismo, a pesar de su carácter notablemente universalizador de las tendencias liberales, lo demandaba.

La conceptualización se concentraba en una normativa concreta, primero constitucional, luego legal, que por su *positividad*, también, es decir, por su necesaria tempo-espacialidad, receptoría las más variadas interpretaciones del principio de suplencia rector.

Esto es, cada sociedad, al constituirse como Estado de Derecho, es decir al darse una ley fundamental que regularía y sujetaría la organización del poder público y sus relaciones con la sociedad civil, podría siempre variar las formas concretas del reparto de cometidos entre público y privado. Sin por ello desconocer la vigencia del principio. Es decir, su vigencia a la base de la misma conceptualización *constituyente*.

Las necesidades sociales, esencialmente contingentes, que pueden ser confiadas para su satisfacción al poder público, podían perfectamente incluir a determinadas actividades en principio sometidas a las reglas del mercado, esto es, de la libre iniciativa privada. Se otorga de esta manera al poder público un cometido que funcionará como *prerrogativa/deber* respecto a las relaciones de aquel con la sociedad civil.

En este ámbito de *particularización* del principio de subsidiariedad en su faz constitucional, aparecerá la noción de servicio público, como actividad que se desprende de la esfera estrictamente privada, para ser puesta en cabeza del Estado en su esfera de acción pública.

Lo que resulta evidente, pues, es la puesta en tela de juicio de la *neutralidad económica* de las constituciones liberales. La posibilidad de la estricta separación, a través del proceso constituyente, del poder político y el económico.

La afirmación –clásica ella misma-, resulta viciada de dogmatismo a la luz de las consideraciones vertidas en torno a la propia conceptualización originaria del principio de subsidiariedad.

Ello, en tanto el constitucionalismo clásico contribuyó a la cristalización de un determinado orden social.

No cualquier orden social. Un orden social, dijimos, basado sobre la prevalencia del interés privado, transformado –el orden social- en una serie de derechos considerados naturales e inalienables: la propiedad, el primero; la libertad de mercado, luego, como su consecuencia directa<sup>9</sup>.

## 2. 2. 2. El nuevo liberalismo y la doctrina del Estado mínimo

Hacia mediados de 1970, una corriente del pensamiento liberal comenzaba a atacar decididamente todas las tesis que implicaran la *substancialización* de la igualdad (que le dio apoyatura conceptual al llamado constitucionalismo social), a través de técnicas institucionales redistributivas de la riqueza. Es decir, al propio Estado social de Derecho.

---

<sup>9</sup> Pastore, Baldasar, “Quali fondamenti per il liberalismo? Identità, diritti, comunità politica”; *Rivista Diritto e Società*, 1997, pág. 428; aclara este autor: “La neutralidad liberal... viene entendida en el sentido de que las cuestiones relativas al campo de la ética deben ser sustraídas a la discusión y tenidas fuera de la agenda pública. Pero cada ordenamiento jurídico y político es también expresión de una forma de vida, en el sentido de que cada sociedad incorpora inevitablemente ciertas formas de vida y precluye otras. Y resulta evidente que las concepciones del bien son un elemento central de las formas de vida...” Por su parte, García Pelayo, Manuel, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, op., cit., pág., 34, señala que: “Desde el punto de vista de la Teoría del Estado, merece la pena señalar que la distribución ha sido siempre un concepto clave de la estructura y función del Estado o de los órdenes políticos que le han precedido en la historia, si bien cambian naturalmente sus modalidades y contenidos. Así no hay Estado que no suponga una distribución de poder entre gobernantes y gobernados, lo único que varía son los criterios, límites y medios de tal distribución; sobre esta distribución básica, el Estado procede a distribuir el poder dentro de su propia organización en instancias, potestades y competencias, y a atribuir las a sus correspondientes titulares...”

Postulándose, de esta manera, un retorno radical a las condiciones de *neutralidad* económica en que se habían inspirado las cartas constitucionales propias del constitucionalismo clásico.

De esta manera, pues, se intentará recalcar los *abusos* que sobre los derechos individuales, ejercía el Estado *benefactor*.

La exposición más clara de esta línea doctrinaria, será aquella de Robert Nozick. Este autor, en efecto, sentará las bases sobre la cual se construiría la plataforma institucional para el lanzamiento del proceso de *reforma del Estado*. Esto es, el proceso privatizador. Durante el cual se repetirá la discusión sobre la idea de un Estado mínimo.

Entre las muchas causas que tendrían gran incidencia en este giro de la concepción del Estado, podemos mencionar: las *nuevas* crisis económicas producto de la falta de homogeneidad e impulso en algunos sectores de mercado; la fuerte transnacionalización del capital mundial, producida a partir de la segunda guerra mundial, y lo que marcaría la posibilidad de su total recupero a efectos de la inversión en actividades tan costosas –como lucrativas–, como la de los servicios públicos; la revolución tecnológica, que comenzaba a borrar los contornos de las clásicas técnicas de intervención pública; la ineficiencia de las administraciones –comprendiendo toda forma de empresa o hacienda pública– en la gestión de actividades económicas con mercados sino monopolicos, al menos imperfectos; el potencial fracaso del modelo impuesto por el *socialismo real* del este europeo, que era cada vez menos una real amenaza para *occidente*.

Estos factores, llevados a sus extremos teóricos, implicarían la necesidad de una retirada del Estado del campo económico. De hecho, toda la discusión de las necesidades de intervención pública, se economiza. Pero en los términos propios de una abierta economía de mercado. Esto es, de mercados liberalizados, desregulados, en todos sus frentes. En general, se invertirán los términos de la discusión, y se pasara de un esquema de *economía democrática*, a otro de *democracia económica*.

En este contexto, Nozick afirmará que: “...*El Estado mínimo es el Estado más extenso que se puede justificar. Cualquier Estado más extenso viola los derechos de las personas.*”<sup>10</sup>

Y la justificación de esta aseveración se corresponderá, y tendrá fundamento, en las tres tesis básicas que componen la visión que comúnmente se ha dado en llamar “neoliberal”; esto es, una tesis moral: vinculada al retorno a la concepción individualista de los derechos del hombre; una política: basada en la defensa de la libre elección de las metas sociales, por parte de la sociedad civil, sin sujeción a pautas orientadoras de ningún tipo, lo cual constituiría una de las principales misiones del mismo Estado; y, finalmente, una tesis económica: postulada sobre la idea de eficiencia del mercado.

Desde ya, cabe destacar que la tesis que más hondamente calará en las ideas de las décadas de 1980 y 1990, será la correspondiente a la mencionada tesis económica, que serían desarrolladas mayoritariamente con posterioridad, especialmente en cuanto a lo que reguarda a la particular noción de *eficiencia* que se trasladará a la casi totalidad de la discusión del Estado.<sup>11</sup>

En definitiva, las teorías “neoliberales” partirán del supuesto de una teoría de los derechos insostenible a la luz de los desarrollos *constituyentes* que los Derechos Humanos habían experimentado a través de los distintos Pactos internacionales firmados luego de la década de 1940.

---

<sup>10</sup> Nozick, Robert, “Anarquía, Estado y Utopía”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1991, pág., 153.-

<sup>11</sup> Según la doctrina, la tesis de Nozick marca sus límites a la luz de las teorías redistributivas, en el sentido de: “[El mercado]...*es la única institución que no viola los derechos de los hombres porque no les impone cargas que ellos no desean tener. Al mismo tiempo permite que los individuos gasten sus recursos según les convenga y con quien les convenga. Sólo las acciones económicas que generen monopolios deben prohibirse ya que impiden la competencia que es un factor motivador importante porque se incrementa y se mejora la producción. Anarquía, Estado y utopía es un libro con muchos argumentos, unos débiles, otros fuertes. Entre los débiles se encuentra el que lleva a la conclusión de que el único Estado legítimo es el mínimo, partiendo de los derechos de las personas. Para demostrar las dificultades del razonamiento necesitamos una teoría de los derechos, de su jerarquía y sus límites...*”, conf. Dieterlen, Paulette, “Ensayos sobre Justicia Distributiva”, Distribuciones Fontamara S.A., México, 1996, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política N° 51, págs. 26 y 27.

Teoría de los derechos que, por otra parte, había sido ya incorporada a la mayoría de las nuevas constituciones nacionales, propias del constitucionalismo social.

Si a ello sumamos el nuevo paradigma de la *eficacia*, como principal elemento legitimante de la acción estatal, podremos deducir sin dificultad el carácter fuertemente *desustancializador* del bloque de legalidad existente, por parte de este tipo de concepciones filosófico-políticas.

Porque, en definitiva, se sujeta el esquema de derechos desarrollado a lo largo del siglo, y la actualización de su positividad (o posibilidad) a través de las diversas formas de mediación estatal, a nociones de *eficacia-eficiencia* que ostentan y son fruto de un tipo de racionalidad puramente económica.

Producida la concreta apertura de los Estados occidentales hacia esta orientación filosófico-política, puntualmente a partir de las políticas “neoliberales”, en el sentido antes expuesto, de los gobiernos de R. Reagan y M. Thatcher, a comienzos de la década de 1980 y, por ende, establecidos los nuevos horizontes ideológicos de la acción estatal, comenzaría la etapa de privatización de las funciones asumidas por el Estado.

Aquellos horizontes ideológicos, se afirmarán –y retroalimentarán a su vez-, a partir de algunos datos que desvela apropiadamente J. R. Capella, de la siguiente manera: “...*El campo de poder contemporáneo... está constituido por la interrelación de un soberano privado supraestatal difuso y -puesto que se mantiene la base territorial de asentamiento del poder- un ‘estado permeable’ o unas ‘asociaciones estatales’ permeables, abiertas o porosas (como puede ser la Unión Europea)...*”<sup>12</sup>

La especial consideración de las reglas de acción de aquel “soberano privado supraestatal” tenderá a imponer, serán decisivas a la hora de la comprensión del modelo proyectado.

De esta manera, el mismo Capella entenderá las nuevas *condiciones* de legitimidad planteadas, en términos de eficacia económica.

---

<sup>12</sup> Capella, Juan Ramón, “Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado”, Editorial Trotta, Madrid, 1997, págs. 257 y 258.



Dirá así que: “...La legitimidad que pretende el soberano privado supraestatal es la de la eficacia. Ese poder estratégico de los grandes agentes económicos, que comparece en el escenario mundial y dicta las condiciones de vida colectiva sin haber sido llamado a ello por nadie, cuenta con un discurso acerca de la eficacia técnico-productiva que empieza a ser interiorizado no sólo por las instancias públicas subalternas sino también por las sociedades dominadas.”<sup>13</sup>

Para, finalmente concluir que: “...El nuevo campo de poder de la mundialización produce un derecho dual. El derecho aparece como deprimido bajo el azote de las políticas de desregulación. ‘Desregulación’ no significa ausencia de normas. Todo lo contrario. Las normas subsisten, y para la mayoría de las poblaciones resultan mucho más gravosas que en la etapa anterior. La desregulación tiene en realidad dos aspectos fundamentales: a) en el plano del derecho de los estados abiertos, o de las asociaciones regionales de estados abiertos, la desregulación tiene el significado general de un desplazamiento de la capacidad de normar hacia la esfera privada, de traslado del peso de las obligaciones hacia los sujetos más débiles (cargando finalmente con él quienes no están en condiciones de transferirlo a su vez), y de liberación de cargas o deberes del empresariado, y en general de los capitales; b) en el plano de la soberanía privada supraestatal difusa, el derecho toma la forma de una nueva *lex mercatoria metaestatal*, establecida y garantizada por los grandes sujetos económicos transnacionales, previamente negociada por grandes gabinetes jurídicos que actúan en numerosos países a la vez...”<sup>14</sup>

En definitiva, esta serie de problemáticas llevarán a considerar nuevamente las condiciones de intervención de los poderes públicos. Comenzará a discutirse, entonces, la noción de *Estado regulador*. El cual, como luego tendremos oportunidad de observar, en algunos países de tradición estatalista, intentará ser entendido no como un Estado que se *retira*, sino como un Estado que cambia las modalidades de su intervención; es decir, que afirma las continui-

---

<sup>13</sup> Capella, Juan Ramón, en ob., cit., “Fruta prohibida...”, pág. 265.-

<sup>14</sup> Capella, Juan Ramón, en ob., cit., págs. 267 y 274.-

dades del modelo *Welfare*, más allá de estas disonancias o declinaciones. Se advertirá, entonces, una creciente *transformación de la presencia pública*.

## 2. 3. El concepto servicio público en el marco de la “reforma del Estado”

La premisa general de la reforma del Estado, siguiendo a los autores que la han defendido (fundamentalmente en la Europa comunitaria), fue que: “...*el viejo concepto de servicio público -monopólico, igualitario, de mínimos, uniforme- ya no viene a llenar las necesidades y las preferencias de la población a la que dice servir. Hoy hay que abrir camino a nuevas realidades, más competitivas, diferenciadas, innovadoras, que son las que la nueva realidad social demanda; hoy hay que desideologizar la política económica, hay que mejorar los servicios y las prestaciones. Y todo ello sin perder lo ya conseguido, que es básicamente, la existencia de un servicio universal a todos los ciudadanos en sus niveles básicos. Ello exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica...*”<sup>15</sup>

El “modelo” regulatorio, en efecto, aspiraba a lograr: 1.- La desintegración vertical del sector y separación de actividades; 2.- Respecto de las actividades económicas que efectivamente se regularan bajo un régimen sujeto a la libre competencia, debía lograrse: a) Libertad de entrada: frente al régimen tradicional de los derechos de exclusiva en la prestación de servicios, el nuevo modelo se basa en la apertura del sector a la iniciativa privada (libertad de entrada) y pluralidad de ofertas en los servicios. En caso de concentración empresarial quedará sometida a las leyes *antitrust*; b) Libre acceso al mercado, esto es, a la red, a las infraestructuras: doctrina de las *essential facilities*: Para que el mercado exista es preciso reconocer

---

<sup>15</sup> Ariño Ortiz, Gaspar, y otros, “El nuevo servicio público”, Marcial Pons Ediciones-Universidad Autónoma de Madrid, España, 1997, págs. 22 a 24.

a todos los operadores el libre acceso al mismo y a aquellas instalaciones o infraestructuras sobre las que la prestación de los servicios descansa. De ahí que un elemento clave del nuevo modelo de regulación para la competencia sea la aprobación de un régimen jurídico para las redes que regule las condiciones para ejercer el acceso en términos objetivos, no discriminatorios, con fijación de un canon por su uso y determinación exacta de las razones que pudieran justificar una denegación de acceso (un canon excesivo sería equivalente a una denegación); c) Libertad de contratación y formación competitiva de los precios: libertad para operar bajo principios comerciales, solo sujetas a aquellos límites o restricciones generales aplicables por igual a todas las empresas de mercado. Libertad para comprar y vender sus productos o servicios, libertad de importación y exportación, libertad para extender sus actividades a nuevas aéreas o sectores conexos (diversificación empresarial) y, sobre todo, libertad de fijación de precios a sus clientes allí donde haya un mínimo de competencia y estos puedan optar entre varias ofertas; d) Libertad de inversión: Plena libertad para diseñar o realizar inversiones cuya rentabilidad quedará al riesgo y ventura del inversor. Ni se limitan beneficios ni pérdidas. 3.- Respecto de las actividades económicas que no pudieran librarse al “mercado”, el régimen jurídico debía regular: a) la instalación y gestión de infraestructuras; b) Prestación de servicio universal como nuevo concepto de servicio público: “... *En la regulación de los servicios en un régimen competitivo hay que distinguir lo que son prestaciones de mercado y prestaciones de “servicio esencial universal”. Esta últimas son aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho. En este caso, la competencia no es posible porque no hay oferta. Y no la hay porque el coste de dichas prestaciones jamás cubriría el precio que por ellas se podría pagar y nadie estaría interesado en concurrir. En tales casos la regulación de*

*nuevo interviene, imponiendo la prestación obligatoria a cualquiera de los operadores del sector...<sup>16</sup>.*

La adopción de este concepto implica las siguientes características: a) La no calificación como servicio de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquel; b) El abandono del concepto de reserva de la actividad (negándose así la titularidad estatal, la concesión como delegación de competencias propias, el rescate, el equilibrio de la ecuación económica financiera, etc.). En su lugar, el concepto de servicio público se acerca más a la actividad económica reglamentada, propia del mundo anglosajón; c) Se sustituye el régimen cerrado y en exclusiva, que caracterizó históricamente a los servicios públicos, por un régimen abierto a la entrada en el sector, bajo un régimen de autorización reglamentada, sometida a una regulación por causa de servicio público y a la imposición de cargas u obligaciones de servicio, en la medida en que haya que garantizar determinadas prestaciones al público, que se impondrán de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector. Todo lo cual implica la necesidad de que el Estado compense al prestador por las pérdidas que dicha carga le acarrea.

Estando perfectamente claro, también, para esta doctrina, que (para llevar adelante este tipo de reformas con éxito): *“...No bastaba, por ello, ‘privatizar’ (en el sentido de enajenar) las empresas. Había que cambiar también el modelo de regulación, pasando de un sistema cerrado, monopolístico, de planificación vinculante, explotación centralizada y remuneración sobre la base de costes, a un modelo de ‘regulación para la competencia’, abierto, sin derechos de exclusiva, con planificación empresarial, explotación sobre la base de precios (...) el cambio esencialmente consiste en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión/rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo*

---

<sup>16</sup> Ariño Ortiz, Gaspar y otros, en op., cit., “El nuevo...”, págs. 31 y 32.-

*detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de 'servicio universal', pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como en cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (ya no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos)...<sup>17</sup>*

### **3. La liberalización de mercados de servicios públicos en la Europa comunitaria**

La liberalización del mercado de los servicios públicos, proceso desarrollado, fundamentalmente, a nivel jurídico, en la Unión Europea, ha implicado el surgimiento y afirmación de varios conceptos vinculados al servicio público: 1) El de “servicio de interés general”, donde prevalece la misión de cohesión económico-social a través de la acción del poder público como prestador de determinados servicios sociales, incluyendo actividades referidas o no al mercado; 2) El de “servicio de interés económico general”, que vincula solamente a las actividades prestadas en condiciones de mercado y que, por sus específicas características, sería el concepto comunitario más cercano al de “servicio público económico”; y 3) Finalmente, el de “servicio universal”, donde prevalece la noción de “mínimo garantizado”, y la aplicación estricta del derecho de la competencia, lo que conlleva la aparición de las llamadas “obligaciones de servicio público”, que se imponen a las empresas prestadoras de servicios en competencia.

Tal como ha señalado Muñoz Machado: “...*La más importante manifestación de la atribución a particulares de obligaciones de servicio público es el servicio universal. A medida que ha avanzado la liberalización*

---

<sup>17</sup> Ariño Ortiz, Gaspar y Cassagne, Juan Carlos, “Servicios públicos, regulación y renegociación”, Capítulo I a cargo de Ariño Ortiz, Gaspar, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005, págs. 14 y 15.-

(...) con una progresiva apertura a la competencia, la preocupación por el servicio universal se ha incrementado. Se trata de evitar que la gestión privada de un servicio, antes atribuido en exclusiva a establecimientos de carácter público, determine que los ciudadanos dejen de tener a su disposición prestaciones que los empresarios privados consideren no rentables. Se trata, por ejemplo, de mantener a todos los ciudadanos en el disfrute del servicio (...) básico, aunque las empresas que lo gestionan tengan una tendencia a no prestarlo en aquellas zonas del territorio en que no sea rentable, por razones geográficas o de desagregación de la población (...) La privatización y la liberalización no pueden perjudicar el acceso de los ciudadanos a servicios básicos...<sup>218</sup>

Concepto que, por su parte, aunque deficitariamente, ha sido incorporado en algunos marcos regulatorios de nuestro país.

De esta manera, y siguiendo con el desarrollo de las líneas trazadas, debemos puntualizar ahora que la gestión en *competencia* de servicios tradicionalmente monopólicos se nutrirá, para dar continuidad al propio concepto de servicio público, de las llamadas *obligaciones de servi-*

---

<sup>18</sup> Muñoz Machado, Santiago, “Servicio público y mercado”, Tomo I, “Los fundamentos”, Edit. Civitas, Madrid, 1998, pág. 319 y 320. Para otro sector de la doctrina “...un adecuado desarrollo de la categoría del servicio universal podría poner fin a la ya mencionada indiferencia del Derecho comunitario frente a las exigencias sociales de garantía prestacional a las que atiende la técnica del servicio público en nuestro ambiente jurídico... No obstante, esta apertura del Ordenamiento jurídico comunitario a las especificidades de los servicios públicos resulta insuficiente para mantener un respeto mínimo de las tradiciones jurídicas de los países con regímenes de Derecho administrativo de inspiración francesa...”, conf. Miguez Macho, Luis, “Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios”, op., cit., pág. 101. Para la Ley española N°24/1998, que sancionó un nuevo régimen para el servicio postal, el servicio universal implica, “...el conjunto de servicios postales de calidad determinada en la Ley y sus Reglamentos de desarrollo, prestados de forma permanente en todo el territorio nacional y a precio asequible para todos los usuarios...” Agregándose, en la misma norma, que: “...El Gobierno podrá imponer, reglamentariamente, al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal, otras obligaciones de servicio público distintas a las establecidas en el Capítulo II de este Título para garantizar la adecuada prestación del servicio postal universal y cuando así lo exijan razones de interés general, cohesión social o territorial, mejora de la calidad de la educación, protección civil o cuando sea necesario para salvaguardar el normal desarrollo de los procesos electorales... Igualmente, por reglamento, podrá imponer al citado operador y a los operadores que presten servicios postales al amparo de una autorización administrativa singular, obligaciones de servicio público en circunstancias extraordinarias para garantizar la seguridad pública o la defensa nacional.”

*cio público*, insertadas indistintamente en contratos de concesión sin exclusividad o licencias administrativas especiales.

El concepto de servicio público se traslada, al mismo tiempo, y esto fundamentalmente en la Europa comunitaria, a dos nociones que se superpondrán solo en parte: a) el *servicio universal*, que nos habla de los estándares mínimos de calidad y cantidad con que deberán ser prestados ciertos servicios social y económicamente relevantes, y que incorpora también los tradicionales caracteres del servicio público: obligatoriedad, continuidad, universalidad, accesibilidad, razonabilidad de las tarifas (todo lo cual es volcado en sendas regulaciones sectoriales, y en la confección de las llamadas *Cartas de Servicios Públicos*); y b) el *servicio de interés (económico) general*, incorporado como idea ligada a las formas de lograr la cohesión económico social de los Estados parte, y que implica por ello un concepto con más amplitud a la hora de recorrer el camino para excepcionar las reglas de la concurrencia prescriptas por el propio ordenamiento comunitario para el sector de los servicios.<sup>19</sup>

## 4. El Estado “subsidiario” frente a la afirmación de los derechos económicos y sociales

Desde nuestro punto de vista, y tal como lo hemos desarrollado en otro momento, todo Estado de Derecho es, por definición, un Estado “subsidiario”.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> En particular, sobre la influencia europea en torno a la idea de servicio público: Gozi, Sandro, “Prospettive dei servizi pubblici nell’Unione europea”; Club B-SPISA; Bologna 1998; y Clarich, Marcello, “Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi.”, en *Diritto Pubblico*, 1998.-

<sup>20</sup> González Moras, Juan M., “Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de Subsidiariedad”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000; y, más recientemente, en: González Moras, Juan M., “Dimensión contemporánea del principio de subsidiariedad estatal”, conferencia desarrollada en las “XXXVII Jornadas Nacionales y VII Congreso Internacional de Derecho Administrativo”, organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, San Juan, 10 de Noviembre de 2011.

La idea de “subsidiariedad”, surge a los efectos de ordenar y separar las actividades públicas y las privadas. Ordenar los ámbitos de actuación del poder público y la sociedad civil.

Orden social que, desde el punto de vista filosófico-político será, desde ya, muy disputado y que (en cualquiera de sus versiones) no podrá ser catalogado como principio jurídico -en sentido estricto- sino más bien como la representación de una particular concepción filosófico-política de origen liberal.

De esta forma, deberá tenerse presente que a este principio se lo inscribe como principio básico o matriz de la separación, y posterior relacionamiento, entre las competencias (en sentido finalista, primero; y luego, como atribución competencial al poder público en sentido estricto) públicas y privadas, en la concepción -y tradición- del Estado de Derecho liberal.

Esto es, como principio de relacionamiento entre las diversas formas organizativas existentes en la sociedad (en una progresión que va desde el individuo considerado como ser social, hasta el Estado como forma de agregación superior, pasando por todos los organismos intermedios, familia, Iglesia, etc.), y como criterio rector de la asunción de competencias por parte de las formas más grandes de asociación, frente a las más pequeñas.

El principio afirma el valor de la autonomía, y la necesidad de la no intervención de las formas de organización superiores, siempre que las menores puedan desarrollar suficientemente sus cometidos.

Breve esquematización que arroja como resultado, la posible división del estudio del mismo bajo dos posibles facetas: la primera *horizontal*, relativa al respeto del principio en el reparto de competencias entre las esferas de poder público y la sociedad civil (o, en otros términos: entre el Estado y el mercado); y otra *vertical*, relativa a la forma de ejecución de esas prerrogativas asignadas al Estado, por parte de sus órganos; es decir, el respeto del principio entre las diversas esferas de poder público en que pudiera estar organizado políticamente el Estado, resguardando la posibilidad de que siempre se actúen las



competencias públicas en el ámbito más cercano al ciudadano, miembro de la sociedad civil.

Por su parte, puede afirmarse que, en su dimensión contemporánea, el principio de subsidiariedad se vincula, de manera directa y principal, con la satisfacción por parte del Estado (o de la sociedad, según sea el caso) de distintos tipos de derechos sociales, económicos y culturales. Es allí, en efecto, donde aparece en toda su dimensión la tensión entre lo público y lo privado, en este caso como consecuencia de las “adjudicaciones” que sobre dichos derechos sociales, o mejor, para su debida satisfacción, deben producirse de manera dinámica entre la sociedad civil y el Estado.

En ese marco, se impone, pues, repensar las viejas estrategias de intervención estatales: a) servicio público; b) poder de policía y c) fomento.

Ello, en tanto, la responsabilidad pública en materia de satisfacción y garantía de los derechos sociales, está condicionada por la estructura misma de estos derechos; en función de que: 1) A través de los mismos se establecen derechos, tanto individuales como colectivos; que, a su vez, pueden clasificarse en: a) derechos que aseguran libertades (con obligaciones negativas o de no intervención para los Estados); b) derechos a determinadas prestaciones (salud; educación); c) derechos al reconocimiento de ciertas posiciones o status legales (trabajador; grupo familiar; jubilado; estudiante; etc.); d) derechos al goce de bienes que se consideren como públicos (servicios públicos, medio ambiente); 2) Los derechos sociales establecen relaciones de los sujetos acreedores de los mismos, tanto con el Estado como con la sociedad y, en particular, con el mercado; 3) Los derechos sociales se presumen operativos, aunque en muchas ocasiones su estructura normativa impida su aplicación directa; 4) El Estado debe garantizar su vigencia y efectividad, en todos los casos, al menos en el núcleo básico de cada uno de estos derechos, lo que conlleva una “garantía de inderogabilidad”, en los términos de los arts. 28 y 75, inc. 23 de la Constitución nacional; y 5) Los presupuestos y límites de la responsabilidad estatal en materia de de-

rechos sociales deberá siempre plantearse dentro del marco general del principio de igualdad y no discriminación.

Principios que, a su vez, deben ser interpretados en su accionar a la luz de los nuevos paradigmas del Derecho administrativo contemporáneo, a saber: a) Tutela administrativa y judicial efectiva; b) Justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales; es decir, su directa exigibilidad al Estado al menos bajo la forma de contenidos “mínimos” garantizados; y c) Sometimiento de las relaciones jurídicas de derecho público al denominado “paradigma ambiental” o, mejor, de sustentabilidad, que, a su vez, se traduce en: 1.- función ambiental de la propiedad; 2.- régimen de los llamados “bienes colectivos”, cuya disciplina abarcará –en lo que nos interesa– a la propia de los bienes del dominio público; a la regulación de los recursos naturales; y, también, al régimen de las obras y servicios públicos.

## 5. La “reforma” del Estado en el caso argentino

En el caso de nuestro país, la “reforma” del Estado que sería impulsada por la ley 23.696 no pudo escapar de sus antecedentes inmediatos.

En efecto, cabe recordar que el gobierno de facto que se estableció en Argentina en 1976 inició un proceso de liberalización de la economía nacional que, entre otras cuestiones, derivó en la aprobación, a comienzos de 1980, de un régimen de “privatización” de empresas públicas.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Nótese que incluso el término “privatización” es de acuñación vernácula y no proviene, de manera directa, de las reformas estatales encaradas hacia fines de la década de 1970 en Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica. Prueba de ello es la utilización del término por nuestra Corte Suprema nacional en la década de 1960, como concepto opuesto al de “nacionalización” de los servicios públicos. En efecto, la Corte Suprema sostuvo que: “...*Los cambios inherentes a la sustitución del empleador, en tanto la nacionalización de una empresa concesionaria de servicios públicos respete sustancialmente la continuidad del empleo, no autorizan la indemnización de los agentes, pues ello afectaría el interés público. Dicha doctrina resulta aplicable al supuesto de **privatización de empresas estatales**...*” (el resaltado nos pertenece), CSJN,

La ley *de facto* 22.177 de “Privatización de empresas, sociedades, establecimientos de propiedad total o parcial del Estado Nacional”<sup>22</sup>, estableció las bases del régimen que, luego, y a partir de la sanción de la ley 23.696, de 1989, se denominará de “reforma” del Estado.

Dicha norma, en concreto, otorgó al Poder Ejecutivo Nacional, una autorización general para proceder a la privatización, total o parcial, de las empresas y sociedades del Estado.

Así, por el art. 1° de la ley estableció: “*Facúltase al PODER EJECUTIVO NACIONAL para proceder a la privatización parcial o total de aquellas empresas, sociedades, establecimientos y otras haciendas productivas que oportunamente determine y cuya propiedad corresponda, total o parcialmente, al ESTADO NACIONAL. El respectivo proceso de privatización de las mismas, estará a cargo de los Ministerios y organismos a través de los cuales mantienen sus relaciones con el PODER EJECUTIVO NACIONAL. Cuando la titularidad del capital accionario de una empresa recaiga en más de un Ministerio u organismo, la privatización deberá llevarse a cargo en forma conjunta.*”

A su vez, la ley incluirá varias modalidades de privatización y la delegación en el Poder Ejecutivo nacional para el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones para la explotación de los servicios públicos o de interés público a que estuviesen afectados los activos a ser privatizados.

---

“Corral, Ramón Vicente y Otros c/ Transportes de Buenos Aires (en liquidación)”, 1964, Fallos: 258: 171: como asimismo que: “...*La doctrina de la Corte Suprema, con arreglo a la cual la nacionalización de las Empresas de servicios públicos no da origen a indemnizaciones laborales, por razón del cambio de la persona del empleador, es aplicable a los supuestos de **privatización de las empresas estatales**, siempre que medie continuidad sustancial de la relación de trabajo...*” (el resaltado nos pertenece), CSJN, in re: “Oliveto, José, y otros c/ Transportes de Buenos Aires”, 1964, Fallos: 259: 218. A nivel normativo, tenemos antecedentes en el mismo sentido. Por ejemplo, el Decreto Ley 6.677/63, estableció concretamente: “**ARTICULO 2°.- El Consejo Nacional de la Marina Mercante tendrá las siguientes funciones y atribuciones:** “...23. Asesorar en todos los casos en que se promueva la creación, disolución o privatización parcial o total de empresas del Estado o en las que éste participa y cuyas actividades se encuentren comprendidas en el régimen del presente decreto ley.”

<sup>22</sup> Boletín Oficial 07/03/1980 - ADLA 1980 - A, 78.

En este sentido, el art. 5 estableció: “*La privatización autorizada en el Artículo 1 deberá cumplimentarse en alguna de las siguientes formas: a) venta de acciones, cuotas o partes del capital social; b) enajenación de los activos de las empresas en funcionamiento, como unidad, o por uno o más establecimientos; c) enajenación en conjunto de los bienes que integran el o los establecimientos, cuando estos no se encuentren en funcionamiento; d) enajenación singular de todos o parte de los bienes. Cuando circunstancias especiales lo justifiquen, podrá recurrirse en un mismo proceso a más de una de las formas de realización establecidas.*”

Y, finalmente, por el art. 8, se autorizó al Poder Ejecutivo nacional para: “*...h) otorgar permisos, licencias o concesiones para la explotación de los servicios públicos o de interés público a que estuviesen afectados los activos, empresas o establecimientos que se privaticen, en tanto los adquirentes reúnan condiciones que aseguren la eficiente prestación del servicio y por el término que convenga para facilitar la operación.*”

A todo ello, se agregaría la posibilidad de ordenar la liquidación de empresas y sociedades del Estado (arts. 2, 12), y la invitación a las Provincias a dictar normas similares (art. 3).<sup>23</sup>

El régimen de privatizaciones de la ley 22.177 tuvo, por su parte, concreta aplicación<sup>24</sup>; siendo destacables, en lo que hace concretamente a privatización de empresas públicas, los siguientes casos: a) Procedimiento de privatización de la empresa Siam Sociedad Industrial Americana Maquinarias Sociedad Anónima, ordenado por Decreto N°970/81 del 11/08/1981; b) privatización total de la empresa Flota Fluvial del

---

<sup>23</sup> En efecto, el art. 3 estableció: “*Invítase a los gobiernos provinciales a dictar normas similares a las establecidas en la presente ley, para que privaticen la totalidad, o la parte, de la propiedad de la que son titulares las provincias, en las empresas, sociedades, establecimientos y haciendas productivas.*”

<sup>24</sup> Se ha señalado, en relación con la ley 22.177, que: “*...Este instrumento será fuente de la LRE en materia de privatizaciones (...). En aplicación de esta ley, el gobierno nacional del período 1976-1982 privatizó y/o liquidó ciento veinte empresas de los sectores textil, químico, hostería, gastronomía y vitivinícola (Memoria del Ministerio de Economía, Buenos Aires, 1981)...*” conf. Rodríguez Chirillo, Eduardo J., “Privatización de la empresa pública y post privatización”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 237.

Estado Argentino por medio de la ley 22.385, del 21 de enero de 1981<sup>25</sup>; c) privatización de ATANOR S.A. por medio del Decreto N°1.311/87, del 13 de Agosto de 1987.<sup>26</sup>

A dicho régimen de privatizaciones debe añadirse, como antecedente directo de la ley 23.696, el Decreto N°1842, del año 1987 que intentó, en realidad, dar un marco al proceso de privatización que pretendía imponerse, esto es: desmonopolizar la prestación de servicios públicos.<sup>27</sup>

De esta manera, y al margen de las particularidades que propondrá la ley 23.696, tanto por su carácter de norma de emergencia como por

---

<sup>25</sup> La ley 22.385, estableció: “Art. 1° —Dispónese la privatización total de la empresa Flota Fluvial del Estado Argentino, de acuerdo con las disposiciones de la ley 22.177 y las contenidas en la presente. Art. 2 — La venta de los bienes de la empresa Flota Fluvial del Estado Argentino se condicionará de modo de mantener sin interrupción los siguientes servicios que actualmente presta dicha empresa, según el detalle que establezca el decreto reglamentario: a) Transporte de pasajeros, vehículos y cargas entre Buenos Aires y Colonia (República Oriental del Uruguay); b) Cruces de balsas hasta tanto se completen los cruces terrestres en las mismas zonas; c) Remolque de maniobra; d) Carga general, de combustibles y graneles por empuje (excepto arena y piedra) en la Cuenca del Plata. Dicha venta implicará para los bienes afectados a los servicios señalados en a), b), y c), el otorgamiento del pertinente permiso de explotación. Art. 3 — Los servicios indicados en los incs. a) y b) del artículo anterior, se declaran servicio público y se registrarán por las disposiciones de la ley 21.892...” Servicio público que, posteriormente, sería “desregulado” por medio de la Resolución 232/91 de la Subsecretaría de Transporte de la Nación, y nuevamente privatizado por el Decreto 817/92 de “Reorganización Administrativa y Privatización. Transporte Marítimo, Fluvial y Lacustre. Practicaje, Pilotaje, Baquía y Remolque. Regímenes Laborales. Disposiciones Generales.” Finalmente, para el régimen portuario se dictará la ley 24.093.

<sup>26</sup> El Decreto 1311/87 establece en su art. 1: “Dispónese la privatización por venta de las acciones que el ESTADO NACIONAL, a través de la DIRECCION GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES posee en la empresa ATANOR COMPAÑIA NACIONAL PARA LA INDUSTRIA QUIMICA SOCIEDAD ANONIMA MIXTA.”

<sup>27</sup> El cual, a su vez, pretendía dar continuidad a algunos antecedentes sectoriales como en el caso de la ley 22.005, de 1979, para el sector postal. El Decreto 1842/87, estableció concretamente, que: “Art. 1°.- Se establece como principio general, en materia de producción y provisión de bienes y prestación de servicios, en el área de actividad de las empresas públicas dependientes del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, la libre concurrencia del sector privado, en las condiciones establecidas por este decreto... Art. 2°.- Quedan sin efecto todos los actos unilaterales de la administración central, de las entidades descentralizadas y de las empresas y sociedades estatales, así como todas las convenciones celebradas entre ellas, por las cuales se hayan otorgado o reconocido privilegios, exclusividades o derechos de cualquier naturaleza cuya finalidad o efectos sea la exclusión del sector privado de la prestación de servicios al público.”

las modificaciones normativas que impondrá respecto de otras leyes (como, por ejemplo, la ley 17.520 de concesión de obra pública), la reforma del Estado en nuestro país –muy a pesar de la grandilocuencia con que fue presentada y luego defendida- no fue sino la continuidad de un proceso de privatización de empresas públicas.

No fue más que eso, al menos desde el punto de vista teórico y de sus implicancias regulatorias.

De allí que, como veremos, no involucró –como sí lo había hecho este esquema privatizador en los países anglosajones- procesos de desregulación y liberalización económicas, salvo en algunos sectores muy puntuales.

En definitiva, el proceso de reforma del Estado argentino tendrá como consecuencias más tangibles: a) la privatización de empresas públicas; b) la racionalización del aparato administrativo; c) la desregulación económica de distintos sectores de la economía (salvo en el caso de los servicios públicos); y d) los débiles intentos de liberalización de los mercados vinculados con la prestación de servicios públicos.

## **5. 1. Ley 23.696 de “reforma” del Estado**

La ley 23.696, declara el estado de emergencia económica y financiera del Estado nacional; pudiendo ello desdoblarse, en: a) la emergencia que, en general, sufría el país en materia económica y, b) la emergencia que, en particular, involucraba a la contratación administrativa y a la prestación de servicios públicos en manos estatales.

Aunque ambas emergencias se confunden y funcionan una como fundamento de la otra.

Ello, efectivamente, puede corroborarse desde el punto de vista legislativo, ya que solo cuando se declaró “formalmente” el estado de emergencia (en las dos variables anteriormente mencionadas), pudo “habilitarse” la llamada reforma del Estado.

En efecto, la denominada ley de “reforma” del Estado comienza caracterizando la situación jurídica de prestación de los servicios públicos a partir de un diagnóstico de corte económico; esto es: la emergencia económica y financiera.<sup>28</sup>

La situación jurídica propia de la emergencia, como derivación lógica, es la excepción: el establecimiento de un “orden” u ordenamiento que intente superar o conjurar la situación fáctica que sostiene la propia declaración de emergencia.

Sin embargo, la cuestión central para poder comprender el alcance del ordenamiento sancionado a la luz de la emergencia declarada por la ley 23.696, estará en el “sujeto” beneficiario de las normas de excepción; esto es: el propio Estado.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Concretamente, el art. 1° de la ley 23.696 estableció: “...*Declarase en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas del Estado, Sociedades del Estado, Sociedades anónimas con participación Estatal Mayoritaria, Sociedades de Economía Mixta, Servicios de Cuentas Especiales, Obras Sociales del Sector Público bancos y entidades financieras oficiales, nacionales y/o municipales y todo otro ente en que el Estado Nacional o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria de capital o en la formación de las decisiones societarias (...)* Este estado de emergencia no podrá exceder de un (1) año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley. El Poder Ejecutivo Nacional podrá prorrogarlo por una sola vez y por igual término”. Sobre las peculiaridades que, en el marco de la declaración de emergencia de la ley 23.696, tuvo el proceso de privatizaciones en Argentina, ver: Caiella, Pascual, “La reforma del Estado y privatizaciones en la Argentina”, Revista de Derecho Administrativo N°11, Depalma, Buenos Aires, 1992; y Farrando, Ismael, “Servicios públicos y privatizaciones”, en Revista Actualidad en Derecho Público N°7, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 147 y sig.; “Puntos referenciales de la situación de los Servicios Públicos antes y después de la Reforma del Estado de 1989”, en la AAVV, “Estudios de Derecho Administrativo”, Tomo III, Coordinado por María Gabriela Ábalos, Mendoza, Diké, 2000, pág. 195 y sig.

<sup>29</sup> En efecto, aquel “sujeto” al que la ley le permite evadir o eludir el cumplimiento de sus obligaciones, con fundamento en la emergencia económica y financiera, será el propio Estado nacional. Es a quien, la ley, pone “al margen” del ordenamiento jurídico. Todo lo cual se vería efectivamente corroborado, en general, por la sanción de la ley 23.982 de “consolidación de deuda pública” y, posteriormente, por la ley 25.344.

## 5. 2. Normas de carácter permanente en la legislación de emergencia

El gran problema que planteaba la ley 23.696 es que, a pesar de ser una norma de emergencia con un plazo de vigencia original de un año, se encontraba destinada, al mismo tiempo, a regir –por décadas- el proceso de transformación de las empresas públicas sujetas a privatización.

No existía, por ello, otra posibilidad que la de considerar que algunas normas de las incluidas en la ley 23.696, no perderían su vigencia a pesar de la caducidad de la propia ley.

Carácter “permanente” de la legislación de emergencia que, como luego veremos, marcará a todo el proceso de reforma del Estado.

En relación con esto, tanto la Procuración del Tesoro de la Nación (de manera explícita)<sup>30</sup>, como la propia Corte Suprema nacional (implícitamente)<sup>31</sup>, terminarían por reconocer que, efectivamente, el “sistema” de privatizaciones incluido en la ley 23.696 no podía caducar en el plazo de expiración de la ley, sin que ello resintiera a los marcos normativos surgidos de su aplicación.

Ello, aun cuando la propia ley 23.696, y su Decreto reglamentario N°1105/89, desautorizaron esta posibilidad, al prever expresamente la necesidad del dictado de normas generales, posteriores a la fecha de

---

<sup>30</sup> La Procuración del Tesoro de la Nación, señaló al respecto que: “...esta Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que diversos preceptos de la ley 23.696 –como los incluidos en su capítulo II- podrían ser considerados permanentes, en tanto no se encuentran limitados por la mención de plazos de vigencia a su respecto (conf. Dictámenes 199:203 y 207, 2ª parte: 534)...” PTN, Dict. N°23/94, 15 de febrero de 1994, Expte. 29.961/93, Ministerio de Salud y Acción Social. Dictámenes 208:173).

<sup>31</sup> La Corte Suprema de Justicia Nacional, en efecto, definiría a la ley de reforma del Estado sosteniendo que: “...La ley 23696 -de Reforma del Estado y Emergencia- expresa un verdadero sistema destinado a enfrentar la emergencia a través de un proceso de transformación del estado y su administración presentándose dicha ley como un estatuto de las privatizaciones”; CSJN, in re: “Cocchia Jorge D. c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, considerando 11), sentencia del 2 de diciembre de 1993, E.D. 156-315. Argumento posteriormente reiterado en: A. 530. XXXV - “Antonucci, Roberto c/ YPF SA y otro s/ part. accionario obrero” - CSJN - 20/11/2001.



su caducidad, en materia de “concesiones” de servicio público. Núcleo fuerte del proceso de reforma estatal.

La lógica, en definitiva, indicaba que, superada la situación de emergencia declarada, debía darse seguridad y estabilidad a las situaciones jurídicas nacidas a su amparo.

Es decir, el establecimiento paulatino de un “sistema” o complejo normativo que les diera un marco razonable para su actuación.

Todo lo cual resultaba imperioso en materia de prestación de servicios públicos a través de sujetos privados; tanto para estos sujetos en sus relaciones con el Estado, como, fundamentalmente, para los usuarios, terceros directamente afectados por aquella relación contractual.

En este sentido, en el sistema de la ley 23.696 y su Decreto reglamentario N°1105/89, se previó que: *“...El régimen de la concesión de obra pública será de aplicación analógica, hasta tanto se sancione el cuerpo normativo pertinente, a las concesiones de uso y servicio que no tengan por objeto principal la ejecución de obras nuevas o de mantenimiento, reparación o ampliación, en cuyo caso regirá en forma directa el régimen jurídico de la concesión de obra pública...”*

El *“...cuerpo normativo pertinente...”*, sin embargo, nunca sería sancionado.

Lo que haría necesario llegar a la “solución” de otorgar carácter “permanente” a algunas normas de la ley de emergencia.<sup>32</sup>

Con lo cual, las concesiones y licencias para la prestación de servicios públicos carecieron, en el marco de la ley 23.696 (que originó su otorgamiento por parte del Estado Nacional), de un cuerpo normativo uniforme o general, lo cual redundó en la falta de homogeneidad

---

<sup>32</sup> Criterio que, posteriormente, fue incorporado expresamente en la próxima Ley de Emergencia Económico Financiera, esto es la ley N°25.344, cuyo artículo 1° prescribe: *“Declarase en emergencia la situación económico-financiera del Estado nacional, la prestación de los servicios y la ejecución de los contratos a cargo del sector público nacional definido en el artículo 8° de la ley 24.156, con exclusión del Banco de la Nación Argentina y del Banco de Inversión y Comercio Exterior. El estado de emergencia tendrá vigencia por un (1) año a partir de su promulgación. El Poder Ejecutivo nacional podrá prorrogarlo por una sola vez y por igual término. Las disposiciones de carácter común de esta ley son permanentes y no caducarán en los plazos citados en el párrafo anterior.”*

normativa de determinados aspectos fundamentales para el funcionamiento del “sistema”, como: a) la distinción, si cabía, de la “concesión” y la “licencia”, como títulos habilitantes para la delegación y/o prestación del servicio público; b) el régimen de los bienes integrantes de las concesiones y licencias; c) el régimen de regulación y control a través de los denominados “Entes reguladores”; d) los regímenes tarifarios, su implementación y control; y e) la aplicación de los regímenes de “Defensa de la competencia”; entre otras cuestiones.

### 5. 3. La ley 23.697 y el Decreto N°2284/91

Con las limitaciones conceptuales y normativas anteriormente indicadas, el “sistema” de reforma del Estado de la Ley 23.696, se complementó con el dictado de las leyes 23.697, 23.928 y 23.982 y el Decreto N°2284/91.

A nivel Provincial, el plan de reforma del Estado se proyectará a partir de la firma del “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, celebrado, en fecha 12 de agosto de 1993, entre el Poder Ejecutivo Nacional y los señores gobernadores de las provincias de Buenos Aires, Corrientes, Chaco, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Salta, San Juan, San Luis, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán.

El Pacto fue ratificado por Decreto 14/1994.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Por medio del “Pacto”, los Gobernadores se comprometieron, conforme el artículo PRIMERO, a “(...) 9) *Propender a la privatización total o parcial, a la concesión total o parcial de servicios, prestaciones u obras, cuya gestión actual se encuentre a cargo de las provincias o a la liquidación de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente a las Provincias.* 10) *Dejar sin efecto las restricciones a la oferta de bienes y servicios y las intervenciones en diversos mercados, en particular: — adhiriendo al Decreto 2284/91 en lo que resulte de aplicación provincial; — derogando el carácter de orden público de los aranceles correspondientes a honorarios profesionales en todos los sectores; — liberando al sector comercial (libre instalación de farmacias, derogación del monopolio de mercados mayoristas, horarios comerciales, etc.); — eliminando todas las restricciones cuantitativas o de otro orden que limitaren el ejercicio de las profesiones universitarias y no universitarias. — disponiendo la apertura de los mercados del transporte de pasajeros y carga de acuerdo a las*

El deficitario marco conceptual y normativo llevaría, inevitablemente, a una consideración muy confusa de las pautas o elementos rectores del proceso de “reforma” del Estado.

## 6. Servicio público y “reforma” del Estado en el caso argentino

En lo que hace estrictamente al servicio público, la “reforma” del Estado, iniciada en nuestro país con la sanción de la ley 23.696, produjo una profunda transformación en cuanto a las formas o modalidades en que venían siendo prestados, que derivó, a partir de la sanción de nuevos marcos regulatorios, en una fuerte modernización y revitalización del sector.

Pero no propuso una redefinición de su concepto.

En realidad, todo el proceso de “reforma estatal” se basó en la noción tradicional de servicio público para, posteriormente, intentar incorporarle algunas nuevas características, primero en las formas o modalidades de prestación (concesiones y licencias) y, luego, en el alcance de su ámbito de aplicación (servicios universales).

---

*orientaciones adoptadas en el nivel federal; — propiciando las medidas tendientes a disminuir los costos judiciales y del ejercicio profesional. En particular la determinación de honorarios de abogados y peritos, se hará guardando relación con el número de horas trabajadas y no por el monto de la demanda o sentencia. — adhiriendo a la política federal en materia minera de acuerdo a lo establecido en el decreto 815/92. — adhiriendo, en las jurisdicciones provinciales que corresponda, a la política federal en materia portuaria de acuerdo a lo establecido en el decreto 817/92. — adhiriendo a la política federal en materia de medicamentos establecida en el decreto 150/92 y sus modificatorios. — reconociendo los controles y registros federales y de las demás Provincias en materia de medicamentos y alimentos. 11) Adoptar las modalidades, procedimientos y acciones establecidos por los artículos 1 a 7, 8 a 13, 15 a 19, 21 a 40, 60, 61, 62 y 63 de la Ley N° 23.696 y por los artículos 1 y 2, 23, 36, 42 a 47, 60 y 61 de la Ley N° 23.697, los que adecuados al ordenamiento provincial, serán de aplicación directa en las Provincias. Idéntico procedimiento se adoptará, en lo que resulte de aplicación provincial, con los decretos del Poder Ejecutivo Nacional Nros. 958/92, 142/92, 1494/92, 1813/92 y 2293/92...”*

Se partió de un modelo regulatorio tradicional (en el que el Estado afirmaba su titularidad por vía, incluso, del abandono de determinadas actividades o porciones de actividades hasta ese momento consideradas y reguladas como servicios públicos), y se lo enfrentó, en muchos casos sólo discursivamente, con los tres paradigmas anteriormente mencionados como pilares de la idea de “reforma” del Estado: desregulación, liberalización y privatización.<sup>34</sup>

De ellos, en el caso argentino, de conformidad con los antecedentes que hemos repasado, aquel que sería puesto claramente en el centro de

---

<sup>34</sup> Como resumen de los presupuestos básicos de la “reforma” del Estado desarrollada en nuestro país y que, por distintas razones, no llegaron a completarse, Tawil señala que aquel se desarrolló “...en función de ciertos presupuestos básicos: (i) una segmentación vertical y horizontal de los sectores; (ii) la separación de los sectores monopólicos –a ser más estrictamente regulados– de los sectores en competencia; (iii) la consagración del acceso abierto (open access) a las redes de infraestructura; (iv) limitaciones a la concentración en distintas industrias; (v) un sistema de tarifas reguladas en aquellos sectores donde no habría competencia con un cálculo de tarifas en moneda constante y distintos sistemas de ajustes predeterminados (revisiones tarifarias quinquenales, etc.) y no predeterminados (por ejemplo, en función de modificaciones impositivas); (vi) sistemas de regulación por incentivos, esencialmente buscando incentivar la eficiencia (como podría ser el sistema de price cap) y penalizando las deficiencias de calidad, privilegiando un sistema de metas de calidad y objetivos por sobre uno de metas físicas, etcétera. En la mayor parte de los casos, el Estado sólo transfirió a los prestadores el riesgo comercial, asumiendo el riesgo político al establecer las tarifas en moneda constante. Con escasas excepciones, las licencias y contratos de concesión establecieron que las tarifas se calculaban en dólares estadounidenses y debían convertirse a pesos el día anterior a la facturación. De ese modo, el riesgo cambiario que asumía el prestador se limitaba al que pudiera presentarse entre el momento de facturación y el momento de cobro de la respectiva factura...”, Tawil, Guido Santiago, “Los servicios públicos ante la emergencia económica financiera”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), “Servicio público y policía”, *El Derecho*, Buenos Aires, 2006, pág. 369. Sin embargo, ya se había puesto de manifiesto que: “...Cuando se iniciaron las privatizaciones, al comenzar la década de los 90, los futuros inversores exigían monopolios: era la única forma en que se podía realizar las grandes inversiones que exigía el país. Asegurando ganancias, habría suficientes inversiones. Los monopolios resultaban difíciles de explicar a la ciudadanía, pero entre expertos y políticos flotaba la sensación de que no había otra salida. La reforma constitucional ‘legalizó’ años después los ‘monopolios legales’ (...). Luego de una década, creemos que se ha cumplido el pronóstico que José Eugenio Soriano García hizo... los que han disfrutado del monopolio son los adalides de la liberalización, en ese momento los llamó ‘futuros ex -monopolistas’...” Pritz, Osvaldo A. F., “Las limitaciones societarias y el principio de competencia”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001, pág. 273.

la escena (doctrinaria y regulatoria), será la “privatización” de actividades o empresas que se encontraban en manos del Estado.<sup>35</sup>

En efecto, con anterioridad a todo intento serio y sostenido de desregulación de la economía, la ley 23.696 declaró sujetas a “privatización” a una nómina de empresas estatales vinculadas, en algunos casos, con la prestación de servicios públicos.

Para comprender el alcance que un procedimiento de “privatización” puede tener, conviene recordar que: *“...con la expresión privatización se entiende la apertura a los privados de determinados sectores hasta ahora reservados al ‘público’. En este caso aquello que cambia no es (o no solamente) el perfil subjetivo de la empresa, sino el aspecto objetivo y funcional de un peculiar segmento de mercado. Privatización significa entonces ‘liberar’ una dinámica de mercado potencialmente activa, transparentando las condiciones de concurrencialidad en el ámbito de actividades productivas y de servicios públicos. En realidad, es justamente la liberalización de los mercados lo que viene a dar un considerable impulso a la privatización de las empresas públicas, comprendidas aquellas que producen servicios de utilidad pública. Dos son los factores principales que han influenciado este tipo de privatización: el desarrollo de las tecnologías que han puesto las premisas para la coexistencia de empresas públicas y empresas privadas, determinando la caída de los monopolios naturales; y la influencia sobre los derechos*

---

<sup>35</sup> Señalándose, en este sentido, que: *“...La privatización tuvo dentro de la Ley N° 23.696 un sentido amplio que abarcó de esta manera tanto sea la venta de empresas o activos públicos –con la consiguiente transferencia del ejercicio de la actividad–, como la transferencia sólo del ejercicio de la actividad, transfiriéndose la actividad utilizando infraestructura pública. La generalidad de los autores colocan dentro de la privatización a aquella operación que consiste en la transferencia al sector privado de la responsabilidad en la gestión de actividades estatales manteniéndose lo que se dio en llamar la publicatio, pero, de acuerdo con la posición que adoptamos con relación a la titularidad del servicio público –la que consideramos siempre privada– la privatización sólo se halla representada en la transferencia del ejercicio de la actividad...”*, Canosa, Armando, “Régimen jurídico-administrativo del transporte ferroviario de carga”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 277, pág. 25 y sig., Buenos Aires, 2001.-

*nacionales del derecho comunitario, que en la dialéctica Estado-mercado privilegia al mercado sobre el Estado.*<sup>36</sup>

Sólo a partir de estas coordenadas, podremos trazar las posibles líneas de conexión entre el “viejo” y el “nuevo” paradigma de gestión de las actividades servicios públicos.

En cualquier caso, se parte de la discusión del alcance de las potestades regulatorias estatales a los fines de establecer las condiciones de organización, desarrollo y prestación de determinadas actividades económicas.

Potestades regulatorias que, según el modelo de constitución económica adoptado por cada Estado, podrá o no contemplar la posibilidad de que algunas de dichas actividades puedan ser establecidas y reguladas, a partir de un acto estatal (*publicatio*), como servicios públicos.

En caso contrario, los fundamentos (y límites) propios de la intervención estatal, estarán dados por el alcance que, en cada sistema, podrá tener la actividad estatal reguladora de los derechos de los particulares.

No habrá servicio público, sino, a lo sumo, actividades privadas de interés público, sujetas a una intensa regulación por parte del Estado.

En casos como el argentino, sobre la base del sistema constitucional de potestades, el proceso de reforma estatal tendrá el efecto de imponer,

---

<sup>36</sup> Antonella Pierini, en op., cit., pág. 243. En general sobre la temática propia del ‘Estado regulador’, ver: Sabino Cassese ed Emilio Gerelli (a cura di) “Deregulation. La deregolamentazione amministrativa e legislativa” op., cit. y G. Majone, A. La Spina, “Lo Stato regolatore”, en *Rivista trim. di Scienza dell’Amministrazione*, n. 3, 1991, pág. 3 y sig. Según estos autores, “...resulta posible ver como objeciones dirigidas contra el Estado interventor y a sus políticas económicas y sociales pueden no ser aplicadas al Estado regulador, y como la estrategia de la *regulation* pueda permanecer, y haya de hecho permanecido, de central relieve. En efecto, la actividad reguladora del Estado, entendido como un Tercero *super partes* munido de poderes normativos y autoritativos, del cual se espera una utilización de tales poderes eficaz y públicamente justificable (...) responde a las exigencias que pertenecen a todas las sociedades políticas, o al menos a todas las sociedades políticas liberal-democráticas, y no solamente a las sociedades occidentales modernas. En este sentido, la idea de Estado regulador es una idea para nada nueva. En segundo lugar (...) la urgencia, la dificultad técnica, la continua redefinición de cada uno de los problemas objeto de la *regulation* parecen sugerir el recurso a instrumentos, procedimientos, organismos en los cuales adquiere mayor relieve... (al menos en la experiencia europea) la componente de la *expertise*, y una relevancia menor aquella político-partidaria...”, op., cit., pág. 7 y 8.

si se quiere, determinados modelos regulatorios y de prestación para los servicios públicos, pero no podrá desconocer la subsistencia de dichas potestades estatales y, por ende, del concepto mismo de servicio público como técnica de intervención.

Noción que, en líneas generales, concuerda con la vieja idea de “titularidad” estatal del servicio, ya que, en definitiva, otorga la primacía (pero también la obligación) del poder público para la regulación de una porción *singular* del mercado de servicios.

Al “privatizarse” el modelo de gestión de los servicios públicos, se *deconstruye*, en definitiva, el sistema en tres *momentos*:

1.- Un *primer* momento normativo-regulatorio, desde donde parte el sistema mismo sistema, que se consolidará con la inclusión del modelo de regulación del servicio público en el marco de la constitución económica de cada Estado.<sup>37</sup>

2.- Un *segundo* momento, que cumplirá con la tarea de regular *sectorialmente* la gestión de los servicios, en la actualidad identificado con la atribución de estas tareas regulatorias a *Agencias* o *Commissions*, o en general, Autoridades independientes, lo cual en nuestro país, en función de lo normado por los arts. 42, 75, inc. 18, y 76, queda reservado en forma exclusiva al Poder Legislativo.

3.- Un *tercer* momento representado por la gestión misma de las actividades a través de sujetos privados (o no), pero siempre en forma empresarial (y sujeta en línea de principio a las reglas de la competencia). Con los rasgos de gestión ya delineados; esto es, libertad de acción (o, sujeción a las reglas del mercado) en todos aquellos aspectos no involucrados en las “obligaciones de servicio público” que les hubieran sido impuestas por la autoridad pública titular de la actividad.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Ver a este respecto: Pia Marconi, “La Carta dei Servizi Pubblici e la *Citizen’s charter*. *La normativa sulla carta dei servizi*.”, en *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* n. 1/1998; pág. 197 y sig.

<sup>38</sup> Respecto de la relación de los procesos de liberalización y privatización, expresa recientemente Reiner Schmidt: “...*Ante todo, es oportuna una aclaración conceptual. Liberalizar los servicios públicos no significa privatizarlos (...) independientemente del hecho que sea el Estado, las comunas o los privados los prestadores... el monopolio existente debe ser limitado de manera de crear oportunidades de acceso al mercado (...) La liberalización de los servicios públicos está solo indirectamente conectada con las*

Lo que se privatiza, entonces, es la gestión de las actividades-servicios públicos, no el sujeto titular. Por lo que no se delega o entrega completamente la actividad al mercado; aquel, en efecto, no podrá dictar las “reglas de juego” en todo lo concerniente a la satisfacción de las específicas necesidades inherentes al servicio público.

## 6. 1. El “nuevo” servicio público en la doctrina y jurisprudencia

A pesar de lo prescripto en nuestro régimen constitucional y legal en materia de servicios públicos, y de los antecedentes inmediatos de la ley 23.696, ésta generó un sinnúmero de relecturas y propuestas de redefinición del concepto de servicio público.

Con algunos pocos antecedentes vinculados con una posible noción restringida de servicio público (Barra<sup>39</sup>; Linares<sup>40</sup>), proliferarían en la doctrina nacional distintas ideas sobre el alcance de la “reforma” del Estado y su impacto en la materia.

Existirán y se desarrollarán, en este sentido, dos corrientes doctrinarias, claramente identificables.

---

*particulares instancias organizativas de la privatización material o funcional. El acceso a los mercados no depende de la forma jurídica ni de la figura subjetiva, sino únicamente de las condiciones de hecho y de derecho de tal acceso (...) El principio fundamental de la economía de mercado, abierta y en libre concurrencia (art. 4, parágrafo 1, TCE) no implica ninguna obligación de privatización, sino que garantiza que sea la propia concurrencia la que regule la producción...”; Schmidt, Reiner, “La liberalizzazione dei servizi di interesse generale”, Rivista Trimestrale di diritto pubblico, 2003-3, pág. 690 y 691.*

<sup>39</sup> Barra, Rodolfo Carlos, “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público”, nota comentario al fallo dictado en la causa “Fundación San Marín de Tours” por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en fecha 15 de septiembre de 1981; en La Ley, 1982-B, pág. 363 y sig.

<sup>40</sup> Linares ensaya un concepto “restringido” de servicio público, primero, en Linares, Juan F., “Concepto y definición de servicio público”, en Revista Argentina de Derecho Administrativo, Octubre-Diciembre de 1978, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, pág. 33 y sig., y, luego, en su curso “Derecho administrativo”, Astrea, Buenos Aires, 1986, pág. 509 y sig.



En primer lugar, una línea liderada por quienes, sustancialmente, compartían que el fundamento del cambio o transformación que se propone para las formas de intervención estatal en la economía, radica en que el Estado –por principio- no tiene el deber de intervenir.

Sosteniendo, para ello, dos cuestiones centrales: a) la idea de que el principio de subsidiariedad actúa de manera directa sobre el ordenamiento; b) la certeza de que no existe, en materia de intervención estatal en la economía, un mandato constitucional que indique lo contrario.

Se tratará de imponer en la conceptualización de la “reforma” del Estado argentino, el modelo europeo de desregulación económica y liberalización de los servicios públicos, claramente liderado en los primeros años ‘90 por Gaspar Ariño Ortiz, por el cual se pregona la sustitución del Estado de Bienestar por el nuevo “Estado regulador”.

En efecto, esta destacada línea doctrinaria, reivindicando la tesis de que nuestro derecho administrativo seguía perteneciendo a la órbita del derecho continental europeo, observaría una continuidad del concepto, modulada por los principios de desregulación y liberalización del servicio, que traducían un modelo mejorado y moderno del sistema servicial tradicional.

Barra había ya señalado con anterioridad a la sanción de la ley 23.696, que: “...*Para que haya servicio público, entonces, se deben reunir los siguientes caracteres: a) que la actividad sea de competencia estatal (titularidad); b) que tal competencia no puede ser compartida con los administrados (‘publicatio’ plena); c) que la ejecución de la actividad (no así la titularidad de la competencia) puede ser transferida a los administrados sin afectar ninguno de los atributos esenciales del poder estatal...*”<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Barra, Rodolfo Carlos, “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público”, nota comentario al fallo dictado en la causa “Fundación San Marín de Tours” por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en fecha 15 de septiembre de 1981; en Revista La Ley, 1982-B, pág. 370. Seguirán esta línea, claramente, destacados autores de nuestro derecho administrativo como: Cassagne, Juan Carlos, “El servicio público y las técnicas concesionales”, Revista de Derecho Administrativo N° 18, Depalma, Buenos Aires, enero-abril 1995, págs., 21 y sgts, entre otros artículos de su autoría; Canosa, Armando

Y que, por ello: *“...el concepto jurídico del servicio público debe ser estudiado desde la perspectiva de su ejercicio por el particular concesionario más que como un régimen jurídico que regula una de las modalidades de prestación directa por parte de la Administración pública (...) no existe una diferencia sustancial de régimen jurídico entre el que corresponde a la llamada actividad de servicio público de la Administración pública y el que corresponde a la restante actividad de prestación de bienes al mercado que realiza la misma Administración pública... Por consiguiente, el dato determinante para caracterizar a una actividad como servicio público es que ella, siendo de titularidad estatal, pueda ser ejecutada por los particulares bajo un determinado régimen jurídico (concesión de servicio público) que es útil para garantizar las prestaciones a los administrados que corresponden a esa actividad concreta, serán realizadas con predominio de las exigencias del interés público sobre las demandas de las reglas de la ‘libertad de mercado’...”*<sup>42</sup>

Cassagne, en la misma línea, diría posteriormente, que: *“...al privatizarse algunas actividades que no satisfacen necesidades primordiales de los habitantes, se opera una transferencia de la titularidad pública hacia la privada (v.gr., la actividad de radiodifusión y televisión) sin escapar a la regulación estatal, justificada por el hecho de tratarse de actividades de interés público, lo que, en definitiva, implica acotar la tendencia expansiva que había alcanzado la institución del servicio público...”*<sup>43</sup>

---

N., “El proceso de desregulación”, Revista de Derecho Administrativo, Año 3, N°7/8, Buenos Aires, 1992, pág. 579 y sig.; “Régimen jurídico-administrativo del transporte ferroviario de carga”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 277, pág. 25 y sig., Buenos Aires, 2001; “Régimen administrativo del transporte terrestre”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002; entre otras publicaciones. Puede citarse, asimismo, a Comadira, Julio Rodolfo, “El servicio público como título exorbitante”, en El Derecho –Administrativo- N° 10.912, del 31 de diciembre de 2003.-

<sup>42</sup> Barra, Rodolfo Carlos, “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público”, op., cit., pág. 372 y 373.-

<sup>43</sup> Cassagne, Juan Carlos, “El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción)”, Revista de Administración Pública, Núm. 140, mayo-agosto 1996, pág. 102 A pesar de lo cual, este autor también consignaría que: *“...Algunos piensan que estamos en presencia de un nuevo derecho –el derecho de la post privatización-, y no faltan quienes sostienen que sería necesario codificar todo el derecho aplicable a los servicios públicos para conferir unidad*

En segundo lugar, tenemos otra destacada línea doctrinaria que propugna la sustitución de la clásica concepción de servicio público de cuño europeo, por otra de raíz norteamericana.

En esta línea se destaca Mairal, a partir de la publicación de su ensayo “La ideología del servicio público”.

El problema, según este autor, está dado por la doctrina a la que está afiliada nuestro sistema “estatista” de prestación de servicios: la escuela francesa del servicio público, de la cual León Duguit sería su ícono o principal expositor.

De esta manera, se afirma que el servicio público en nuestro país no constituye una noción jurídica (y, por ende, digna de un régimen jurídico), sino puramente ideológica.

Por lo tanto, el sólo cambio de dicha ideología, implicará la posibilidad de cambiar el régimen. No existen problemas constitucionales. Es sólo un problema legal.

Y la ley 23.696 será la que vendrá a iniciar el nuevo sistema, con clara filiación, esta vez, al modelo anglosajón.

Mairal construye su posición a través de tres pasos conceptuales.

---

*y coherencia normativa al sistema regulatorio. En rigor, lo que acontece es la aparición de una nueva y distinta realidad jurídica que requiere adaptar los principios y doctrinas al uso de las transformaciones operadas, fenómeno que implica, en algunos casos, el retorno hacia técnicas tradicionales (como la concesión de servicio público), aplicables mediante un proceso previo de depuración de algunos criterios que hoy día son arcaicos o resultan contradictorios con las ideas que han impulsado la transformación. Pero de ahí a sustentar la configuración de un nuevo derecho media un abismo jurídico, difícil de cubrir con planteos idealistas alejados de un realidad que muestra la supervivencia de las principales instituciones establecidas como garantías en favor de los particulares, sean éstos concesionarios o clientes...”, Cassagne, Juan Carlos, “Estudios de Derecho público”, Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 100 y 101. Canosa, por su parte, señalará que: “...el servicio público es una de las formas de intervención estatal a través de la regulación del ejercicio de un derecho que representa una técnica de garantía a favor de los particulares, por la que se aseguran determinados estándares en las prestaciones. Hoy no necesita el Estado considerar una actividad como de titularidad estatal para alcanzar esos cometidos y tiene al mercado –y a la competencia como parte de éste– como su mejor aliado para concretar esos fines, sin perjuicio de su ineludible obligación de control y lo que sea propio por aplicación del principio de subsidiariedad...”, Canosa, Armando N., “Régimen jurídico-administrativo del transporte ferroviario de carga”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 277, pág. 30, Buenos Aires, 2001.*

En primer lugar, niega el origen de la institución a partir de la idea de que: *“...En el primer tercio de este siglo, la prestación de los servicios públicos estaba preponderantemente en manos privadas, siendo la propiedad y gestión estatal casos excepcionales (correos y obras sanitarias constituían los casos principales). La prestación privada se realizaba en virtud de concesiones en el caso de los ferrocarriles y de la electricidad; de licencias en el caso de las radios; de permisos, como ocurría con los teléfonos y de algunos transportes; y aun se daban casos de mera existencia de hecho de la prestación privada con ausencia total de autorización estatal. Ello demuestra que en nuestro país la prestación privada preexistió a la estatal en caso todos los servicios públicos y que ella no siempre se llevó a cabo inicialmente sobre bases típicamente concesionales (...) El predominio estatal en el último medio siglo fue acompañado por la difusión del modelo francés, cuya regla constitucional (...) tuvo su paralelo en nuestra Constitución nacional de 1949...”*<sup>44</sup>

Generaliza, así, la noción de que: *“...en nuestro país la prestación privada preexistió a la estatal...”*, sin discutir, claro está, la modalidad y condiciones jurídicas en que ello acaeció. Lo cual hemos tenido oportunidad de analizar en profundidad en la primera parte de este trabajo.

En segundo lugar, como justificación de lo anterior, enfatiza la idea de la “neutralidad” de nuestra Constitución nacional en materia de intervención pública en la economía.

Sostendrá que: *“...La teoría del servicio público debe partir necesariamente de la Constitución nacional, cuyo análisis nos muestra una neutralidad que abre campo a la decisión del legislador en cualquiera de los sentidos: gestión estatal o gestión privada. Pero nada hay en nuestra actual Constitución que permita identificar a los servicios públicos con las funciones de la administración pública (...) cualquier que haya sido la validez, bajo la Constitución de 1853/1860, de la concepción que veía*

---

<sup>44</sup> Mairal, Héctor A., “La ideología del servicio público”, Revista de Derecho Administrativo, Año 5, setiembre-diciembre 1993, N°14, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 385 y 386.-

*en los servicios públicos una actividad estatal, ella debe hoy abandonarse ante los cambios legislativos operados...*<sup>45</sup>

En tercer lugar, y como corolario, afirma que el régimen de reforma estatal aprobado por la ley 23.696, tenía, por sí sólo, la aptitud de transformar la teoría del servicio público vigente en nuestro país hasta su aprobación.

En efecto, dirá en este sentido que: *“...El proceso de privatización y las leyes que lo pusieron en vigencia, pues, no pueden sino acarrear importantes transformaciones en la teoría del servicio público, tal como ella es aplicada en nuestro país. Dichas transformaciones pueden resumirse así: -los servicios públicos han dejado de constituir ‘actividad administrativa’; - no es posible mantener hoy como nota definitoria del servicio público la ‘titularidad’ estatal de la actividad; y -en el ámbito nacional, se tiende a reemplazar el modelo francés por uno basado en gran medida en el derecho norteamericano o, dicho de otro modo, a pasar del régimen tradicional europeo del servicio público a uno de regulación...”*<sup>46</sup>

Todo lo cual implica, desde este punto de vista, que: *“...Tampoco se puede sostener que la ley 23.696 y las demás normas que se dictaron en su consecuencia, han mantenido la titularidad estatal de la actividad y privatizado solo la gestión del servicio o los bienes utilizados para tal fin. Se trataría de la privatización organizativa, en que la actividad continúa siendo de titularidad estatal aunque de ejercicio privado, por oposición a la privatización funcional que implica privatizar tanto la actividad como su ejercicio...”*<sup>47</sup>

De esta manera: a) el régimen del servicio público fue originalmente “privado”; b) la “anomalía” vino dada por la nacionalización impul-

---

<sup>45</sup> Mairal, Héctor A., “La ideología del servicio público”, op., cit., pág. 398 y 399.-

<sup>46</sup> Mairal, Héctor A., “La ideología del servicio público”, op., cit., pág. 398.-

<sup>47</sup> Mairal, Héctor A., “La ideología del servicio público”, op., cit., pág. 416. Según este autor, como luego veremos, es la nota de la “...obligatoriedad lo que constituye actualmente el factor definitorio del servicio público. Las restantes notas, o sea, la uniformidad o igualdad, la regularidad y la continuidad, pueden ser entendidas como consecuencias de la obligatoriedad, ya que aseguran la disponibilidad del servicio y evitan violar el derecho general al acceso mediante prácticas discriminatorias...”, conf. op., cit. Pág. 430.-

sada por el peronismo; c) la Constitución de 1853 es, en materia de intervención estatal, “neutra”; d) la ley 23.696 tenía, por ello, la aptitud de cambiar o transformar radicalmente un sistema sólo sustentado “ideológicamente” (y no en normas constitucionales); y e) no puede, por ello, luego de la ley 23.696, sostenerse la supervivencia de la idea de “titularidad” estatal del servicio público.

En función de lo cual, no existía óbice para entender que, legalmente, nuestro país había “optado” por renunciar a la “Escuela del Servicio Público” para afiliarse a un tipo de regulación estatal cercana a las “*Public utilities*” del derecho anglo-americano.

Sin embargo, y a pesar de las diferencias expuestas, en ambos casos (es decir, en las tesis afiliadas al derecho administrativo continental europeo o anglosajón<sup>48</sup>), se dará un tratamiento similar a los “nuevos” (viejos) problemas en materia de servicios: a) el régimen jurídico entre el concesionario y el usuario; b) el sistema tarifario; c) el régimen de bienes; d) derecho de “propiedad” de los concesionarios ante la emergencia.

En ambos casos, se intentará vincular la reforma del Estado con la reforma constitucional de 1994, marcando una supuesta “continuidad” entre ambas.

Resulta singular la posición de Gordillo. Por un lado, había desarrollado una tesis por la cual directamente negaba la categoría “servicio público”, a partir del estudio (y comprobación circunstancial), de las causas de su crisis o decadencia hacia la década de 1970.

Ahora bien, a pesar de ello, y en vistas del cambio del modelo prestacional propuesto por la ley 23.696, retomará su estudio sobre la base de dos conceptos fundamentales: a) comparte la idea de “neutralidad” constitucional; y b) sostiene, sobre la base de dicha

---

<sup>48</sup> De alguna manera, puede decirse que la “disputa” doctrinaria sostenida años después por Cassagne y Mairal sobre el “contrato administrativo”, marca las diferencias y límites conceptuales entre ambas visiones doctrinarias.

idea, la necesidad de interpretar de manera restrictiva las concesiones de servicio público monopólicas.<sup>49</sup>

Desde otro punto de vista, y con algún antecedente aislado<sup>50</sup>, un sector minoritario de la doctrina nacional sostendrá una posición distinta, basada en la idea de titularidad estatal del servicio público, en los términos sostenidos por nuestro primer derecho público. Nos encontramos aquí con las obras de Salomoni; Muñoz<sup>51</sup>; Pérez Hualde<sup>52</sup>; Balbín<sup>53</sup>, entre otros.

De entre todos ellos, fue sin dudas Jorge Salomoni quien comprendió que no se podía avanzar en la teorización del derecho administrativo sin tener claro, de una vez por todas, las condiciones y circunstancias de la génesis del derecho público nacional.

---

<sup>49</sup> Gordillo, Agustín, “Después de la reforma del Estado”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.

<sup>50</sup> Entre las primeras obras generales que, en general, trataron sistemáticamente la idea de “reforma” del Estado y su vinculación con el servicio público, debemos destacar: Hutchinson, Tomás, Barraguirre, Jorge A., Grecco, Carlos Manuel, “Reforma del Estado. Ley 23.696”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1990; y, muy especialmente, por la vinculación de dicho proceso con el derecho europeo e italiano: Palazzo, José Luis, Sesín, Domingo J., y Rolón Lembeye, Víctor Armando, “La Transformación del Estado. Tendencias actuales, innovaciones en el Derecho italiano y europeo”, Depalma, Buenos Aires, 1992.

<sup>51</sup> Muñoz, Guillermo, “El control de los servicios públicos privatizados”, en Revista Actualidad en Derecho Público N°5, SCS & Asociados Editores, Buenos Aires, 1996, pág. 9 y sig.; “Servicio público y concesión”, Revista Actualidad en Derecho Público N°7, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 83 y sig.; “Los entes reguladores como instrumento de control de los servicios públicos”, Revista Actualidad en Derecho Público N°14, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 55 y sig.; entre otros.

<sup>52</sup> Pérez Hualde, Alejandro, “El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar”, Depalma, Buenos Aires, 1997; “Sistema de protección constitucional del usuario de los servicios públicos: fundamentos y dificultades”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2006, <http://www.acader.unc.edu.ar>; “Servicios públicos, régimen, regulación y organismos de control”, en Pérez Hualde, Alejandro, “Servicios Público y Organismos de Control”, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pág. 1 y sig.; “Omisión del Estado y servicios públicos”, en “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, pág. 1007 y sig., entre otras obras.

<sup>53</sup> En efecto, deben señalarse como sumamente valiosos los aportes que hará Balbín a la discusión del concepto y régimen jurídico del servicio público a partir del texto constitucional de 1994, conf. Balbín, Carlos F., “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, op., cit., pág. 899 y sig.

Vislumbrando, al mismo tiempo, en una perspectiva realmente superadora, la trascendental transformación que el nuevo derecho internacional –particularmente el derecho internacional de la integración y el de los derechos humanos-, implica para los ordenamientos jurídicos nacionales. Especialmente en materia de derecho público, luego de la reforma constitucional de 1994.

Plasmando ambas perspectivas en su *Teoría General de los Servicios Públicos*<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Salomoni, Jorge Luis, “Teoría General de los Servicios Públicos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999. Obra que, a su vez, tuvo como sus antecedentes directos, a los siguientes artículos: “Esbozo sobre la identificación del Régimen Jurídico aplicable a la relación entre los sujetos de un Servicio Público Privatizado”. Publicado en la Revista Actualidad en el Derecho Público N° 2, septiembre-diciembre 1995, SCS Editores, Buenos Aires, págs. 10 y sgtes.; “Aporte para una discusión sobre la titularidad estatal de los servicios públicos”. Publicado en la Revista de Actualidad en el Derecho Público N° 3, enero-abril 1996, SCS Editores, Buenos Aires, págs., 35 y sgtes., y en Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Juan Carlos Cassagne Director, Abeledo Perrot, 1998, págs., 823 y sgtes. En versión reducida, Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad, en publicación del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, Buenos Aires, 1995, pág., 71 y sgtes.; “Régimen de los bienes públicos en las concesiones o licencias de servicios públicos.(El caso de la explotación de la distribución del gas natural)”. Publicado en “Revista do Direito” de la Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil, N° 3, julho de 1995, págs. 75/90; en VVAA, El Derecho Administrativo Argentino, Hoy, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, 1996, págs., 302 y sgtes.; y en Revista de Actualidad en el Derecho Público, N° 4, mayo-agosto 1996, SCS Editores, Buenos Aires, págs., 15 y sgtes.; “Reforma del Estado y Servicio Público: Titularidad y Privatización en el Derecho Público Argentino”. En la Revista Actualidad en el Derecho Público N° 5, septiembre-diciembre 1996, SCS Editores, Buenos Aires, Argentina, págs., 14 y sgtes. Y que, posteriormente, desarrollaría en los siguientes trabajos: “El artículo 42 de la Constitución y la vinculación entre sus normas reglamentarias: el régimen legal de la defensa de la competencia y los marcos regulatorios, entes o agencias reguladoras de los servicios públicos en la república Argentina”. En Revista Actualidad en el Derecho Público N° 12, Enero-Abril 2000, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, págs. 31 y sgtes.; “Regulacao dos Servicos Públicos e Defesa da Concorrência na Argentina”, (texto en portugués) en VVAA., Direito Administrativo Econômico, Carlos Ari Sunfeld Coordinador, Malheiros Editores y Sociedade Brasileira de Direito Público, Sao Pablo, Brasil, 2000, págs., 211 y sgtes.; “Servicio público y emergencia”, en VVAA., Servicio Público, Policía y Fomento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP S.A., Buenos Aires, 2004, págs., 243 y sgts.; “El concepto actual de servicio público en la República Argentina”, en Revista Documentación Administrativa N° 267-268, “El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias Actuales (I)”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, septiembre 2003-Abril 2004, págs., 367 y sgts; “El servicio público en los países del MERCOSUR”, en VVAA., Servicio Público y



En este sentido, señala Salomoni que: “...en la Argentina, no se ha conformado un nuevo modelo de Estado, sino que se ha operado, en el sector de los servicios públicos, una mera delegación de competencias en los particulares explotadores de los mismos. Más aun teniendo en cuenta que la norma constitucional vigente es la de 1853 con la reforma de 1994, que mantuvo en lo esencial, y en este aspecto, la misma estructura originaria...”<sup>55</sup>

En esta línea argumental, la técnica concesional (e incluso la liberalización de servicios públicos por medio del sistema de “licencias”) son plenamente posibles, pero no implican el abandono del servicio por parte del Estado.

Salvo que, expresamente, así se establezca.

La ley 23.696, en definitiva, no venía introducir un cambio o transformación en el sistema de potestades establecido, desde 1853, en la Constitución nacional.

Sin perjuicio de ello, y avanzando claramente en una nueva teorización, producirán una especial valorización de la reforma constitucional de 1994, en lo concerniente a la incorporación de la figura del usuario por medio del art. 42 y, fundamentalmente, por la modificación del sistema de fuentes internacionales por medio del artículo 75, inc. 22.

Allí radica, para ellos y para nosotros, tal como luego veremos, la verdadera y posible transformación del régimen del servicio público en nuestro país.

## **6. 2. La jurisprudencia nacional: “reforma” del Estado y servicios públicos**

La jurisprudencia nacional no aportará grandes definiciones en torno al alcance de la “reforma” del Estado.

En efecto, la Corte Suprema nacional, en la que hace al alcance y conceptualización del proceso de “reforma” del Estado, se limitará a

---

Policía, Juan Carlos Cassagne – Director, El Derecho Universitas, Buenos Aires, 2006, págs. 133 y sgts; entre otros.

<sup>55</sup> Salomoni, Jorge Luis, “Teoría General del Servicio Público”, op., cit., pág. 339.

señalar la vinculación entre aquella, la idea de subsidiariedad estatal, y el régimen de “privatizaciones”.

La jurisprudencia contencioso administrativa federal se encargará, también, de desbrozar algunos problemas puntuales: a) la jurisdicción en materia de conflictos entre usuarios y prestadores privados de servicios públicos; b) el régimen de propiedad participada en los casos en que fue previsto para algunas privatizaciones en particular; c) la cuestión de la constitucionalidad del “peaje”; d) el rol y los alcances de las competencias de los entes reguladores; y e) algunas cuestiones tarifarias.

Así, en relación con la primera cuestión mencionada, tenemos sólo la sentencia dictada en la causa “Cocchia, Jorge D. c/ Estado Nacional y otro s/ Acción de Amparo”, en fecha 02/12/1993, en el cual la Corte Suprema nacional en la que se vincula a la ley 23.696 con el principio de subsidiariedad y es caracterizada como un “...estatuto para las privatizaciones...”<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> En efecto, la Corte Suprema nacional afirmará que: “...si se examinan las leyes que sancionó el Congreso sobre la reforma del Estado -23.696, 23.697 y 23.928- no existen dudas acerca de la filosofía que inspiró a las políticas después implementadas por el mismo legislador o, en su caso, por el Ejecutivo, tendientes a proteger y estimular el marco de libertad indispensable para el funcionamiento de una economía de mercado en la cual el Estado asume un papel exclusivamente subsidiario (...) En este sentido, la ley 23.696 -en especial- expresa un verdadero sistema destinado a enfrentar la emergencia a través de un proceso de transformación del Estado y su Administración Pública, donde se destaca, como elemento singular, la política de privatizaciones decidida y desarrollada por el legislador (...) La ley citada se presenta así como un estatuto para las privatizaciones -con el fin de reubicar al Estado en el lugar que le reserva su competencia subsidiaria- estableciendo, para llevar a cabo tal política de privatizaciones, el procedimiento decisorio y el control de su ejecución (arts. 8° a 14 y 19 y 20), donde se destaca la íntima colaboración y responsabilidad compartida entre las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno; los medios o instrumentos jurídicos a utilizar para facilitar la privatización (arts. 10 y 15); las modalidades o tipos de privatización a utilizar (arts. 11 y 17); los procedimientos de selección del contratista (arts. 16 y 18); los mecanismos de participación accionaria de sectores de la comunidad singularizados por el legislador (cap. III, “del programa de propiedad participada”) sin omitir la protección del trabajador de la empresa “sujeta a privatización” (cap. IV)...” A su vez, en la causa: T. 262. XXXIII - “TV Resistencia S.A.I.F. c/ LS 88 Canal 11 Formosa s/ daños y perjuicios”, CSJN, sentencia del 28/05/2002; en la disidencia del juez Vazquez, se señala que: “...el llamado principio de subsidiariedad estatal que recoge el art. 10 de la ley 22.285, no tiene el alcance que le asigna la recurrente

En la disidencia de los Dres. Fayt y Barra en la causa “Davaro”, al discutirse la cuestión de la competencia contencioso administrativa o civil y comercial para entender en cuestiones vinculadas a conflictos entre usuarios y prestadores privados de servicios públicos, y siguiendo la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema que ya hemos reseñado, se enfatizaría que, en el marco de la ley 23.696, la privatización por delegación de cometidos: “...importa la transferencia, desde el sector público al privado, del ejercicio de la competencia que la administración tiene respecto de determinada actividad; en cambio, si la transferencia hubiera sido de la titularidad de la competencia, ésta sería una dejación, es decir, un cese de la responsabilidad que tal titularidad supone. En síntesis: en el primer caso se está ante un supuesto de privatización relativa, mientras que el segundo supone una privatización plena o absoluta, sin perjuicio de estar ambas previstas en la ley 23.696...”<sup>57</sup>

---

*(se omite considerar el art. 11 también citado por la parte actora, pues se refiere a la radiodifusión sonora con modulación de amplitud y con modulación de frecuencia, materia que es ajena al caso). En efecto, el Estado está obligado a proveer el servicio de radiodifusión cuando no lo preste la actividad privada, pero no está obligado a no proveerlo en caso contrario. En realidad, nada impide que el Estado provea un servicio que coexista con el que brinda la actividad privada. Es decir, el principio de subsidiariedad no implica exclusividad. Así resulta del contexto de la ley 22.285 y de la lectura de su Exposición de Motivos donde se afirma, por ejemplo, que “...se consagran las modalidades de prestación prealudidas: Particulares por un lado y el Estado Nacional por el otro sin que, necesariamente se comporten de manera competitiva, ni mucho menos antitética...” (...) Que, desde tal punto de vista, y en lo que aquí interesa, no se advierte que lo autorizado por el decreto cuestionado (o sea, la instalación de una repetidora estatal, donde ya existía una privada), hubiera violado el referido principio de subsidiariedad (...) Que, en consecuencia, la inconstitucionalidad del decreto 462/81 es inadmisibles a la luz del primer argumento seleccionado por la recurrente...”*

<sup>57</sup> CSJN, in re: “Davaro, Saúl v. Telecom S.A.”, sentencia del 8 de setiembre de 1992, disidencia Dres. Fayt y Barra, considerando 3º, segundo párrafo. Un muy interesante fallo de la época, se dio en la causa “Telintar SA –incidente- y otros c/Comisión Nac. de Comunicaciones –Mº de Economía y OSP s/proceso de conocimiento”, con sentencia de fecha 27 de diciembre de 1994, en la cual la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sostuvo, con apoyo en antigua jurisprudencia de la Corte Suprema nacional, que: “...las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con un criterio restrictivo (conf. doctr. de Fallos 105:26...” Ver, al respecto, comentario de Gordillo, Agustín, “Después de la Reforma del Estado”, Capítulo III, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.-

Con posterioridad a ese fallo de la Corte Suprema, y como luego veremos, el propio fuero contencioso administrativo federal terminará imponiendo su competencia para entender en la mayoría de las cuestiones que surgieran entre usuarios y prestadores de servicios públicos privatizados.

En lo relativo al régimen de propiedad participada en los casos en que fue previsto para algunas privatizaciones en particular, existieron varias controversias resueltas por la Corte Suprema nacional.<sup>58</sup>

Por su parte, la constitucionalidad del “peaje” fue resuelta por la Corte Suprema nacional en la causa “Arenera del Libertador” que: *“...el Art. 67, inc. 16, de la Constitución Nacional, al fijar las atribuciones que competen al Congreso Nacional, prevé, en lo que aquí interesa: “Proveer lo conducente a la prosperidad del país... promoviendo... la construcción de ferrocarriles y canales navegables... por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo” norma que expresamente le otorga base constitucional a la concesión de obra pública reglamentada en el orden nacional por las leyes 17.520 y 23.696, en sus Arts. 57 y 58...”,* para luego agregar que: *“(...) la ley 23.696 de Reforma del Estado, en su Art. 58 (Capítulo VIII: Concesiones), incorpora, como párrafo segundo del Art. 1° de la ley 17.520, antes transcripto, la aclaración de “que podrán otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción de otras obras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario”. Más adelante, y en el mismo artículo, la ley citada prevé que: “la tarifa de peaje compensará la ejecución, modificación, ampliación, o los servicios de administración,*

---

<sup>58</sup> Entre otros, ver: CSJN, in re: “Antonucci, Roberto c/ YPF SA y otro s/ part. accionario obrero”, sentencia del 20/11/2001.

*reparación, conservación o mantenimiento de la obra existente y la ejecución, explotación y mantenimiento de la obra nueva...*<sup>59</sup>

En cuanto al rol y los alcances de las competencias asignadas a los denominados “entes reguladores”, tanto la Corte Suprema nacional como el fuero contencioso administrativa federal, se pronunciarán en diversas causas, en relación con cuestiones vinculadas con: a) intervención de entes reguladores; b) potestades sancionatorias; c) potestades de regulación; d) potestades jurisdiccionales. Sobre lo cual volveremos al desarrollar, en particular, el régimen jurídico actual de los servicios públicos nacionales.

Finalmente, en materia tarifaria, comenzará a gestarse una progresiva ampliación de la legitimación de los usuarios y un cada vez más estricto control judicial, tanto en el caso de servicios públicos prestados por el Estado como por sujetos privados. Aunque sobre esto, también volveremos luego.

### **6. 3. Regulación económica, desregulación y servicio público en el proceso de “reforma” del Estado desarrollado en Argentina**

Retomando los conceptos generales desarrollados por la doctrina para sustentar el proceso de “reforma” del Estado (principalmente en el ámbito anglo-americano), podemos establecer que, para comprender este fenómeno, es necesario precisar la idea de “regulación económica” o de “desregulación” de la economía.

Y ello es así, en tanto, dichas ideas inspiraron los procedimientos por medio de los cuales, en definitiva, se impondría la *apertura* de los mercados del servicio público, su liberalización y, también, su privatización en condiciones de competencia.

Tal como lo señala el Prof. Sabino Cassese, “...*la Regulación no es cualquier clase de injerencia pública en la economía, como la planifi-*

---

<sup>59</sup> CSJN, in re: “Nación Argentina c/ Arenera El Libertador SRL”, sentencia del 18/06/1991.

*cación, las subvenciones, la concertación, la disciplina sanitaria y del trabajo, etc. Si se amplía de esta manera la noción, como hacen muchos estudiosos americanos, ésta deviene inutilizable, ya que termina por aprehender todo el derecho público de la economía...<sup>60</sup>*

La regulación implica siempre *“...formas de injerencia que no son externas al mercado, sino que son parte del mercado, en el sentido de que contribuyen a conformarlo...”*, siendo, para este autor, en este sentido, el mayor ejemplo, el caso de *“...los servicios públicos (o “public utilities”), como las telecomunicaciones, electricidad, gas, correos, transportes ferroviarios, aéreos y marítimos, agua, etc. En estos sectores, la disciplina pública presenta las siguientes características: en primer lugar, es prevalentemente condicional y no finalista; en segundo lugar, es puesta en manos de autoridades independientes; en tercer lugar, se ejercita bajo la modalidad “process oriented” (contradictorio, participación, transparencia) (...) Contrariamente a lo que frecuentemente puede leerse en los libros americanos, donde se difunden expresiones del tipo “regulation of competitive practices” para individualizar las intervenciones de la “Antitrust Division” del “Department of Justice”, la disciplina de la concurrencia (esto es el respeto de las prácticas concurrenciales impuestas por las normas y aplicado por una autoridad pública) no forma parte de la regulación. Esta mira a la corrección de los resultados no deseados del mercado (por ejemplo, acuerdos o abusos de posición dominante)...<sup>61</sup>*

Ello, en tanto, la *“...regulación parte de un punto diverso: que el mercado no exista, y que deban, por ende (a través de una disciplina estatal del tipo “competition enforced by law” y, por lo tanto, transitória), afirmarse principios que persigan sus mismos fines (contención de los precios; protección de los consumidores) o bien que lo imiten (separación contable para evitar subsidios cruzados; disciplina del acceso a la “essential facility”, para impedir el “monopolio natural”)...<sup>62</sup>*

---

<sup>60</sup> Cassese, Sabino, “Regulación de los servicios públicos y tutela de la concurrencia”, Revista Actualidad en Derecho Público N°12, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 17.

<sup>61</sup> Cassese, Sabino, “Regulación de los servicios públicos...”, op., cit., pág. 17 y 18.

<sup>62</sup> Cassese, Sabino, “Regulación de los servicios públicos...”, op., cit., pág. 18.

En definitiva, el fenómeno de la desregulación económica intenta sentar las bases regulatorias que permitan liberalizar, de manera efectiva, el acceso a los mercados de servicio público para los operadores económicos.

Y a partir de la existencia efectiva de mercados de servicios competitivos, proceder a la privatización de aquellas actividades o, en su caso, empresas, que se encuentren en manos del Estado.

Analizaremos seguidamente el grado de aplicación que estos conceptos tuvieron en el proceso de reforma del Estado desarrollado a partir de la ley 23.696.

### **6. 3. 1. La “Desregulación económica” y el servicio público en el marco de la “reforma” del Estado. El Decreto N°2284/91**

En los considerandos del Decreto N°2284/91, encontramos que el Poder Ejecutivo nacional funda la necesidad de “desregular” la economía nacional en los siguientes argumentos generales: a) que resulta *“...forzoso continuar el ejercicio del Poder de Policía para afianzar y profundizar la libertad económica y la Reforma del Estado con el objeto de consolidar la estabilidad económica, evitar distorsiones en el sistema de precios relativos y mejorar la asignación de recursos en la economía nacional, a fin de asegurar una más justa y equitativa distribución del ingreso...”*; b) que la ley N° 23.696 de Reforma del Estado *“...ha declarado el Estado de Emergencia de todo el sector público, autorizando al PODER EJECUTIVO NACIONAL a tomar decisiones tendientes a que cese tal estado...”*; c) que el sistema constitucional *“...sostiene y preserva la libertad de comercio como principio de carácter permanente de la organización social y económica de la República, siendo las normas que la restringen necesariamente transitorias y de aplicación limitada estrictamente al período durante el cual su eficacia es incuestionable...”*; y d) que la Nación ha entrado en *“...una nueva fase de su historia política y económica,*

*caracterizada por el afianzamiento de los principios constitucionales en todos los planos y la instauración de una economía popular de mercado, la permanencia de normas dictadas en otro contexto constituye un factor de atraso y entorpecimiento del desarrollo nacional...”*

A pesar de estas consideraciones, que parecieran inscribir a la política de gestión de los servicios públicos nacionales en un claro plan desregulatorio (es decir, como hemos visto, de “regulación para la competencia”), el Decreto N°2284/91, al delimitar su ámbito de aplicación, estableció en el CAPITULO I, sobre “Desregulación del comercio interior de bienes y servicios”, art. 1°: “...*Déjanse sin efecto las restricciones a la oferta de bienes y servicios en todo el territorio nacional, las limitaciones a la información de los consumidores o usuarios de servicios sobre precios, calidades técnicas o comerciales y otros aspectos relevantes relativos a bienes o servicios que se comercialicen, y todas las otras restricciones que distorsionen los precios de mercado evitando la interacción espontánea de la oferta y de la demanda. Quedan excluidas del alcance del presente artículo únicamente aquellas actividades que, a juicio de la autoridad de aplicación, se vinculen directamente con la defensa nacional, la seguridad interior o la provisión de servicios públicos que constituyan monopolios naturales o jurídicos, regulados estos últimos por leyes específicas.*”

Es decir que, aquello que debería haberse constituido en el centro neurálgico del proceso de desregulación económica (las actividades económicas reguladas como servicios públicos), quedaron expresamente excluidas del régimen.

Ello resultaba absolutamente claro al establecerse allí la exclusión de las actividades vinculadas con la “...*provisión de servicios públicos que constituyan monopolios naturales o jurídicos, regulados estos últimos por leyes específicas...*”<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Es llamativa la contradicción que ello implica respecto a las ideas fundantes de la reforma del Estado en Argentina, en virtud de las cuales se señalaba que: “...*En el marco de la libertad económica, de reformulación de los límites del Estado y de valorización de la iniciativa económica privada, se insertan la desregulación, desestatización y privatización. La desregulación es la sustitución de aquella legislación*



A pesar de ello, la figura de la desregulación (como sinónimo de desmonopolización) será preponderante en la discusión de los nuevos marcos regulatorios de: a.- la privatización de aerolíneas; b.- el régimen de hidrocarburos; c.- el régimen de puertos; d.- telecomunicaciones; e.- correos.

### **6. 3. 2. Jurisprudencia de la Corte Suprema nacional en materia de desregulación y liberalización de la oferta de servicios incluidos en el Decreto N°2284/91-**

Para “desregular” un servicio y liberalizar su oferta en el mercado, no alcanza con derogar normas o regímenes legales.

En concreto, luego de dichas derogaciones, hay que regular.<sup>64</sup>

Ello es lo que, claramente, se colige (al margen de las cuestiones jurisdiccionales involucradas) de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al pronunciarse sobre la desregulación de las “matrículas” profesionales, dispuesta por el Decreto N°2284/91 y N°2293/92.<sup>65</sup>

---

*que traba a los mercados, por un nuevo marco legal que posibilite la competencia (...) Su objetivo es acercar el gobierno a las personas para que se puedan prestar mejores servicios y reducir los costos que tienen los ciudadanos en su trato con el Estado...*” Menem, Carlos y Dromi, Roberto “Reforma del Estado y Transformación nacional”, op. cit., pág. 59. Como así también que: “...La desregulación (...) demanda regulación y reglamentación a ese fin. La desregulación no significa ‘no regulación’. La desregulación es una regulación diferente que busca garantizar la libertad por servir a una economía de mercado, más que a proteger la autoridad de una economía de Estado...”, Dromi, Roberto, “Empresas públicas. De estatales a privadas”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pág. 40.

<sup>64</sup> Tal como lo ha señalado con claridad la doctrina nacional, conf. Sesín, Domingo J., “La función del servicio público en la etapa posprivatizadora”, en Sesín, Domingo J., “El Derecho administrativo en reflexión”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pág. 304 a 306.

<sup>65</sup> Ver, en este sentido: CSJN, in re: “Baca Castex, Raúl alejo c/ Colegio Público Abogados Capital Federal s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 01/06/2000.

### 6. 3. 3. La liberalización de las actividades de servicio público en argentina

La liberalización de actividades de servicio público en el caso argentino, tendrá lugar en el ámbito de los servicios de: a) transporte automotor de pasajeros; b) postales; y c) telecomunicaciones.

En lo que hace al transporte automotor, se dictaron diversas disposiciones que, bajo el régimen de “desregulación” del Decreto N°2284/91, liberalizó la “entrada” en el sector.<sup>66</sup>

La regulación del transporte automotor de pasajeros se dará con el dictado del Decreto N°656/94.

En el caso del régimen de los servicios postales, la liberalización se produce por el régimen de licencias introducido por el Decreto N°1187/93.

El servicio de telecomunicaciones, conforme el Decreto N°764/2000 de “Desregulación de los servicios de telecomunicaciones”, establecerá condiciones de acceso a un mercado liberalizado a partir de su “Reglamento de licencias”.

---

<sup>66</sup> El artículo 5° del Decreto N°2284/91, dispuso la liberación y desregulación del transporte automotor de cargas, como así también la de la carga y descarga de mercaderías y la contratación entre los transportistas y los dadores de carga en todo el territorio nacional, sin perjuicio de las normas de policía relativas a la seguridad del transporte y a la preservación del sistema vial. En función de ello, mediante el Decreto N°1494, de fecha 20 de agosto de 1992, modificado por su similar N°1495, de fecha 23 de agosto de 1994, se establecieron como principios rectores del transporte de cargas por automotor el libre ingreso al mercado de prestadores, la libertad de contratación entre tomador y dador de cargas, la preservación de la seguridad del tránsito y del transporte, el respeto por los principios de la libre competencia, de la lealtad comercial y los derechos del consumidor, la preservación del medio y la intervención de la Administración Pública Nacional limitada y eficiente. En ese marco, expresamente, el Artículo 9° del Decreto N°1494/92 estableció que el transporte de cargas por carretera, cualquiera sea su modalidad, no se consideraba servicio público, exigiendo a las personas físicas o jurídicas que desarrollaran la actividad, únicamente la inscripción en el ex-Registro Nacional de Transporte de Cargas por Automotor. Posteriormente, por el art. 1° del Decreto N°1395/98 se instruyó a la Secretaria de Transporte, dependiente del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, para que “...adopte o propicie, según el caso, las medidas conducentes a fin de simplificar el régimen de servicios de autotransporte de pasajeros de jurisdicción nacional, a efectos de consolidar la desregulación y competencia hoy existente en el sistema...”

### **6. 3. 4. Privatización de empresas estatales prestatarias de servicios públicos**

#### *6. 3. 4. 1. Sistema general en la ley 23.696. Privatización absoluta y relativa. Total o parcial*

La ley 23.696 propuso en materia de servicio público, un sistema prestacional basado en la disociación entre el titular del servicio (o de la actividad económica) y el prestador del mismo.

En efecto, a partir de lo normado en el Capítulo II de la ley 23.696, “De las privatizaciones y participación del capital privado”, se inició un proceso por el cual se delegaría en particulares la prestación de los distintos servicios públicos que fueran declarados “sujetos a privatización” (por la propia ley 23.696, en sus Anexos; o, en su caso, posteriormente, por el Poder Ejecutivo nacional, con conocimiento del Congreso nacional).

Ahora bien, este proceso general de privatizaciones incluyó no solo a empresas estatales que desarrollaban actividades de prestación de servicios públicos sino, también, a otras que producían bienes o, en su caso, servicios, pero fuera de un régimen de servicio público.

Esto llevó a considerar los distintos alcances que, en el sistema de la ley 23.696, podría tener una “privatización”.

#### *6. 3. 4. 2. Privatizaciones de actividades económicas: absolutas o relativas*

La privatización de una actividad económica podría ser absoluta o relativa, en función de dos tipos de variables.

En primer lugar, las privatizaciones absolutas, en el campo de actividades que involucraran la prestación de servicios públicos, sólo podrían darse en el caso de que, a través de la aprobación del marco regulatorio respectivo, se estableciera, de manera expresa, que toda la actividad o sólo una parte de ella, dejaba considerarse un servicio público.

En segundo lugar, podía darse el caso de la privatización de una empresa estatal que monopolizara una actividad económica que no estuviera vinculada a la prestación de servicios públicos.

En este supuesto, la privatización también debe considerarse absoluta. Es, por ejemplo, el caso de SOMISA; de YPF; Radio y Televisión; empresas militares.<sup>67</sup>

Fuera de estos supuestos, toda privatización de una actividad económica desarrollada por el Estado, a través de las empresas estatales que pasaban a manos privadas, y que involucrara la prestación de servicios públicos, debe considerarse relativa.

En efecto, siguiendo la tradicional jurisprudencia nacional (recordada en aquella época en la disidencia de Barra y Fayt en el ya citado caso “Davaro”<sup>68</sup>), en estos casos, la titularidad de la actividad permanece en manos del Estado, el cual solo delega en particulares, a través de una habilitación especial (concesión o licencia) la prestación del servicio correspondiente.

Tesis que, como luego veremos en profundidad, será confirmada por la Corte Suprema nacional, al sostener que: “...*todo servicio público reconoce un titular, pero nada más que uno: el Estado o poder*

---

<sup>67</sup> La Ley 24.045, aprueba la declaración de “sujetas a privatizaciones” efectuada por el Decreto 1398/90 respecto de entidades que operan en el ámbito del Ministerio de Defensa: Astilleros y Fábricas Navales del Estado Sociedad Anónima; Hierro Patagónico de Sierra Grande Sociedad Anónima Minera; Astillero Ministro Manuel Domecq García Sociedad Anónima; Sidinox Sociedad Anónima Industrial y Comercial; Satecna Sociedad Anónima para el Desarrollo de la Tecnología Acuática; Petroquímica General Mosconi Sociedad Anónima Industrial y Comercial; Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina; Petroquímica Bahía Blanca Sociedad Anónima Industrial y Comercial; Tanque Argentino Mediano Sociedad del Estado; Empresa de Desarrollos Especiales Sociedad Anónima; Sisteval Sociedad Anónima; Fábrica Militar General San Martín; Fábrica Militar de Vainas y Conductores Eléctricos - ECA -; Fábrica Militar de Acido Sulfúrico; Fábrica Militar Pilar; Fábrica Militar de Tolueno Sintético; Fábrica Militar de Armas Portátiles Domingo Matheu; Fábrica Militar Fray Luis Beltrán; Fábrica Militar de Pólvoras y Explosivos Villa María; Fábrica Militar Río Tercero; Fábrica Militar San Francisco; Administración Comirsa; Complejo Industrial Ramallo - San Nicolás; Centro de Exploración Geológico Minero; Fábrica Militar de Pólvoras y Explosivos Azul; Tecnología Aeroespacial Sociedad Anónima; y Area Material Córdoba.

<sup>68</sup> CSJN, in re: “Davaro, Saúl v. Telecom S.A.”, sentencia del 8 de setiembre de 1992, disidencia Dres. Fayt y Barra, considerando 3º, segundo párrafo.

*concedente, que tan sólo delega la prestación. El servicio, pues, se halla bajo la inspección y el control de ese poder concedente, con exclusión de toda voluntad extraña, lo cual resulta comprensible o, más bien, inevitable, por cuanto dentro de la coordinación armónica de intereses entre concedente -o titular- y concesionario -o delegado- no cabe la intromisión de otra autoridad soberana (Fallos: 188:247; 183:429; 189:272, y 316:2892, considerando 6º)...”<sup>69</sup>*

*Y, posteriormente, que: “...las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación. Se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos...”<sup>70</sup>*

### *6. 3. 4. 3. Privatizaciones “absolutas” de actividades previamente reguladas como “servicios públicos”*

#### *6. 3. 4. 3. 1. Generación de electricidad y gas natural*

Tal como lo establecen el art. 1º de la ley 24.065 y de la ley 24.076, la generación para abastecer de energía eléctrica y la producción de gas natural, captación y tratamiento, son consideradas actividades de interés general.

Sólo las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica y gas natural conservan la calificación de servicio público.

---

<sup>69</sup> CSJN, in re: “Buenos Aires, Provincia de c/ Edenor S.A. s/ remoción de electroductos”, sentencia del 23/10/2007.

<sup>70</sup> Del voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSL, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016.-

### 6. 3. 4. 3. 2. *Actividad portuaria*

El art. 7 de la ley 24.093 clasificó a los puertos, según su uso, en públicos y privados.

Estableciendo, a su vez, que: “...*Son considerados puertos de uso público: aquellos que, por su ubicación y características de la operatoria deban prestar obligatoriamente el servicio a todo usuario que lo requiera. Son considerados puertos de uso privado Aquellos que, ofrezcan y presten servicios a buques, armadores, cargadores y recibidores de mercaderías, en forma restringida a las propias necesidades de sus titulares o las de terceros vinculados contractualmente con ellos. Dicha actividad se desarrollará dentro del sistema de libre competencia, tanto en materia de precios como de admisión de usuarios...*”

Por la ley 24.093 se procedió a provincializar una gran cantidad de puertos y a privatizar, bajo el modelo de concesiones onerosas, las terminales de cargas del Puerto de Buenos Aires.

En definitiva, en todos los casos en que los puertos pudieran ser considerados “privados”, en los términos anteriormente señalados, la normativa implica que allí ya no habrá régimen jurídico de servicio público.<sup>71</sup>

### 6. 3. 4. 4. *Privatizaciones “relativas” de actividades caracterizadas como “servicios públicos”*

Las “privatizaciones” de los servicios públicos de provisión de agua potable y cloacas<sup>72</sup>, de transporte ferroviario de pasajeros<sup>73</sup>, de

---

<sup>71</sup> La ley 24.093, por medio de su art. 24, derogó: “...*las leyes 16.971, 16.972, 21.892, 22.080, el decreto 10.059/43 ratificado por ley 13.895 y toda otra norma legal o reglamentaria en cuanto se oponga a la presente.*”

<sup>72</sup> Conforme Decreto 999/92. Sobre los antecedentes y el alcance de la privatización de Obras Sanitarias de la Nación, ver: Caiella, Pascual, “El servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales. La privatización de Obras Sanitarias de la Nación. Su renegociación”, Revista Actualidad en Derecho Público N°7, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 127 y sig.

<sup>73</sup> Conforme Decretos N°666/89, 2074/90, 1141/91, 1143/91. Sobre los antecedentes y el alcance de la privatización del servicio de transporte ferroviario de pasajeros, ver: Canosa, Armando N., “Régimen administrativo del transporte terrestre”, Editorial Abaco de

telecomunicaciones<sup>74</sup>, de correos y, como vimos, de transporte y distribución de electricidad<sup>75</sup> y gas natural, entre otros servicios, deben considerarse como “relativas” en tanto el Estado nacional mantuvo la titularidad de la actividad.

### *6. 3. 4. 5. Privatizaciones de empresas estatales: totales o parciales*

La clasificación anterior debe ser complementada, a su vez, con las distintas modalidades adoptadas por el Estado nacional al proceder a privatizar las empresas declaradas “sujetas a privatización”.

Esto, en tanto, el sistema general fue el de la venta de activos (para lo cual, dichas empresas fueron transformadas en sociedades por acciones) que, en algunos casos, sería total y en otros parcial.

Ello dependió de si el Estado permanecía, luego de la venta de los distintos paquetes accionarios, o no, como accionista de la empresa “privatizada”.

Algo que, efectivamente, ocurrió en varios casos muy importantes: a) YPF; b) Aerolíneas Argentinas; entre otros.

De esta manera, y combinando ambas clasificaciones, podía darse el caso de privatizaciones absolutas y totales o parciales; y de privatizaciones relativas, totales o parciales.

---

Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 284 y sig., como, asimismo: Altamira Gigena, Julio I., “El servicio público ferroviario en Argentina”, en AAVV, “Servicios Públicos”, I.E.D.A., Dike, Mendoza, 2001, pág. 99 y sig.

<sup>74</sup> Conforme Decretos 731/89, 59/90 y 62/90; ver sobre esto: Cervio, Guillermo J., “Derecho de las telecomunicaciones”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1996; Martínez de Vedia, Rodolfo, “La organización en la regulación de los servicios públicos”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, pág. 313 y sig.

<sup>75</sup> Sobre esto, ver: Sobre Casas, Roberto, “Los contratos en el mercado eléctrico”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003.

## 7. La técnica concesional en el marco de la reforma del Estado

La sanción de la ley 23.696, en función del sistema de privatizaciones anteriormente comentado, revitalizará las discusiones en torno a la técnica concesional, tanto en materia de obras como de servicios públicos.

En efecto, esto ocurriría por varios motivos: a) En primer lugar, por la sensible ampliación del posible objeto de este contrato y la posibilidad de establecer el peaje o tarifa, no ya como medio de recupero de la inversión y de remuneración para el concesionario, sino como forma de financiamiento de las obras por parte de los usuarios, conforme a las modificaciones introducidas por la propia ley 23.696; b) En segundo término, por la discusión judicial de la constitucionalidad del “peaje”, en el citado caso “Arenera El Libertador” resuelto por la Corte Suprema nacional; y c) Finalmente, por la aplicación analógica del régimen de la ley 17.520 a las concesiones de servicio público, por imperio del Decreto N°1105/89, reglamentario de la ley 23.696.

Cuestiones, todas, que tenderán a vincular y, en algunos casos, a confundir, la concesión de obra pública con la idea de servicio público.

La ley 23.696, en el Capítulo VIII, “De las concesiones” dispuso que las concesiones que se otorgasen de acuerdo con la ley 17.520, de acuerdo a las con las modificaciones que se introducían, deberían asegurar –necesariamente– que la eventual rentabilidad no excediera una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión.

Ampliando, además, sensiblemente el objeto de la concesión de obra pública, al establecer por el artículo 58 de la misma una norma que incorpora, como párrafo segundo al artículo 1° de la ley 17.520, la posibilidad de “...otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física,



*técnico o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario. Para ello se tendrá en cuenta la ecuación económico-financiera de cada emprendimiento, la que deberá ser estructurada en orden a obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario. La tarifa de peaje compensará la ejecución, modificación, ampliación, o los servicios de administración, reparación, conservación, o mantenimiento de la obra existente y la ejecución, explotación y mantenimiento de la obra nueva...”*

Incorporándose, asimismo, como segundo párrafo del inciso c) del artículo 2º de la ley 17.520, el siguiente: “Aclarase que no se considerará subvencionada la concesión por el solo hecho de otorgarse sobre una obra ya existente.”

Por otra parte, el sistema de privatizaciones impuesto por la ley 23.696, que mezcló entre las empresas declaradas “sujetas a privatización” a aquellas por medio de las cuales el Estado prestaba servicios públicos con otras por las cuales simplemente monopolizaba (o no) la producción de bienes y servicios privados, generó alguna confusión respecto al alcance, tanto de la técnica concesional como, fundamentalmente, de las licencias.

Ello llevó, erróneamente, a un sector de la doctrina nacional a considerar que, en el caso en que el Poder Ejecutivo optaba (en la privatización de una empresa prestataria de un servicio público) por la figura de la licencia (como técnica de habilitación para el ejercicio de la actividad por los nuevos prestadores privados), en lugar de la tradicional concesión, estaba reconociendo –implícitamente- que la actividad económica involucrada ya no podría ser considerada un servicio público.

La técnica de delegación (en este caso la licencia), supondría la extinción de la titularidad estatal respecto de la actividad económica de que se tratara.

En realidad, al igual que en algunos casos puntuales durante el siglo XIX, la utilización de la técnica de la licencia (como forma de delegación del servicio público), tuvo otras implicancias.

De hecho, lo que produjo el sistema de la ley 23.696 y sus normas reglamentarias (salvo para los casos de correos y telecomunicaciones), fue un proceso de “contractualización” de las licencias.<sup>76</sup>

Lo cual terminaría siendo formalmente reconocido al aprobarse el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional por el Decreto N°1.023/2001.<sup>77</sup>

## **8. El modelo de control de los servicios públicos privatizados**

### **8. 1. En general sobre los denominados Entes reguladores**

El origen de los Entes reguladores, que harán su aparición en los Estados Unidos, está directamente vinculado con la protección de los derechos de los particulares frente al abuso por parte de las empresas privadas que atendían los servicios vitales para la sociedad.

En aquel país, tales Entes se denominan *Agencies* o *Commissions*, y desempeñan funciones de regulación y control de actividades y sectores que se consideran esenciales, como así también, en otros casos, actúan como moderadores de las relaciones que se entablan entre distintos sujetos económicos, los cuales eventualmente pueden ser de naturaleza pública.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Sobre las diferencias conceptuales entre autorización, concesión, licencia y permiso, y su uso poco “coherente” en nuestro derecho público, ver: Tawil, Guido S., “La licencia como título habilitante para la prestación de servicios públicos”, en AAVV, XXXII Jornadas nacionales de Derecho Administrativo, AADA, Revista RAP N°348, Buenos Aires, 2007, pág. 167 y sig.

<sup>77</sup> En efecto, ello es lo que expresamente surge del art. 4 inc. b) del Decreto N°1.023/2001, que incluye dentro de los contratos comprendidos en el régimen a las: “...concesiones de servicios públicos y licencias.”

<sup>78</sup> De La Serna Bilbao, María Nieves “La privatización en España”, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 49.-

Con funciones análogas, se conformaron en España las denominadas Autoridades Independientes.

Estos Entes, tanto del derecho continental europeo como las norteamericanas se caracterizan, por dos notas fundamentales: a) independencia del gobierno; y b) neutralidad política de su gestión.

Para asegurar la neutralidad de la gestión, esto es, que no actúen de acuerdo a razones políticas sino técnicas, se las independiza orgánica y funcionalmente del gobierno, otorgándoles distintos tipos de garantías: imposibilidad de remoción de sus miembros, prohibición de que se les dirijan órdenes o instrucciones, recursos propios, etc.<sup>79</sup>

Por ello, una agencia reguladora independiente, es un tipo de ente administrativo que: 1) Está dotado de potestades reglamentarias, resolutoria y de ejecución para el desarrollo de la función de regulación; 2) Está gobernada por un órgano directivo de naturaleza colegiada cuyos miembros no pueden ser separados discrecionalmente por el presidente y desempeñan sus cargos generalmente de manera escalonada, renovándose por partes; y 3) Está excluido de los mecanismos presidenciales de supervisión y coordinación de la actividad de regulación.<sup>80</sup>

En nuestro país, se conformaron también Entes descentralizados de control y de regulación de los servicios públicos privatizados.

Entes que, por lo demás, tendrán reconocimiento en el art. 42 de la Constitución nacional.

Reiriz, de hecho, sostiene que: “...podría interpretarse que la previsión del art. 42, de la CN da –a los entes de regulación y control de los servicios públicos– una existencia necesaria y, de ella, derivar sus facultades y su ámbito de autonomía. Adviértase, además, que la norma constitucional establece un esbozo de organización y de funciones, toda vez que prevé ‘la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas’. Cuando se

---

<sup>79</sup> Salomoni, Jorge Luis “Teoría General de los Servicios Públicos”, op., cit., pág. 407.

<sup>80</sup> Moreno Molina, Ángel Manuel “La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 33.

*cumpla con el imperativo constitucional de hacer participar a las provincias en estos organismos, no parece que éstos puedan permanecer sometidos a poderes de control jerárquico ni de tutela del Poder Ejecutivo Nacional...*<sup>81</sup>

Frente a lo cual, y en contra, se ha señalado que *“...en nuestro sistema (...) los entes reguladores carecen del status constitucional del cual gozan el órgano ejecutivo, el legislativo y el judicial, y ello en virtud de que la sola mención de referencia contenida en el artículo 42 de la C.N. respecto de los ‘organismos de control’, en modo alguno autoriza a considerarlos órganos extrapoderes o autoridades administrativas independientes y que por tal razón cuando por vía legislativa o jurisprudencial, se incrementa excesivamente la discrecionalidad de su competencia, detrayendo en su favor funciones constitucionalmente acordadas a otros órganos, se conspira contra principios políticos y económicos esenciales al Estado de derecho...”*<sup>82</sup>

Más allá de dicha discusión, los Entes reguladores son actualmente una realidad, tanto a nivel nacional como provincial.

La creación de los mismos se ha dado tanto por Ley como por Decreto<sup>83</sup>. En ciertos casos se los dotó de personalidad jurídica y en otros no.

---

<sup>81</sup> Reiriz, María Graciela, “Autoridades administrativas independientes para la regulación y el control de los servicios públicos”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006, pág. 65.

<sup>82</sup> Cuadros, Oscar A., “Los entes reguladores y el principio de la división de poderes”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001, pág. 162.

<sup>83</sup> El tema del órgano competente para la creación de estos entes autárquicos, ha ocasionado en la doctrina largos debates. Por una parte, un primer grupo de autores, entre ellos, Marienhoff -a quien luego adscribieron Villegas Basavilbaso y Bidart Campos-, a grandes rasgos entendían que la competencia para crear entes autárquicos pertenecía al Poder Ejecutivo como derivación de la administración general del país a él confiada por el entonces art. 86 inc. 1º (hoy 99 inc. 1º). Por otro lado, autores como Bielsa, Diez, Dromi -inicialmente-, Fiorini y Gordillo consideraron, en cambio, que la competencia general para la creación de autarquías correspondía al Congreso Nacional por aplicación del entonces art. 67 de la Constitución Nacional, y en particular, por la facultad de este de crear y suprimir empleos (hoy art. 75, inc. 20). Después de la reforma constitucional del año 1994, el art. 42, último párrafo, se refiere a la ‘legislación’, no obstante ello, señala Comadira, que dicho precepto no puede considerarse atributivo de competencia exclusiva al Congreso, sino sólo comprensivo como género de las diversas especies o clases de

Ahora bien, en lo que hace específicamente a la regulación pública, cabe afirmar que se trata de un elemento consustancial al mercado, necesario desde el punto de vista de su protección. Numerosas actividades que se desarrollan en el entorno competitivo dependen de su actividad, ya que en su ausencia no podrían desarrollarse, o lo harían de una manera deficiente. Especialmente cuando se verifican situaciones monopólicas, concentraciones empresariales, u otros fenómenos restrictivos de la competencia. O lo que la doctrina denomina “fallas” de mercado.

El servicio público es una de las actividades económicas que difícilmente admiten la competencia de manera espontánea, en razón de que las posibilidades de crear una situación naturalmente concurrencial son prácticamente nulas por razones técnicas y económicas.

Ante dicha circunstancia, la intervención pública de regulación y control resulta imprescindible, en tanto las consecuencias normales de un mercado monopólico no regulado, serán siempre las de crear situaciones desventajosas para el usuario.

Como señala Aguilar Valdéz “...la intervención pública aparece con mayor gravitación (...) lisa y llanamente para evitar las consecuencias que se derivan de la falla que en su conformación tiene un determinado mercado. Aquí, la regulación estatal -al perseguir la eliminación de los costes de transacción- suple las falencias del mercado mismo; constituyéndose en un sucedáneo de las condiciones de libre competencia que, en el caso, por las (...) fallas del mercado, resultan inexistentes...” Continúa el autor manifestando que la regulación económica está orientada a interferir en las conductas de los agentes económicos a fin de eliminar los costes de transacción, simulando

---

normas que correspondan de acuerdo con la materia de que se trate. Así, continúa el autor, se requerirá una ley formal, cuando se trate de la prevención y solución de conflictos o de la regulación de servicios públicos si ésta incide en la esfera de terceros, pero no hay razón para sentar igual conclusión acerca de la creación misma de los entes, excepto, claro está, que éstos tengan competencias afectantes de derechos de terceros. Ver, in extenso: Comadira, Julio Rodolfo “Derecho Administrativo”, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2º Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2003, Capítulo XXV, pág. 652.-

de esta forma, la existencia de un mercado plenamente competitivo donde el mismo no existe.<sup>84</sup>

Podemos, también, encontrarnos con un monopolio público en el que el servicio esté gestionado por la Administración competente.

En este contexto predominará la autorregulación del servicio, al coincidir en el mismo sujeto la cualidad de regulador y prestador. La regulación externa de la actividad no existirá, o afectará simplemente a aspectos colaterales relacionados con competencias de otros entes administrativos. En estas circunstancias, el precio y la calidad del servicio deberían estar teóricamente ajustados dada la inexistencia de afán de lucro. Si existen abusos, la intervención externa quedará en manos de la justicia, último recurso disponible para el usuario.

En el caso en que el servicio es prestado por particulares, se daría un supuesto de monopolio privado. Dada la existencia de legítimos fines de lucro, esa situación podría generar abusos que, potencialmente, podrían resentir la calidad del servicio, o en un aumento injustificado de los precios. Haciéndose más necesaria aún la regulación externa de la actividad.

Andrés Molina Giménez señala, al respecto, la existencia de dos técnicas de regulación que se desarrollan en ámbitos diferenciados en el servicio público, a saber: 1) Regulación interna: desde los órganos que ostentan la titularidad del servicio; y 2) Regulación externa: desde órganos o entidades ajenas al servicio.<sup>85</sup>

La regulación externa sería, en principio, el modelo regulatorio de los Entes reguladores existentes en nuestro país, como son, para nom-

---

<sup>84</sup> Aguilar Valdéz, Oscar “Entes Reguladores de Servicio Públicos: Apuntes sobre su funcionamiento” en VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan-Randolph Brewer-Carías, Caracas, 2002. Para el autor, en un sistema de mercado, la realización de toda transacción va precedida de ciertos costos en los cuáles las partes deberán incurrir para arribar a la misma -vgr. de negociación, de redacción de convenios, etc-. Estos costos que rodean y dificultan la realización de transacciones han sido denominados por los economistas como ‘costos de transacción’. La relevancia de estos es tal, que el mercado no existiría si los costes de transacción fuesen inexistentes.

<sup>85</sup> Molina Giménez, Andrés op., cit., pág. 213 y ss.

brar algunos casos, el ENRE<sup>86</sup>, ENERGAS<sup>87</sup>, CNC<sup>88</sup>, CNRT<sup>89</sup>, a nivel federal, y, en su momento el ETOSS.<sup>90</sup>

Por otra parte, siguiendo al mismo autor, la actividad regulatoria puede clasificarse en: 1) Regulación operacional: Esta forma de regulación afecta al funcionamiento ordinario de la actividad, y es particularmente intensa cuando se trata de servicios esenciales. En estos casos, la Administración desarrolla una actividad administrativa de dirección constante durante la ejecución; 2) Regulación económica: Se dirige al precio del producto y a la financiación general del servicio; 3) Regulación *antitrust* y de mercado: Esta regulación tiene como objeto evitar la formación de concentraciones empresariales y otras prácticas restrictivas de la competencia. El art. 42 de la Constitución, en cuanto impone a las autoridades el deber de controlar los monopolios naturales o legales, se dirige a este tipo de regulación.<sup>91</sup>

En definitiva, la regulación y fiscalización por parte del Estado se muestra como un aspecto necesario en la prestación del servicio público, tanto en el caso de que el servicio sea directamente prestado por el Estado o bien mediante concesiones a particulares.

Las técnicas utilizadas pueden variar desde los controles meramente externos, hasta las formas de intervención que se efectúan desde el

---

<sup>86</sup> Ente Nacional Regulador de la Electricidad, creado por ley 24.065.

<sup>87</sup> Ente Nacional Regulador del Gas, creado por ley 24.076.

<sup>88</sup> Comisión Nacional de Comunicaciones, creada por Decreto N°1626/96 – anteriormente denominada Comisión Nacional de Telecomunicaciones-.

<sup>89</sup> Comisión Nacional de Regulación del Transporte, creada por Decretos N°660 y N°1388, ambos de 1996. Sobre la actividad de control y sancionatoria en el transporte terrestre, ver: Canosa, Armando N., “Régimen administrativo del transporte terrestre”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, capítulo III, pág. 165 y sig.

<sup>90</sup> Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, creado mediante el Decreto N°999/92, ejerce funciones a nivel Nacional, en la ciudad autónoma de Buenos Aires y en la provincia de Buenos Aires en aquellos partidos donde presta servicios la concesionaria Aguas Argentinas. Actualmente, y ante la rescisión del contrato de concesión de Aguas Argentinas, por medio de la ley 26.221 se aprobó el Convenio Tripartito suscripto el 12 de octubre de 2006 entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, la Provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el cual se disolvió el E.T.O.S.S., y se procedió a la creación del Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS) y de la Agencia de Planificación (APLA).

<sup>91</sup> Molina Giménez, Andrés “El Servicio Público de Abastecimiento de Agua en Poblaciones. El Contexto Liberalizador”, Universidad de Alicante, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 215 y sig.

interior de la actividad. Aunque siempre resulte indispensable la existencia de un marco normativo acorde.

## **8. 2. Los Entes reguladores en el caso de la reforma del Estado argentina y su inserción en el esquema competencial de regulación estatal de los servicios públicos**

Tal como hemos sostenido desde el comienzo de este trabajo, la regulación del servicio público, tanto en lo referente al establecimiento de su régimen jurídico como al control de su cumplimiento por parte de los sujetos jurídicos involucrados, implica, en primer término, definir el órgano constitucionalmente investido de dicha potestad regulatoria y, luego, establecer las condiciones de la aplicación y control de dichos marcos jurídicos.

En el caso de nuestro país, como ya hemos visto, la potestad regulatoria desde la sanción de la Constitución de 1853, ha estado, en función de lo establecido en los arts. 75, inc. 13, 14 y 18, en la órbita del Poder Legislativo.

Sistema que ha venido a ser ratificado, expresamente, luego de la derogación de la Constitución nacional de 1949, con la incorporación del art. 42 en la reforma constitucional de 1994.<sup>92</sup>

Todo lo cual plantea diversas cuestiones en relación con los Entes reguladores creados a partir de la ley 23.696, las cuales abordaremos, en particular, al desarrollar el régimen jurídico actual de los servicios públicos nacionales.

---

<sup>92</sup> Respecto del órgano estatal competente para la creación de los entes reguladores, a la luz de lo normado en el art. 42 de la Constitución nacional, ver: Bianchi, Alberto B., “La regulación económica”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, pág. 227 y sig. Barra entiende, al igual que Bianchi, que la expresión “legislación” introducida en el último párrafo del art. 42 de la Constitución nacional, establece una competencia concurrente entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, salvo en lo concerniente a la “publicatio” o calificación de la actividad como servicio público, que siempre es legislativa en sentido formal. Ver: Barra, Rodolfo C., “Perspectiva jurídica de la regulación. Los entes reguladores”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001, pág. 116 y sig.



### **Tercer modelo prestacional: concesiones, licencias y permisos en el régimen de “reforma del estado”**

#### **1. Técnicas de delegación del servicio público. Concesión de servicio público, licencias y obligaciones de servicio público. Los permisos**

El proceso de “reforma” del Estado, tanto de matriz anglosajona como continental europea, pondrá en discusión tanto la titularidad de las actividades económicas tradicionalmente reguladas como servicios públicos, como las técnicas de delegación de dichas actividades para su prestación por particulares.

En cualquier caso, el común denominador será la necesidad de liberalizar los mercados y, dentro de éstos, a las actividades económicas de servicios.

Someter los servicios públicos al mercado tendrá como efecto, naturalmente, la discusión de los conceptos de “reserva originaria”, de declaración estatal de reserva de la actividad o *publicatio* y de “derechos

exclusivos”, bajo cualquier modalidad de delegación, para la prestación de los servicios por particulares.

La liberalización de los servicios, o la prestación de los mismos en un régimen concurrencial, implicará la puesta en tela de juicio de los “derechos exclusivos” que se derivaban de títulos o habilitaciones a particulares para su prestación en condiciones monopólicas o cuasi-monopólicas.<sup>1</sup>

Derechos “exclusivos” que se encuentran, claro está, históricamente ligados a la concesión de servicio público como técnica contractual del derecho público que permite la delegación de aquel para su prestación por particulares.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> En este sentido se ha afirmado que: “*El Tratado de Roma, tal como viene siendo interpretado por las instituciones comunitarias, es incluso incompatible con el régimen de concesión, pues ésta supone la titularidad pública del sector y una liberalidad por parte de la autoridad pública. El derecho comunitario exige la libertad de entrada a los mercados, no como una liberalidad sino como un derecho. La no discriminación entre los diversos operadores es la consecuencia necesaria de la libertad de entrada a los mercados, por lo que los hipotéticos privilegios de operadores públicos en competencia con operadores privados serían igualmente contrarios al Tratado de Roma (...)* El modelo del «interés público» que exige la intervención directa de las autoridades públicas en el mercado es contrario al derecho comunitario en cada vez más sectores. Dado que la presencia pública para garantizar la satisfacción del interés general es incuestionable, es necesario desarrollar nuevos mecanismos de intervención. Las autoridades públicas necesitarán intervenir de modo indirecto, a través de los operadores privados en el mercado. Esto supone un acercamiento al modelo del «interés común» que, como veremos, ha guiado siempre la organización de estos sectores en los EE.UU. El modelo de la regulación económica de los sectores de interés público debe ser adaptado a las necesidades del continente europeo...”, conf. Montero Pascual, Juan José, “Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones”, en REDA, N°92, págs. 567 y sigs., Madrid, año 1996.

<sup>2</sup> “...El apego a los esquemas clásicos que empuja al legislador a apelar a la concesión como si se tratara de la única técnica disponible para asegurar la colaboración de los particulares, ha llevado también al extremo y al empeño de reclasificar todos los títulos habilitantes para agruparlos, como si de un ejercicio escolar se tratara, en la órbita de la concesión o en la órbita de la autorización administrativa (...) Debe tenerse en cuenta que la concesión se articula mediante un contrato en el que se conjugan derechos y obligaciones recíprocos que vinculan de modo estrecho a la Administración concedente y al gestor. Teniendo en cuenta esta circunstancia técnica, uno de los principios que inmediatamente padece como consecuencia de esta relación estrecha entre concedente y concesionario es el principio de separación entre el regulador y el gestor de los servicios..., principio tan insistente y enfáticamente reclamado por la normativa comunitaria. El concedente tiene evidente interés en la gestión del servicio, instruye por ello al concesionario, adopta las condiciones de la concesión, las puede transformar, e incluso, en los términos que admite la legislación y la jurisprudencia española, asume con el concesionario las responsabilidades por las lesiones que puedan causarse a terceros como consecuencia de la prestación del servicio. De modo que la concesión, aún en los casos en que se utiliza para la

El fenómeno de progresiva liberalización de los servicios, buscará imponer a la licencia administrativa como nueva técnica de delegación de las actividades de servicio público en el ámbito donde efectivamente se ha liberalizado el acceso a los mercados que conforman estos servicios.

## 2. La técnica concesional en el marco de la “reforma” del Estado

En la primera parte de este trabajo hemos analizado el anclaje constitucional y legal sobre el cual se ha desarrollado en nuestro país la concesión de servicios públicos como técnica de delegación estatal para la prestación de servicios públicos.

Dicho anclaje constitucional hace pie, básicamente, en la norma constitucional que, desde 1853, ha receptado la técnica concesional, esto es: la denominada cláusula del progreso o prosperidad, inserta en el actual art. 75, inc. 18.<sup>3</sup>

La técnica concesional se afirma en su regulación administrativa, como un acto de imperio que autoriza la delegación (por parte del Estado titular y concedente) en un particular (concesionario) de la prestación de una actividad que se ha puesto a cargo del Estado (al ser caracterizada como servicio público) y que asume la forma de un contrato administrativo.

Este acto de imperio implica, a su vez, el otorgamiento de un privilegio a un particular (el concesionario), respecto del resto de los par-

---

*prestación de servicios monopolizados, no produce el efecto de separar al regulador del gestor, sino el de vincularlo de modo estrecho y eficiente. La Administración concedente es..., juez y parte, aunque sea parte indirecta...*” conf. Muñoz Machado, Santiago, “Servicio público y mercado”, Tomo II, “Las telecomunicaciones”, Edit. Civitas, Madrid, 1998, págs. 213 y 214.-

<sup>3</sup> Recepción constitucional a partir de la cual se desarrollará el régimen jurídico del servicio público y, especialmente, la propia técnica concesional, tal como hemos visto en la primera parte de este trabajo. Recordemos que, desde el punto de vista jurisprudencial, la Corte Suprema nacional ha establecido las coordenadas básicas de ello en una vasta jurisprudencia que desde el caso: “Varios Puesteros próximos al Mercado del Centro c/Empresario del mismo Mercado”, fallo de la Corte Suprema nacional de fecha 8 de Noviembre de 1866, que confirma por sus fundamentos la sentencia del Juez de Sección Don Alejandro Heredia, de fecha 3 de Septiembre de 1866.

ticulares, esto es: poder acceder a la explotación de una actividad de titularidad estatal y, por ello, poder obligar a terceros (los usuarios).<sup>4</sup>

En efecto, la técnica concesional es asumida, en el art. 75, inc. 18, de la Constitución nacional, como un privilegio que, además, y como exigencia constitucional, debe tener expresamente establecido un límite temporal.

Y ello es así, en tanto, estando la actividad económica fuera del mercado (por su caracterización como servicio público) o, mejor, de la esfera de derechos de los particulares (protegida y delineada por el sistema de los arts. 14, 16, 19 y 28 de la Constitución nacional), los particulares no tienen un derecho preexistente a la prestación (o explotación) de las actividades económicas caracterizadas como servicios públicos.

Sólo adquirirán derechos de explotación en un marco jurídico de delegación de la prestación del servicio, que debe ser establecido por el propio Estado.

El límite temporal, por su parte, es lógico si, como se ha afirmado, aquello que delega el Estado no es la titularidad sino sólo la prestación o explotación de la actividad económica de que se trate.

Por su parte, cabe aclarar que el privilegio del que se trata en el art. 75, inc. 18, de la Constitución nacional no puede asimilarse a la noción de monopolio.

La concesión de servicios públicos no tiene porqué implicar un monopolio.

---

<sup>4</sup> En relación con esto, y al margen de la jurisprudencia anteriormente citada respecto del alcance de la denominada cláusula de prosperidad, cabe recordar que la Corte Suprema ha señalado que: *“...La Ordenanza Municipal de Azul, para el año 1925, que exige determinada contribución a empresas que explotan servicios públicos, (electricidad), por espacios ocupados en las calles, no es atentatoria de los principios consagrados en los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional, porque ella es exigida en concepto de arrendamiento, no de impuesto, y porque los privilegios o monopolios establecidos en favor de tales empresas, no menoscaban los derechos civiles que reglamentan los códigos...”*, CSJN, in re: “Cía. de Electricidad de la Prov. de Bs. Aires v. Municip. de Azul”, 1932, Fallos: 166: 417. Como, asimismo, que: *“...Tratándose, en efecto, de un servicio cuya explotación se confiere por el Estado en forma de franquicia, concesión o privilegio, la única defensa del público llamado a usar de él consiste en el contralor permanente de aquél sobre los precios, por medio de las tarifas...”* CSJN; in re: “Ventafridda, Víctor c. Compañía Unión Telefónica del Río de la Plata”, sentencia del 04/08/1939.

Ello, a pesar de que, históricamente, sea por el tipo de inversión (de muy lenta recuperación para el concesionario) o por el tipo de servicio (los servicios prestados por redes o vías físicas, como el ferroviario, los servicios de abastecimiento de agua potable y cloacas, gas, electricidad, entre otros), conllevaron su adjudicación a concesionarios en condiciones de exclusividad o monopolio.

Aun así, en estos casos nos enfrentaríamos a monopolios naturales que, desde ya, se proyectan en el régimen concesional bajo la figura de la exclusividad, pero no porque ello esté implícito o en la naturaleza de la técnica concesional.<sup>5</sup>

El ejemplo más característico de que concesión y monopolio no son sinónimos, es el caso del servicio de correos y la concesionaria “Correo Argentino S.A.”

Finalmente, siendo la concesión de servicio público un acto estatal por el cual se delegada la explotación o prestación de una actividad pública, el régimen jurídico que regulará dicha relación jurídica será de derecho público.<sup>6</sup>

Todas las cuestiones atinentes a la concesión de servicio público como contrato administrativo, serán analizadas más adelante, al momento de relevar el régimen jurídico actual de los servicios públicos nacionales.

---

<sup>5</sup> La Corte Suprema ha señalado en este sentido que: “...Es un derecho implícitamente reservado por la Nación al otorgar concesiones a empresas particulares con el fin de construir y explotar servicios públicos telegráficos en el territorio de la Nación, el de explotar ella misma ese servicio en cualquier punto del territorio, aun en aquellos donde funcionen concesiones; pero no lo es el de adoptar disposiciones que restrinjan o cancelen estas últimas...”, CSJN, in re: “Ferrocarril del Sud c/ Nación Argentina”, 1939, Fallos: 183: 116.

<sup>6</sup> Al respecto, puede verse la jurisprudencia citada en la primera parte de este trabajo. Puntualmente, la Corte Suprema ha señalado que: “...en materia de concesiones ellas están subordinadas, como se ha dicho, al derecho público ante el cual deben ceder. La regla de derecho civil según la cual los contratos privados forman para sus otorgantes una ley a la cual están sometidos como a la ley misma, no funciona cuando una de las partes ha procedido violando otras leyes de carácter administrativo que la obligaban a solicitar previamente la autorización para prestar el servicio y obtener a la vez la fijación del valor. Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor para el caso de contravención, art. 18 del Cód. Civil...” CSJN; in re: “Ventafridda, Víctor c. Compañía Unión Telefónica del Río de la Plata”, sentencia del 04/08/1939. Como, asimismo, ha señalado que: “...Las normas de derecho privado sólo son aplicables subsidiariamente a la expropiación de una empresa de servicios públicos, cuyo origen, funcionamiento y desafectación se regulan por las normas del derecho público...” CSJN, in re: “Ottonello Hnos. y Cía., y otros c/ provincia de Tucumán”, 1948, Fallos: 212: 600.

### 3. Licencias administrativas y delegación de servicios públicos

Al margen de la liberalización de los mercados de servicios e, incluso, de la privatización de la gestión de los servicios públicos en particular, aquello que permaneció intacto fue la necesidad de imponer “*obligaciones de servicio público*” a los sujetos prestadores de los mismos.

Especialmente en el marco de regímenes de máxima liberalización o competencia.<sup>7</sup>

Para ello, se recurrió en muchos casos a la introducción de elementos contractuales (de derecho público) en el régimen de licencias previsto para la delegación de los servicios.

Tal como lo señala Muñoz Machado: “...*No solo se han descubierto en la concesión rasgos inapropiados para su utilización en relación con algunos modernos servicios públicos económicos, sino que también se ha generalizado la utilización de otras formas de hacer posible dicha colaboración, distintas de las concesionales pero igualmente eficaces. Todas estas nuevas fórmulas las engloba la doctrina francesa en lo que ha dado en denominarse la delegación de servicio público. Agrupa, desde luego, a la concesión misma, que no es ya la forma esencial y única de organizar la prestación privada de los servicios públicos, sino también la autorización o la licencia, los arrendamientos, la gerencia, otras formas de interesamiento societario, y una multiplicidad*

---

<sup>7</sup> Esto es sostenido, aún desde el punto de vista más proclive a la máxima liberalización de los servicios públicos, en el sentido de que: “...*La normativa debe también corregir el funcionamiento del mercado en la medida necesaria para garantizar las finalidades de interés general irrenunciables en una actividad esencial como son muchos de los servicios de telecomunicaciones. Es necesario garantizar el servicio universal, una adecuada definición de sus condiciones de prestación y un sistema de precios no discriminatorio (...) Ello puede traducirse en la imposición a los operadores de obligaciones positivas, así como la realización de prestaciones con un contenido o intensidad que no se producirían si simplemente tomaran en cuenta el beneficio económico. Ello puede manifestarse en la suscripción de contratos de servicio público o —en su defecto— en la imposición de obligaciones de servicio público, que con frecuencia deberán ser indemnizadas. El operador que asuma la obligación de prestación del servicio universal deberá ser compensado económicamente por los operadores que actúen en competencia en las partes más rentables del mercado, en proporción al tráfico que canalicen...*” conf. Laguna de Paz, José Carlos, “Liberalización y neoregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario”, op., cit.

*de formas innominadas de colaboración particular en la prestación de los servicios públicos que han enriquecido el panorama del Derecho Público, aún a costa de deponer la antes preeminente figura de la concesión...*

Agregando puntualmente que: *“...La utilización de la autorización administrativa como técnica ordinaria para habilitar a las empresas o particulares para la gestión de servicios de telecomunicación, ha requerido en el caso francés complementar la unilateralidad característica de la técnica autorizatoria con algunos elementos contractuales que permiten, además, a la Administración fijar de modo claro y por extenso las condiciones a las que la autorización otorgada se somete en cada caso. Para añadir este complemento no ha sido necesario inventar mucho. Ha bastado con incorporar a estas autorizaciones la técnica del pliego de condiciones. En este documento tanto en su versión de pliego general como de pliego particular para cada autorización en concreto, se determinan de un modo estricto las obligaciones del licenciatario y se establecen incluso las medidas de control y de intervención sucesiva que la Administración actuante puede adoptar...”*<sup>8</sup>

Incorporándose de esta forma, y aún para el caso de servicio prestados en estricta competencia, las mencionadas obligaciones de servicio público, a los fines de resguardar la potestad regulatoria del Estado –titular del servicio o sólo regulador, según los sistemas constitucionales- y las necesi-

---

<sup>8</sup> Para el caso de la legislación francesa sobre telecomunicaciones, señala el mismo Muñoz Machado que: *“En las leyes de 25 de junio de 1996, relativas a la reorganización del sector de las comunicaciones, no se emplea ni una sola vez la concesión como ‘título habilitante’ o instrumento de intervención para permitir la prestación de servicios por personas o entidades privadas. En todos los casos, la técnica empleada es la autorización administrativa, la licencia (...). Se constatan con la utilización de la técnica autorizatoria dos circunstancias muy relevantes: por una parte, que la autorización es un instrumento jurídico, de naturaleza unilateral, más idóneo que la concesión para intervenir en la actividad privada que se desarrolla en el sector y también para controlarla aplicando las reglamentaciones vigentes en cada momento. No sólo tiene la misma potencialidad para condicionar y someter la actividad privada, sino que no pueden establecerse respecto de ella objeciones jurídicas tan visibles como las ya indicadas respecto de la concesión. Al menos por cuanto a su utilización en los mercados libres (...). Por otra parte, la doctrina, la jurisprudencia y la propia legislación francesa han reconocido que aunque la concesión fue durante muchos años la técnica más comúnmente utilizada e idónea para hacer posible la colaboración privada en la gestión de los servicios públicos, ese protagonismo ha cesado.”* Conf. Muñoz Machado, Santiago, “Servicio público y mercado”, Tomo II, “Las telecomunicaciones”, op., cit., págs. 216 y 217.-

dades derivadas del sometimiento de estas actividades a las reglas del mercado, en busca siempre de mayor eficiencia, calidad y economicidad.

De esta manera, comienzan vislumbrarse formas de coexistencia entre los regímenes de “reserva originaria” y de “libre concurrencia”.

Especificándose el concepto mismo (o, mejor, su alcance) de “reserva originaria” en las “obligaciones de servicio público”, que permanecen en la esfera (típicamente organizativa) de titularidad estatal de la actividad (como, por ejemplo, en el art. 43 de la Constitución italiana), a diferencia del resto de las posibles actividades conexas (o no) al servicio que pudieran prestar los mismos sujetos privados concesionarios/autorizados para la prestación de los servicios de que se trate.<sup>9</sup>

### **3. 1. La utilización de la “licencia” como título habilitante para la prestación de servicios públicos por particulares en mercados monopólicos, oligopólicos y desmonopolizados**

#### **3. 1. 1. Licencias como contratos administrativos para la delegación de servicios públicos en el marco de la Reforma del Estado argentino**

Lo expresado en el punto anterior resulta de una decisivo para esclarecer el sentido y el alcance de las “licencias” empleadas como técnica de delegación de servicios públicos en nuestro país.

Siendo necesario, por otra parte, deslindar los dos tipos de “licencias” hasta el momento empleadas.

---

<sup>9</sup> En efecto, las “obligaciones específicas” de servicio público (a las que hacen referencia tanto el ordenamiento comunitario como el italiano, y que justifican la no sujeción, aunque parcial, de las empresas a las normas de la concurrencia) se transforman en centrales para la interpretación esquemática del nuevo modelo de gestión de los servicios, y ello en un doble aspecto (subjeto/objetivo): respecto a “quien” las determina, y a su “contenido”. Ver: Cassese, Sabino, “La nuova Costituzione economica”; conf. op., cit., pág. 76 y 77.-



En efecto, es el caso que se presentó en la “privatización”, entre otros, de los servicios de telecomunicaciones, gas y electricidad en el marco de la ley de “reforma” del Estado 23.696 del año 1989.<sup>10</sup>

Ahora bien, respecto de esta cuestión, que implica necesariamente la interpretación del sistema instaurado por la citada ley 23.696 para la “privatización” de empresas y actividades estatales, cabe traer a colación, nuevamente, al artículo 15 inc. 7° de dicha ley, como así también a su reglamentación mediante el Decreto N°1105/89.

El art. 15, inc. 7°, de la ley de “reforma” del Estado, autorizó a utilizar, como “medios” jurídicos para la privatización de empresas y actividades estatales –y por ende como títulos habilitantes para la prestación de los servicios públicos que se privatizaran- a la concesión, la licencia y el permiso; imponiendo, para todos los casos, la observancia de una “adecuada equivalencia entre la inversión efectivamente realizada y la rentabilidad”, lo que llevó a sostener –acertadamente- a un sector de la doctrina nacional que: *“...el régimen de licencias, concesiones y permisos ha sido configurado como un sistema unitario, sin diferencias, en tanto dichas técnicas de contratación se refieren a la explotación de servicios públicos o de interés público, y se sujetan a un principio propio de los contratos administrativos de concesión, cual es la de exigir la adecuada equivalencia entre la inversión efectivamente realizada y las ganancias obtenidas...”*<sup>11</sup>

Resulta más significativo aún, a efectos de interpretar el verdadero alcance de las licencias y permisos, lo normado en el Decreto reglamentario N°1105/89.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Ver leyes 24.065 y 24.076 y sus decretos reglamentarios; como así también los Decretos 62/90, 2344/90, 2345/90, 2346/90 y 2347/90, entre otros.

<sup>11</sup> Salomoni, Jorge L., “Teoría General de los Servicios Públicos”, op., cit., pág. 350.

<sup>12</sup> En el mismo, al reglamentarse puntualmente el inc. 7° del art. 15 de la mencionada ley, se estableció concretamente el contenido necesario de las concesiones, licencias y permisos que se otorgaran para la explotación de servicios públicos: *“...a) Los permisos, las licencias o concesiones para la explotación de servicios públicos que se otorguen como consecuencia de un procedimiento de privatización, deberán contemplar: I. Los servicios específicamente incluidos, discriminando aquellos cuya explotación se conceda bajo régimen de exclusividad, de los que se concedan en un régimen de competencia. II. El plazo por el cual se otorga debe ser compatible con una eficiente prestación del servicio, una adecuada amortización de las*

Como puede apreciarse, el sistema de la ley 23.696 y su Decreto reglamentario N°1105/89, equiparó las licencias, permisos y concesiones de servicio público, “contractualizando” todas las alternativas de “privatización” de una empresa o actividad pública.

### 3. 1. 2. Licencias otorgadas para la prestación de servicios públicos desmonopolizados. El caso argentino

Sin embargo, y al margen del “modelo” de licencia como título habilitante para la prestación de servicios públicos instaurado por el sistema de la ley 23.696, surgió otro que no ha respetado los parámetros allí indicados, y que –básicamente- ha *construido* un sistema de *licencias no contractuales*, las cuales sólo prevén la inscripción de los interesados en un Registro público creado al efecto.<sup>13</sup>

---

*inversiones que se lleven a cabo y una razonable rentabilidad. Puede convenirse su prórroga, así como las modalidades para hacerla efectiva. III. El ámbito geográfico comprendido. IV. Las obligaciones que, según el caso, se le impongan a la permissionaria o licenciataria, tanto las referidas al pago de un canon, como a la calidad y extensión del servicio o a la modernización de los medios materiales y técnicos afectados a la prestación del mismo. V. Los derechos comprendidos en el permiso o en la licencia, incluyendo aquellas disposiciones que pudieran importar el ejercicio por parte del permisionario o licenciatario de acciones o derechos contra terceros. VI. El régimen tarifario, o especificando los conceptos que la tarifa debe cubrir, incluyendo la rentabilidad adecuada a la inversión realizada. VII. El régimen sancionatorio aplicable. VIII. Para las concesiones de servicios públicos donde se establezcan cláusulas de rescate o reversión, se preverá un justo régimen indemnizatorio y el destino de los bienes afectados a la explotación del servicio. En tales casos el rescate y la reversión tendrán carácter excepcional, según fundadas razones de interés público. IX. La información técnica y económico financiera que el permisionario o licenciatario deba suministrar o tener a disposición de la autoridad de control del servicio...” En el mismo sentido, véase Dromi, Roberto, “Empresas Públicas. De estatales a privadas”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pág. 34 y 35.*

<sup>13</sup> Debe recordarse que la desmonopolización de los servicios públicos, a nivel nacional, fue decretada, con alcance general, aún antes del dictado de las leyes de *reforma del Estado*, aunque dicha normativa no tuviera efectividad en su aplicación. En efecto, en 1987 se dictó el Decreto N°1842, de “Desmonopolización de servicios públicos prestados por empresas estatales”, por el cual se dispuso que: “Art. 1º.- Se establece como principio general, en materia de producción y provisión de bienes y prestación de servicios, en el área de actividad de las empresas públicas dependientes del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, la libre concurrencia del sector privado, en las condiciones establecidas por este

Este es el caso del régimen de los servicios postales, y actualmente, el del nuevo régimen de los servicios de telecomunicaciones y de ferrocarriles.

Esto es, aquellas licencias establecidas por el Decreto N°1187/93, por el Decreto N°764/2000 de “Desregulación de los servicios de telecomunicaciones” y su ampliación por medio de la ley 27.078 y sus normas reglamentarias<sup>14</sup>; y la ley 27.132, respectivamente.

En relación con el caso de los servicios postales, ya hemos tenido ocasión de estudiarlo en profundidad, y allí nos permitimos remitir.<sup>15</sup>

Respecto del caso de los servicios de telecomunicaciones valdrá hacer algunas otras precisiones:

En general, y en relación con el “modelo” de licencia adoptado, debe distinguirse si en el mismo: 1) existen habilitaciones generales y particulares, respecto de la prestación de determinados servicios; y si se imponen obligaciones de servicio público a algunos sujetos en particular; y 2) si existen impedimentos para que algún o algunos licenciatarios presten el denominado “servicio universal”. Ello, a efectos de poder “individualizar” a los sujetos que continúan con la carga de prestar el servicio público comprometido.

---

*decreto (...) Art. 2º.- Quedan sin efecto todos los actos unilaterales de la administración central, del as entidades descentralizadas y de las empresas y sociedades estatales, así como todas las convenciones celebradas entre ellas, por las cuales se hayan otorgado o reconocido privilegios, exclusividades o derechos de cualquier naturaleza cuya finalidad o efectos sea la exclusión del sector privado de la prestación de servicios al público.”*

<sup>14</sup> En efecto, por el artículo 4º del Decreto N° 2426, de fecha 13 de diciembre de 2012, se estableció, como una de las políticas de democratización en el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, para facilitar el ingreso al mercado de nuevos prestadores, y, a partir de allí, promover la competencia y la mejora en la calidad de prestación de los servicios, incorporar, como artículo 8 bis del Reglamento de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones aprobado por el Anexo I del Decreto N° 764/2000, vigente en virtud de lo establecido por el artículo 92 de la Ley N° 27.078, la regulación de la figura del Operador Móvil Virtual (OMV). El mencionado artículo 8º bis del Reglamento de Licencias de Servicios de Telecomunicaciones, aprobado como Anexo I del Decreto 764/2000, dispone que los interesados en brindar servicios de telefonía móvil y que no posean frecuencias asignadas del espectro radioeléctrico para la prestación de estos servicios, deberán contar con la licencia de servicios de telecomunicaciones y el “Registro de Operador Móvil Virtual” cuyas condiciones, a su vez, fueron aprobadas por Resolución 38/2016 del Ministerio de Comunicaciones de la Nación.

<sup>15</sup> González Moras, Juan M. “Servicios Postales. Su actual regulación y desmonopolización”, obra cit.

Si ello no es posible, como en realidad sucede en el régimen de licencias aprobado por el Decreto N°764/2000, ya que todos los sujetos licenciatarios pueden ofrecer y prestar todo tipo de servicios, incluidos los propios del “servicio universal”, no podrán contemplarse diferencias respecto a la calidad de cada uno de esos sujetos como prestatarios de un servicio público.

El caso de los servicios ferroviarios a partir de la ley 27.132, será tratado más adelante.<sup>16</sup>

## **4. La utilización del “permiso” como título habilitante para la prestación de servicios públicos**

### **4. 1. Servicios de transporte automotor urbano de pasajeros**

La regulación del transporte automotor de pasajeros se dará con el dictado del Decreto N°656/94.

El citado Decreto, en su art. 6° clasifica los servicios de transporte automotor en: a) Servicios Públicos; b) Servicios de Oferta Libre.

Por su parte, en el art. 7° establece que: *“Constituyen servicios públicos de transporte de pasajeros urbano o suburbano, todos aquellos que tengan por objeto satisfacer con continuidad, regularidad, generalidad, obligatorie-*

---

<sup>16</sup> Baste decir aquí, que la sanción de la ley 27.132 y de los Decretos reglamentarios de la misma N°1661/15 en cuanto a la CNRT, y N°1924/2015 sobre el “Registro Operadores”, inauguran en materia de prestación de servicios ferroviarios un sistema de combi, por un lado, el sostenimiento, expansión y explotación de la infraestructura por parte del Estado nacional y, por otro, un esquema de prestación de servicios ferroviarios basado en el principio de “open access”. Concretamente, el art. 4 de la ley 27.132 dispone: *“Establécese la modalidad de acceso abierto a la red ferroviaria nacional para la operación de los servicios de transporte de cargas y de pasajeros. La modalidad de acceso abierto para la operación de los servicios ferroviarios de cargas permitirá que cualquier operador pueda transportar la carga con origen y destino en cualquier punto de la red, independientemente de quien detente la titularidad o tenencia de las instalaciones del punto de carga o destino. A los fines de lo dispuesto en el presente, el Poder Ejecutivo nacional creará un (1) Registro de Operadores de Carga y de Pasajeros.”*

*dad y uniformidad, en igualdad de condiciones para todos los usuarios, las necesidades comunitarias de carácter general en materia de transporte...”*

Y en el art. 8° que: *“Los servicios de transporte automotor de pasajeros urbano y suburbano no comprendidos en los alcances del artículo 7° del presente decreto, constituyen servicios de oferta libre de transporte automotor de pasajeros en el ámbito urbano y suburbano. Estas prestaciones deberán adecuarse a las modalidades previstas en el presente decreto y a las normas complementarias que para su implementación y ejecución dicte la Autoridad de Aplicación de Aplicación.”*

A su vez, en el art. 17, se establece al permiso como la modalidad de delegación del servicio público.

En efecto, allí se indica que: *“La explotación de los Servicios Públicos se desarrollará mediante permisos otorgados por la Autoridad de Aplicación. Los permisos tendrán una vigencia de DIEZ (10) años renovables automáticamente por períodos iguales a petición de los interesados, salvo que la Autoridad de Aplicación considere fundadamente que existen causales vinculadas al desempeño del operador o a la funcionalidad o estructura futura del sistema de transporte, que aconsejen la no renovación del permiso.”*<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> El art. 23 del Decreto 656/94 establece que: *“Son obligaciones del permisionario: a) Dar cumplimiento a todas las obligaciones que se deriven del permiso, y en virtud de ello prestar el servicio bajo las pautas de continuidad, regularidad, generalidad, uniformidad en igualdad de condiciones y obligatoriedad. b) Respetar las pautas tarifarias establecidas. c) Contratar los seguros que amparen los riesgos vinculados con la prestación del servicio, con los usuarios y con terceros transportados y no transportados. d) Habilitar técnicamente la totalidad de los vehículos asignados a los servicios. e) Poseer la totalidad de los conductores la Licencia Nacional Habilitante vigente. f) Disponer de instalaciones adecuadas tanto para el descanso del personal como para la internación de los vehículos que conforman el parque móvil asignado a los servicios. Tales instalaciones deberán adecuarse a las normas de higiene y seguridad del trabajo y a las disposiciones municipales de ordenamiento urbano en vigencia. g) Presentar ante la Autoridad de Aplicación la información estadística y contable que se requiera. h) Dar cumplimiento a las obligaciones fiscales y previsionales correspondientes. i) Facilitar a la Autoridad de Aplicación la información vinculada con la operación general de los servicios a cargo del permisionario. j) Acreditar el pago correspondiente a la Tasa Nacional de Fiscalización del Transporte. k) Demás obligaciones que determine la Autoridad de Aplicación.”*

## 4. 2. Transporte automotor interurbano de pasajeros

De igual manera, el Decreto N°958/92, con las modificaciones introducidas por el Decreto N°808/95, estructuró el ordenamiento reglamentario vigente en materia de transporte por automotor interurbano de pasajeros de jurisdicción nacional, incorporando criterios de mayor desregulación en materia de prestación y operación de servicios.

En dicho marco normativo, y sobre la base de considerar en su art. 3º, que: “*El transporte automotor definido en el artículo 17 se clasifica en: a) Servicios públicos. b) Servicios de tráfico libre. c) Servicios ejecutivos. d) Servicios de transporte para el turismo...*”, se estableció, en el art. 18, un régimen de “permisos” como forma de delegación de la prestación de dicho servicio público.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> El citado art. 18 establece: “*PERMISOS - La explotación del servicio público de transporte automotor de pasajeros será adjudicada a través de un permiso previo, cuya vigencia tendrá un plazo de DIEZ (10) años. La adjudicación de un permiso bajo el régimen de servicio público, implicará para el permisionario la obligatoriedad de prestar los servicios en las condiciones establecidas por la autoridad de aplicación, y le permitirá asimismo acceder, en libertad de condiciones, a la explotación de cualquier servicio de tráfico libre de jurisdicción federal.*” Por su parte, el art. 20 establece que: “*La autoridad de aplicación establecerá los nuevos servicios de carácter público que se requieran en los distintos recorridos, teniendo en cuenta las necesidades y demandas de transporte y los pedidos o reclamos de los usuarios. La autoridad de aplicación podrá otorgar más de un permiso sobre un mismo recorrido...*”

## **PARTE IV**

---

### **Tercera etapa regulatoria**

El régimen del servicio público en los ordenamientos  
públicos globales: 1994 en adelante

## CAPITULO IX

---

# El servicio público en la reforma constitucional de 1994

## Introducción

La reforma constitucional de 1994, implicará un nuevo y trascendente hito en la larga evolución del régimen jurídico del servicio público.

Ello, por un doble orden de razones.

En primer lugar, porque reincorpora al servicio público en la parte dogmática de la constitución, esto es: como un derecho y una garantía.

En segundo lugar, por la modificación del sistema de fuentes internacionales que viene a reconocer, de manera formal y con profundas implicancias para nuestro ordenamiento jurídico, el fenómeno de la internacionalización del derecho de la mano de nuevos tipos de Derecho internacional: a) Derechos Humanos; b) Derecho de la Integración o Comunitario; y c) Derecho internacional del Comercio.

Ahora bien, centrándonos preliminarmente en las razones que inspiraron la introducción de dichos cambios en la estructura de la Consti-



tución nacional, debemos señalar que, de lo que surge del debate constituyente, el art. 42 de la Constitución nacional se inspiró claramente en dos cuestiones: a) el derecho del consumo; b) la elevación a categoría de sujeto de derecho del usuario de servicios públicos ante la deficiente regulación de los mismos en el marco de la reforma del Estado.

Si a todo ello sumamos las cuestiones que surgen de la modificación del sistema de fuentes internacionales por la incorporación del art. 75, incisos 22, 23 y 24, tendremos que, inevitablemente, el sistema de derechos y garantías incluido en los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional, exige la interpretación y aplicación del servicio público a la luz de normado en los Tratados internacionales de Derechos Humanos, en tanto “Derechos económicos, sociales y culturales”.

De la conjunción de ambas cuestiones surgirá una nueva etapa regulatoria: el servicio público como derecho social.

Etapa regulatoria que tendrá una decisiva influencia, entre otras cuestiones, en la modificación del clásico sistema de responsabilidad estatal en materia de prestación de servicios públicos, de corte civilista, que –como veremos– tendrá que adaptarse a la noción de “mínimos” garantidos.

El modelo prestacional se presenta, además, bajo una organización mixta: a) concesiones y licencias contractualizadas bajo criterios de exclusividad (tanto a nivel federal como provinciales); b) prestaciones por empresas públicas organizadas bajo normas de derecho privado (tanto a nivel federal como provincial); c) prestaciones por empresas públicas estatales bajo normas de derecho público (Sociedades del Estado); d) prestaciones directas a cargo de administraciones (servicios municipales); e) prestaciones de servicios locales a cargo de cooperativas.

### **Nuevos derechos y garantías y servicio público**

#### **1. Reforma constitucional de 1994. Derechos de “tercera generación”: el servicio público y los derechos de los usuarios. Servicio público y Derecho internacional**

La reforma constitucional de 1994 reintrodujo al servicio público en la esfera de derechos y garantías de los particulares.

Ello, a través de tres vías: 1) En primer lugar, con la incorporación del art. 42, dentro del capítulo “Nuevos derechos y garantías”; que produce, por una parte, el retorno formal de la vinculación entre servicio público y derechos y garantías de los particulares; y, por otra, la incorporación del “usuario” como el sujeto privilegiado de dicho régimen y que, como veremos, debe ser interpretado en conjunto con las normas de los arts. 41 y 43; 2) En segundo lugar, a través de los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos incorporados al bloque de cons-

titucionalidad por vía del art. 75, inc. 22; y 3) Finalmente, por medio de lo normado en el art. 75, inc. 23.

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

Norma que, al ser formulada bajo los principios de los llamados derechos de “tercera generación”, no guarda una coherencia interna con el art. 40 de la Constitución nacional de 1949, vinculado, a su vez, a la idea de “función social de la propiedad” y “bienestar general”, entendidos como derechos sociales o de segunda generación.

El art. 42 de la Constitución nacional proyecta al usuario como nuevo “sujeto” de derechos constitucionales, especificando, por su parte, esos derechos, y –tal como acertadamente sostuvo el Prof. Salomoni en uno de los vicarios del interés público comprometido en la satisfacción de esos derechos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Salomoni, Jorge Luis, “Teoría General del Servicio Público”, op., cit., y en “El concepto actual de Servicio Público en la República Argentina”, op. cit. Según el mismo autor, el art. 42 de la Constitución nacional ha producido *“...un profundo cambio de legitimidad en el sistema servicial y concesional administrativo, al introducir como sujeto determinante al usuario (...) La norma constitucional en análisis..., designa a un sujeto acreedor: el usuario, y dos a sujetos deudores solidariamente responsables: el prestador del servicio y el Estado (...) Esta cualificación constitucional de los derechos del usuario pone en tela de juicio uno de los postulados sobre los que se asienta un sistema de derecho administrativo como el nuestro, como es, el de considerar a la Administración Pública vicaria de los*

El Estado es, pues, “deudor” del servicio público y, específicamente, de los derechos y garantías que se acuerdan al usuario en la relación de consumo.

Se incide, así y a nivel constitucional, directamente en las condiciones generales de “regularidad” del servicio público, subordinándose a la eficiencia y calidad de éste, incluso, las normas vinculadas al derecho de la competencia.<sup>2</sup>

El debate constituyente es claramente demostrativo de todo esto.

Las vinculaciones con el sistema de fuentes internacionales, en particular aquellas derivadas de los Tratados del Derecho internacional de los Derechos Humanos, serán abordadas, por separado, en un capítulo especial.

Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de mencionar la importancia que, en materia de servicios públicos, tendrá lo dispuesto por el art. 75, inc. 23, de la Constitución nacional, por la cual corresponde al Congreso nacional: “...*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.*”

---

*intereses generales, ya que su co-titularización y ejercicio en este colectivo y para este caso concreto, puede desarticular tal postulado (...) Estas cuestiones me llevan también a afirmar que el usuario es titular de un derecho subjetivo pleno que le permite acceder irrestrictamente a la jurisdicción judicial para la defensa de esos derechos, esto es, la propia Constitución establece la garantía de defensa de sus derechos. Ello a través de las vías procesales comunes o de excepción, o a través de la vía procesal autónoma que denominé en otra oportunidad del Amparo o “Contencioso de los Derechos Humanos” establecida en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (...) Todo lo expuesto, ha establecido un giro copernicano en la concepción sobre los derechos del usuario, y fundamentalmente sobre el servicio público...”*

<sup>2</sup> Por ello, tanto la ley de Defensa del Consumidor 24.240, como la ley de Defensa de la Competencia 25.156, se configuran, necesariamente, como normas reglamentarias del art. 42 de la Constitución Nacional. Ver, sobre esto: Salomoni, Jorge Luis, “El artículo 42 de la Constitución y la vinculación entre sus normas reglamentarias: el régimen legal de la defensa de la competencia y los marcos regulatorios, entes o agencias reguladoras de los servicios públicos en la república Argentina”, Revista Actualidad en el Derecho Público N°12, Enero-Abril 2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 31 y sig.

*Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”*

La “acción positiva” debida en virtud de esta norma por el Estado nacional, implica el reconocimiento constitucional de dos cuestiones fundamentales: a) En primer lugar, la norma ordena al Estado su intervención a los efectos de garantizar “...la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución...”, es decir que se incorpora, por primera vez de manera expresa, una norma que contempla la necesidad del respecto de la “igualdad sustancial” entre los ciudadanos, a la manera en que históricamente lo han hecho otras constituciones, como por ejemplo la italiana en su art. 3º; y b) En segundo lugar, la acción positiva o intervención debida por el Estado nacional se vincula directamente con: 1) *los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*, en general; y 2) los *Tratados vinculados con los derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...*, y el *régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*, en particular.

La norma, por su parte, al vincularse directamente, y con generalidad, con los “...*tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...*”, remite a dichos ordenamientos en lo relativo al sentido que debe darse al concepto de “acción positiva”.

Lo que conlleva que en ningún caso podría interpretarse que las normas de *Tratados de Derechos Humanos* tendrían carácter no operativo o meramente programático, pues ello iría en contra de lo que aquellos *Tratados*, clara y categóricamente, establecen al respecto, como, por ejemplo, la *Convención Americana de Derechos Humanos* en sus artículos 2 y 29.

Por su parte, la noción de “acción positiva”, como forma de garantizar la efectividad de los *Derechos Humanos*, tal como luego veremos,

ha sido conceptualizada tanto por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como por la Corte Suprema nacional.<sup>3</sup>

## **2. El art. 42 de la Constitución nacional y el rol del Estado en la organización, prestación y regulación de los servicios públicos**

### **2. 1. El art. 42 y el principio de subsidiariedad**

Si analizamos las razones que inspiraron la introducción de dichos cambios en la estructura de la Constitución nacional, debemos señalar que, de lo que surge del debate constituyente, el art. 42 de la Constitución nacional se inspiró claramente en dos cuestiones: a) el derecho del consumo<sup>4</sup>; y b) la elevación a categoría de sujeto de derecho al usuario

---

<sup>3</sup> Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

<sup>4</sup> Señala la doctrina nacional que: “...*La norma reconoce como fuente, aunque con variantes, el art. 51 de la Constitución española de 1978. También las disposiciones incorporadas en el nuevo derecho público provincial elaborado a partir de 1986 (...) constituyen antecedentes en la protección de los derechos del consumidor...*” En relación con estas últimas normas, Gelli señala a la Constitución de Catamarca, art. 57; Córdoba, art. 29; entre otras. Conf. Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 463. El art. 42 de la Constitución nacional fue claramente influido por la sanción de la ley 24.240, que data de fines de 1993. Sobre los antecedentes de la ley 24.240, ver: Stiglitz, Gabriel (Director), “Defensa de los consumidores de productos y servicios”, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994, pág. 27 y sig. Sin embargo, el texto que finalmente sería incorporado como art. 42 de la Constitución nacional excedió a las previsiones de la ley de Defensa del consumidor, es decir, no se trató –simplemente- de la “constitucionalización” de los principios cardinales que expresaba dicha norma sino de la elevación a rango constitucional de una serie de derechos y garantías mucho más amplios y que incluyeron, como hemos visto, a los consumidores y usuarios de bienes y servicios públicos en un contexto conceptual que exige determinadas intervenciones estatales no contempladas en la ley 24.240. Sobre esto, ver: Farina, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, Astrea, 3º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2004, pág. 6 y sig. Como, asimismo, Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, 1º edición, Santa Fe, 2003, pág. 72 y sig.

de servicios públicos ante la deficiente regulación de los mismos en el marco de la “reforma” del Estado.<sup>5</sup>

Sobre las vinculaciones de la norma con el denominado Derecho de los consumidores, volveremos luego al tratar el régimen jurídico actual de los servicios públicos nacionales.

Nos encargaremos, ahora, de desbrozar las relaciones entre la reforma constitucional de 1994 y la denominada “reforma” del Estado, iniciada formalmente en 1989.

Ello nos conducirá a sostener que las normas finalmente adoptadas, cuyo eje es el art. 42 de la Constitución nacional (arts. 41, 42, 43 y 75, inc. 22), en lo que hace puntualmente a la regulación de los derechos y garantías vinculados con el servicio público, no vinieron a replicar el esquema conceptual que inspiró a la ley de “reforma” del Estado 23.696.<sup>6</sup>

El art. 42 de la Constitución nacional, no resulta una norma tributaria del principio de subsidiariedad, según ya hemos tenido oportunidad de analizar.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Es lo que surge con elocuencia del discurso del Convencional Irigoyen, como miembro informante del dictamen de mayoría, y que inicia el debate en torno al tema “defensa de la competencia, del usuario y del consumidor”, durante la 31° reunión, 3° sesión ordinaria, del 16 de agosto de 1994; conf. Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, versión taquigráfica, pág. 4170 y sig.

<sup>6</sup> En el mismo sentido: Pérez Hualde, Alejandro, “Servicios Públicos, Régimen, Regulación y Organismos de Control”, en Pérez Hualde, Alejandro (Director), “Servicios Públicos y Organismos de Control”, op., cit., pág. 24. Un destacado sector de la doctrina nacional opina lo contrario. Dromi, por ejemplo, vincula al art. 42 de la Constitución nacional con los principios de “libertad económica”, “privatización económica” e “Integración económica”, señalando, puntualmente, que: “...el orden económico en nuestro país se estructura sobre principios emparentados a aquel valor axial de libertad económica, lo que supone la propiedad privada, libertad de mercado, iniciativa privada. Cabe destacar que el art. 42 hizo explícitos aquellos principios de libertad económica que se encontraban implícitos en la Constitución de 1853/60 (arts. 14 y 33 CN, derechos no enumerados, pero que hacen a la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno)...” Dromi, Roberto, “Competencia y monopolio. Argentina, Mercosur y OMC”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pág. 13 y 14. Canosa hace lo propio en: Canosa, Armando N., “Régimen jurídico-administrativo del transporte ferroviario de carga”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 277, pág. 27 y sig., Buenos Aires, 2001.

<sup>7</sup> En relación con la ideología o sustento filosófico político del art. 42, se ha señalado acertadamente que: “...La declaración y reconocimiento de los derechos de usuarios y consumidores implicó una modificación sustantiva en la ideología liberal de la Constitución

Por lo tanto, no implica el reconocimiento –en este tema puntual- de que la gestión de los servicios públicos: a) representa una tarea eminentemente privada; y b) posee la aptitud de impedir al Estado nacional prestar, por sí, servicios públicos.<sup>8</sup>

Criterio que, por lo demás, ha sido expresamente descartado –en su interpretación del art. 42 de la Constitución nacional en vinculación directa con el régimen del servicio público- por parte de la Corte Suprema nacional.<sup>9</sup>

Ello, teniendo como base la consideración de que los derechos y garantías consagrados en el art. 42 de la Constitución nacional, se erigen en un ejemplo de especificación de derechos a favor de un sujeto al que se le confiere un inédito estatus constitucional: los usuarios.

Gelli señala, con todo acierto, que el art. 42 de la Constitución nacional se propone el cumplimiento de tres objetivos generales: a) la protección del consumidor; b) las garantías de los competidores en tanto productores de bienes y servicios; y c) la transparencia del mercado. A su vez, para alcanzar dichos objetivos, la norma prevé, tanto acciones privadas (las que pueden emprender, tanto individual como colectivamente los consumidores y usuarios; y en su representación el defensor del pueblo, etc.), como públicas (fundamentalmente, a través de la ac-

---

*histórica de 1853-60 y hasta en la concepción social de la Ley Suprema, incorporada en 1957 con los derechos sociales del art. 14 bis (...) Los nuevos derechos –o por lo menos el espacio subjetivo y colectivo que construyen- encierran una idea diferente de la persona humana, del Estado, de las corporaciones y de las relaciones entre todos ellos...*”, Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 460.

<sup>8</sup> Es lo que afirma un sector de la doctrina nacional. Cassagne, por ejemplo, señala que en el art. 42 de la Constitución nacional: “...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, 2º parte de la Constitución Nacional consagra, a cargo de las autoridades, el deber de proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales, normas que, obviamente, tienen como destinatarios a las empresas privadas prestadoras de las respectivas actividades que pueden configurar o no, servicios públicos...”, Cassagne, Juan Carlos, “La crisis de los servicios públicos en Argentina”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), “Servicio Público y Policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006, pág. 390 y 391.

<sup>9</sup> Conf. doctrina de la CSJN, in re: “NSS SA c/ GCBA”, sentencia del 15 de julio de 2014.



ción del Congreso nacional, que tiene el deber de: a) dictar leyes de defensa de la competencia; b) de control de los monopolios naturales o legales; c) de resguardo de la calidad y eficiencia de los servicios públicos; d) la sanción de los marcos regulatorios nacionales; etc.).<sup>10</sup>

Los derechos y garantías que vienen a ser consagrados por el art. 42 no están previstos para los prestadores de servicios como exclusivos “actores” privados del mercado.

Esto implica, claramente, que en las regulaciones de servicio público en las cuales se vean involucrados sujetos privados en calidad de prestadores, existe un conjunto de limitaciones al sistema de derechos y garantías consagrado originalmente en los arts. 14, 16, 17 y 19 de la propia Constitución nacional.

De esta manera, los derechos de acceso y permanencia en el *mercado* de los servicios públicos, vienen a quedar supeditados al cumplimiento del conjunto de derechos y garantías consagrados a favor de los usuarios en el art. 42 de la Constitución nacional.

## 2. 2. El art. 42 y el derecho de la competencia

Avanzando un poco más en la consideración de estas cuestiones, debemos señalar que el art. 42 de la Constitución nacional es, a partir de 1994, la norma que informa al derecho de la competencia.

Y que, dentro de ese marco normativo, el servicio público, como categoría, se independiza de aquella rama del derecho.<sup>11</sup>

En efecto, la novedad que traerá la redacción que adopta el art. 42 de la Constitución nacional, está vinculada con el reconocimiento de la

---

<sup>10</sup> Ver, in extenso: Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 464 y 465.

<sup>11</sup> Conf. Salomoni, Jorge L., “El artículo 42 de la Constitución y la vinculación entre sus normas reglamentarias: el régimen legal de la defensa de la competencia y los marcos regulatorios, entes o agencias reguladoras de los servicios públicos en la república Argentina”, op., cit., pág. 31 y sig.; y Caiella, Pascual, “Regulación de los Servicios Públicos y competencia”, en Revista Actualidad en el Derecho Público, N°15/16, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pág. 91 y sig.

existencia de “mercados” de servicio que deben ser regulados, en función de los derechos y garantías que se hallan en juego para los usuarios, de manera especial.

Razón por la cual puede afirmarse que el “control de los monopolios y formas de distorsión de los mercados” que aquel indica, implica que la atribución de facultades exclusivas o monopólicas deben, pues, interpretarse de manera restrictiva.<sup>12</sup>

## **2. 3. El art. 42 de la Constitución nacional y la “nacionalización” del régimen jurídico de los servicios públicos**

El efecto más profundo que los “nuevos derechos y garantías” reconocidos por los arts. 41 a 43 de la Constitución nacional vienen a producir, es el de la “nacionalización” del régimen del servicio público en lo concerniente, justamente, a esos derechos y garantías de los usuarios.

Esto porque, a partir de dicho plexo normativo, los derechos y garantías allí reconocidos, resultan directamente exigibles en cualquier jurisdicción del país, tanto provincial como federal.

---

<sup>12</sup> En la causa “Telintar”, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal recordó la doctrina de la Corte Suprema, con cita de Fallos: 105:27, en virtud de la cual las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con criterio restrictivo, en tanto el servicio público tiene como finalidad satisfacer necesidades de la comunidad y la creación de regímenes de exclusividad nunca puede ir en detrimento de los usuarios. Conf. CNCAF, Sala IV, in re: “Telintar S.A. -incidente- y otros c/Comisión Nacional de Telecomunicaciones -Min. de Economía y Obras y Servicios Públicos- s/ proceso de conocimiento”, Causa N°: 31.377/94, sentencia del 27/12/94. Sobre esto, ver: Gordilo, Agustín, en ob., cit., “Tratado de Derecho...”, Tomo 2, VI - 26/8. Esta doctrina ha sido luego recordada por la CSJN, in re: “Metrogas S.A. c/ Resolución Regulatoria 6/10/95 -ENARGAS- expte. n° 1242/95.”, sentencia del 23/06/2005, Fallos: 328: 2464.

Todo lo cual viene a ser complementado por el sistema protectorio establecido, como derecho de común o de fondo, primero por la Ley de Defensa del Consumidor y, ahora, por el Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, el Código Civil y Comercial resulta de aplicación a las relaciones y contratos de consumo en las que se encuentre involucrada la prestación de un servicio público (tanto federal como provincial o municipal), en función de que: a) la ley de Defensa del Consumidor es una norma de orden público (art. 65 de la ley de Defensa del Consumidor); y, b) es una norma de derecho común, complementaria del Código Civil y Comercial.<sup>13</sup>

Normativa que produce, por su ámbito de aplicación nacional, una marcada homogeneización de los derechos y garantías de los usuarios de servicios públicos en cada una de las distintas jurisdicciones en que se encuentra dividido el país, pero que mantendrán, sin embargo, sus competencias para regular todo lo atiente con los servicios públicos.

La homogeneización de los derechos y garantías, con base en las normas incluidas en la Constitución nacional, supone, en realidad, el establecimiento de mínimos (de derechos y garantías) que a los que quedan sometidas las regulaciones específicas en las distintas jurisdicciones del país.

El servicio público, desde el punto de vista de las potestades estatales necesarias para organizarlo y ponerlo en funcionamiento, continúa siendo local, es decir, se encuentra primariamente en manos

---

<sup>13</sup> Conforme los arts. 2 y 5, y el Anexo II, de la ley 26.994. La Corte Suprema nacional ha sostenido, siguiendo a la Procuración, que: “...La ley 24.240 integra el derecho común, toda vez que resulta complementaria de los preceptos contenidos en los Códigos Civil y de Comercio, por lo que, tal como lo establece el art. 75 inc. 12 “...no altera las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones...”, CSJN, in re: “Flores Automotores S.A. s/ recurso ley 2268/98”, sentencia del 11/12/2001, Fallos 324:4349. Posición que no ha variado en el tiempo y ha sido confirmada luego de la sanción del Código Civil y Comercial en la causa “Teléfono de Argentina S.A. c/ Municipalidad de La Plata s/ acción meramente declarativa” FLP 43106734/2009, sentencia del 24/05/2016.

de las provincias y municipios y, sólo por excepción, en manos del Estado nacional.

Pero ello, en las condiciones establecidas en el marco constitucional nacional y la normativa de fondo establecida por la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial.

Dicho marco, además, implica otras dos cuestiones trascendentes.

En primer lugar, establece, para el nivel federal, que la competencia para regular los servicios públicos (desde la *publicatio* hasta la sanción de los marcos regulatorios y las formas de resolución de los conflictos) es del Congreso nacional.

Erigiéndose, por ende, en una norma complementaria del art. 75, incs. 13, 14 y 18.

La cuestión del ejercicio de las potestades estatales en materia de servicio público, largamente discutida en doctrina, queda definitivamente zanjada.

Y no solo para el nivel federal sino también para las jurisdicciones provinciales, en tanto, reiteramos, la competencia del Congreso nacional (y correlativamente de las legislaturas locales) ha sido establecida dentro del marco de derechos y garantías de los usuarios de servicios públicos.

La potestad legislativa, pues, se transforma, en sí misma, en la primera garantía para los usuarios que se traslada, como tal, a todas las jurisdicciones del país.

En segundo lugar, se incluyen los “entes de control” que, si bien no son equivalentes, como hemos visto, a los denominados entes “reguladores”, gozan ahora también de estatus constitucional.

Son, pues, entidades necesarias dentro del esquema organizacional y de prestación de los servicios públicos nacionales, cualquiera sea la modalidad de prestación que se establezca en cada marco regulatorio y sea dicho prestador público o privado.

### 3. Alcances de la reforma constitucional de 1994. La reconfiguración del régimen jurídico del servicio público a partir de los derechos y garantías de los usuarios

#### 3. 1. La intervención estatal: del poder de policía al servicio público

Para un sector de la doctrina nacional, el art. 42 de la Constitución nacional vendría a reconocer el concepto de “regulación económica” como forma o modelo de intervención estatal en la economía.

Así, se afirma, en primer lugar, que: *“...la noción de ‘regulación económica’ cumple el papel de un ‘supraconcepto’ –que, al igual que lo que ocurre en Europa con la noción de ‘servicio de interés económico general’- resulta comprensivo de varias realidades, una de ellas, la del ‘servicio público’ al que no excluye ni niega...”*<sup>14</sup>

Y, finalmente, que, en función de ello: *“...un primer supuesto de ‘regulación económica’ sería, por ejemplo, el dictado de los ‘marcos regulatorios’ a los que alude el Artículo 42 de la Constitución Nacional. Téngase en cuenta que en estos ‘marcos’ se establecen los principales lineamientos del funcionamiento de las actividades ‘reguladas’ –ej: la obligatoriedad y continuidad de prestación de servicios públicos, la necesidad de contar con títulos habilitantes para la prestación de actividades de interés general y de los mismos servicios públicos, las restricciones a la conformación societaria de las empresas prestadoras, etc...”*<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Aguilar Valdez, Oscar R., “Competencia y regulación económica –lineamientos para una introducción jurídica a su estudio-”, en AAVV, “Servicio Público, policía y fomento”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 84.-

<sup>15</sup> Aguilar Valdez, Oscar R., “Competencia y regulación económica –lineamientos para una introducción jurídica a su estudio-”, op., cit., págs. 87 y 88.-

Otro sector, vinculándose con conceptos más tradicionales de la intervención estatal en la economía, apelan –para tratar de explicar el alcance del art. 42 de la Constitución nacional- a la noción de “policía”.

Así, Comadira afirma que: “...*El principio en la Constitución, es, pues, la regulación y el control, es decir, el Poder de Policía; aun cuando ello no obste para que, de todos modos, el legislador siga gozando de la posibilidad excepcional de conceder, por razones debidamente fundadas de bien común –con publicatio o sin ella- privilegios temporales –por vía de monopolio o exclusividad (...)* La publicatio no es, pues, una alternativa absolutamente inviable, toda vez que ella es derivable como poder inherente a la idea conformadora y positiva del Estado que traducen los Artículos 42 y 75, incisos 18 y 19 de la Constitución. Como no lo es tampoco la posibilidad de asumir una actividad, sin titularizarla, cuando no haya particulares idóneos para prestarla. Publicatio propia y Publicatio impropia darían, así, cuenta terminológica de ambas situaciones...”<sup>16</sup>

Agregando luego que: “...*En el marco de la Constitución es posible, entonces, concluir que el Servicio Público importa un título jurídico para el control y la regulación de las actividades que merezcan esa calificación, esto es, para su sometimiento al Poder de Policía, lo cual no supone, necesariamente, la publicatio de la actividad, aun cuando ni ella ni la publicatio impropia son descartables como alternativas excepcionales fundadas en los poderes inherentes al Estado conformador diseñado por la Constitución...*”<sup>17</sup>

O, incluso, se ha afirmado la existencia de un concepto restringido de servicio público (asimilable a las *public utilities* norteamericanas), pero sin titularidad estatal.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Comadira, Julio Rodolfo, “El Derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, en AAVV, “Servicio Público, policía y fomento”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 33.

<sup>17</sup> Comadira, Julio Rodolfo, “El Derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, op., cit., págs. 33 y 34.-

<sup>18</sup> “No hay en nuestra Constitución una cláusula semejante a la de las constituciones francesa y española, que establecen la titularidad estatal de los servicios públicos. Esta ausencia de la ‘cláusula de reserva’ implica que nuestra Constitución ha sido neutra en relación con la llamada titularidad estatal del servicio (...) salvo las directivas que

No compartimos las posiciones de este importante sector de la doctrina nacional. Por varias razones.

En primer lugar, entendemos que las mencionadas técnicas de intervención estatal tienen una definición que está dada por su distinto ámbito de aplicación: a) el poder de policía, como modalidad de intervención en el ámbito de los derechos particulares y, por ende, de las actividades privadas; y b) el servicio público, como modalidad de intervención que traslada una actividad originalmente privada al ámbito público y que, desde ese momento –publicatio- impide el ejercicio de poderes de policía en relación con la organización, prestación y control de la actividad.<sup>19</sup>

---

*emergen del art. 42 (...) lo atinente a la regulación de los servicios públicos nacionales está encomendado al Congreso y a la Administración, según sus respectivas competencias expresas o implícitas que, naturalmente, deben ser interpretadas a la luz de los restantes principios constitucionales. Entre ellos, el principal es el de la subsidiariedad en el ejercicio de las actividades económicas...*”, Bianchi, Alberto B., “Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), “Servicio público y policía”, *El Derecho*, Buenos Aires, 2006, pág. 84. De esta manera, para Bianchi, la noción restringida del servicio público implicaría solo considerar como tal a aquel en que se presenten los siguientes elementos: “...1) actividad industrial; 2) que constituye un monopolio natural; 3) necesaria para satisfacer las necesidades básicas de una comunidad; 4) calificada por ley como tal, y 5) que debe ser prestada en forma ininterrumpida y obligatoria...”, op., cit., pág. 130. Canosa, por su parte, ubica al concepto de servicio público como una restricción a los derechos incluidos en el art. 14 de la Constitución nacional, señalando por ello que: “...El servicio público, en definitiva, importa una calificación que en modo alguno supone la ‘estatización’ de la actividad, sino que se enmarca dentro del concepto de limitaciones al ejercicio de los derechos a las que alude indirectamente el art. 14 al referirse a la reglamentación de su ejercicio (...) dicha calificación deberá efectuarse por ley, ser explícita y nunca inferirse dicha calificación. No olvidemos que la declaración de servicio público siempre supondrá la limitación del ejercicio de algún derecho, y de allí que la estudiemos dentro del género que hemos dado en llamar regulaciones...” Canosa, Armando N., “Régimen administrativo del transporte terrestre”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 120 y 121.

<sup>19</sup> Tal como lo ha afirmado la doctrina nacional: “...no hay actividad que naturalmente sea un servicio público. Incluso aquellos que llamamos más comúnmente servicio público son actividades económicas, de producción de bienes y de servicios (...) Pero lo que sucede, en cambio, es que a estas actividades que llamamos ‘servicio público’ el Estado las toma para sí, las ‘publica’ porque él valora que el prestador de esta actividad puede estar en una posición de tal predominio y el usuario de la actividad en una posición de tal desesperación o de sujeción a ella que entonces, por una razón de protección del usuario, y del interés público, no puede estar fuera de las reglas del Estado, de lo público (...) Entonces la publicación que se refiere al servicio público, genera una competencia que es exclusiva

En segundo lugar, entendemos que la nota que, necesariamente, caracteriza a uno y otro modelo o forma de intervención, es la de la “obligatoriedad” de la prestación o desarrollo de la actividad.

La obligatoriedad, en sentido estricto, no es predicable respecto de ninguna actividad privada.

La obligatoriedad implica exigibilidad.

Y, en nuestro régimen constitucional, sólo son “exigibles” por parte de los destinatarios (usuarios), las obligaciones que surgen de un régimen de servicio público. Son exigibles a su titular y, por vía de este, eventualmente, a los prestadores privados (concesionarios o licenciatarios) en los que el Estado decida delegar la prestación de la actividad.

Los derechos especificados del art. 42 de la Constitución nacional, relativos a los servicios públicos económicos, no resultan exigibles, en concreto, sin una previa definición de su ámbito de aplicación: actividades económicas que el Estado decida establecer como “servicios públicos”.<sup>20</sup>

De lo contrario, la exigibilidad de esos derechos específicos podría predicarse respecto de cualquier actividad de “servicios” desarrollada en el mercado.

---

*del Estado; lo que la caracteriza es que ningún particular podría realizar esa actividad sino bajo un régimen jurídico de servicio público y, así, con una especial relación con el Estado que es el titular exclusivo de la competencia...*” Barra, Rodolfo Carlos, “Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público”, en AAVV, “Servicio Público, policía y fomento”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 53 y 54.-

<sup>20</sup> Se ha señalado en este sentido que: “...La obligatoriedad de que los marcos regulatorios de los servicios públicos deban ser aprobados por leyes del Congreso Nacional y el imperativo que lleva a las autoridades a proveer al control de la calidad y eficiencia de tales servicios, me robustecen en la convicción de que nuestro sistema constitucional adhiere a la titularidad estatal del servicio público. No veo en ello una mera afirmación ideológica de la autoridad estatal, que pretende reducir el ámbito de libertad de los particulares. Por el contrario, la consecuencia inmediata de la publicatio es la responsabilidad del Estado por la prestación de la actividad que ha calificado como servicio público (...) Gestionará esta actividad a través de medios propios o la pondrá a cargo de los particulares, por ‘delegación’, pero nunca podrá prescindir de su obligación de asegurar la prestación a la comunidad...”, Uslenghi, Alejandro, “El servicio público como categoría constitucional”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006, pág. 30.



Lo cual, desde ya, aparecería como excesiva y, por ende, irrazonable, en términos de “regulación” y “control” enmarcada en la tradicional definición del denominado “poder de policía” (conf. arts. 14, 16, 19 y 28 de la Constitución nacional).

Al margen del principio protectorio general que establece en su formulación (y que se extiende tanto a los servicios públicos generales como sociales, tal como luego veremos en el presente trabajo), los servicios públicos incluidos en el art. 42 de la Constitución nacional deben entenderse, desde el punto de vista su ámbito conceptual, como “servicios públicos económicos”.

Esto es, aquellos prestados por el Estado -o por delegación en manos de particulares- bajo condiciones de mercado, es decir, a cambio de un precio o contraprestación (tarifa), establecida de manera proporcional a la calidad y cantidad de servicio ofrecido y consumido y que resulta exigible por el usuario (relación de consumo).

El art. 42 de la Constitución nacional menciona, concretamente, los conceptos de “mercado” y “competencia”.

La idea de “mercado” indica, para nosotros, una delimitación conceptual para el servicio público; como adelantamos, se trata de la regulación de los servicios públicos económicos (prestados en condiciones de mercado: oferta de servicio y pago de un precio por su consumo).

La idea de “competencia” tiene sentido únicamente en vinculación con la de “mercado”.

Y, en este sentido, tiende a imponer un tipo de regulación de los “mercados” de servicio público.

La prestación de servicios públicos ha sido desarrollada preponderantemente bajo formas de monopolio o exclusividad.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> De hecho, es el dato que, para un sector de la doctrina, justifica aún el régimen del servicio público: “...En la práctica es el monopolio o ausencia de libre competencia lo que determina el régimen jurídico especial y por ello centramos la noción jurídica de servicio público en torno a esta idea. Esta forma de ver la cuestión se enfrenta con todas las nociones que quieren buscar la “naturaleza” o “esencia” de lo que cada uno pueda entender que merece ser servicio público, dar la propia definición y luego postular que el orden jurídico debe comportarse como él sostiene...” Por el contrario, entonces, si “...el orden jurídico resuelve que determinada actividad ha de prestarse en libre competencia,

El monopolio es un concepto propio de la economía y, como tal, describe la forma que adopta un mercado de oferta única.

El monopolio, luego, se traduce en el establecimiento de derechos de exclusividad a favor del sujeto que esté en condiciones de ofertar.

La distinción más importante que, en este aspecto, ha provisto la ciencia económica, es la de los monopolios “naturales” y “legales”.

Los monopolios naturales condicionan de manera determinante la configuración legal que presentará la regulación de la actividad: la única decisión a tomarse en este caso es si el “monopolio” será público o privado.

En el caso de los monopolios “legales”, la situación es distinta. Supone una concreta decisión estatal (al configurar la regulación de la actividad), que opta por el modelo de oferta única, pero sin un condicionamiento de índole económico o técnico.

El art. 42 de la Constitución nacional fija, en este sentido, un principio: allí donde no exista una situación asimilable al monopolio “natural”, deberá optarse por esquemas prestacionales dominados por la idea de competencia.

Es decir, establece un criterio restrictivo respecto al establecimiento de monopolios “legales”.

---

*entonces el rol del Estado es el mismo que cumple con todas las actividades privadas de esa índole (...) Cuando hay libre competencia, el derecho administrativo de fines del siglo XX no asume fijar o regular precios ni tarifas, ni determinar qué debe invertirse en tal o cual actividad económica, ni tampoco interviene en el nivel de rentabilidad de una actividad libre por propia determinación de dicho orden jurídico. Existe como veremos alguna variante de regulación económica y social, pero no del nivel que se aplica en las actividades monopolísticas constitutivas de servicios públicos...”*, Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 2, “La defensa del usuario y del administrado”, 6º edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, Capítulo VI pág. 10 y 11. A pesar de que no acordamos con su idea general de que el monopolio (público o privado), es la única situación que, en definitiva, puede justificar la regulación estatal (que, a su vez, podrá incluir la caracterización de una actividad como servicio público), Gordillo es, sin duda, quien ha analizado agudamente y en profundidad, todas las implicancias que, a los efectos de la defensa de los derechos de los usuarios, tiene el concepto de monopolio (legal o de facto), en el marco del art. 42 de la Constitución nacional. Ver, ahora: Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 2, 10ª ed., ahora como 1ª ed. del “*Tratado de derecho administrativo y obras selectas*”, Cap. VI-5 y sig., Buenos Aires, F.D.A., 2014.

El ámbito de aplicación conceptual de los derechos y garantías que el art. 42 de la Constitución nacional despliega en relación con el “mercado” resulta, dentro de la teoría general de los servicios públicos, restringido o acotado.

Sin embargo, los conceptos de “regulación” y “control”, propios de la moderna técnica de intervención estatal en la economía, no deben llevar a la confusión de los “títulos” (o prerrogativas) a partir de las cuales el Estado interviene en cada caso (poder de policía o servicio público).

¿Es posible que en otro marco constitucional esto funcione de manera diversa? Ciertamente. Pero ello no implica que dichas construcciones o diseños constitucionales de establecimiento de potestades y, consiguientemente, de derechos individuales y colectivos, sean trasladables a nuestro esquema constitucional.

Las alternativas son varias. Desde los modelos constitucionales en los cuales se establecen cuales “son” los servicios públicos, es decir, se reservan para el Estado determinadas actividades económicas<sup>22</sup>; a los modelos

---

<sup>22</sup> Por ejemplo, la Constitución Brasileira de 1988 establece en su art. 21, conforme la redacción dada por la Enmienda Constitucional N°8 del 15/8/95, que: “...*Compete à União: (...) X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres...*” Respecto del concepto y régimen jurídico del servicio público en Brasil, ver: Bandeira de Mello, Celso Antonio, “Curso de Direito Administrativo”, 14° edición, Malheiros Editores, Sao Paulo, 2002, pág. 599 y sig.; Bacellar Filho, Romeu Felipe, “O poder normativo dos entes reguladores e a participacao dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulacao na experiencia brasileira”, en Actualidad en el Derecho Público N°18-20, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 61 y sig.; Gesta Leal, Rogerio, “O controle social dos servicios públicos no Brasil como condicao de sua possibilidade”, en AAVV, “Derecho Administrativo Iberoamericano”, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pág. 103 y sig.

en los cuales no se prevé la potestad estatal para decidir, eventualmente, dicha reserva de mercado (caso de los modelos anglosajones).

En nuestro caso, tenemos un modelo constitucional que prevé, efectivamente, la eventual reserva de actividades económicas por parte del Estado.

Implícitamente, en el actual art. 75, inc. 18, y, de manera explícita, en el art. 42 de la Constitución nacional que viene a reconocer la existencia de los denominados monopolios “legales”.

Es decir, prevé la posibilidad de la existencia de un régimen legal que someta a determinada actividad a una regulación de servicio público.

Esto implica reconocer la titularidad estatal del servicio público. No de un servicio público genérico u omnicomprendido de un tipo de actividad, sino de un régimen jurídico de derecho público por el cual el Estado, el Congreso nacional, puede sustraer de la esfera de derechos de los particulares, el derecho acceso o de entrada a una actividad económica determinada.

El modelo constitucional argentino, por otra parte (salvo en la fugaz reforma de 1949), no se inscribe, tampoco, en aquellos que han incluido definiciones de tipo esencialistas, que parten del supuesto de la existencia de servicios públicos “originarios” (ver, también, la Constitución de la Provincia de Córdoba, art. 75).

El servicio público está previsto como técnica de intervención. Como actividad económica a ser desarrollada en el mercado para el cumplimiento de determinados fines, y el aseguramiento correlativo de determinados derechos y garantías de los usuarios.

Pero no está dispuesto o establecido (salvo en el caso del correo y las comunicaciones, incluidas en el art. 75, inc. 14, de la Constitución nacional), qué o cuáles actividades deben entenderse incluidas en la noción de servicio público económico.

Ello ha sido diferido, desde el origen de nuestro sistema constitucional, al legislador.

Lo cual guarda una estricta coherencia con el carácter eminentemente contingente, eventual y no permanente, del objeto de las activi-

dades económicas que, en cada momento histórico, pueden ser disciplinadas bajo un régimen jurídico de servicio público.

Como sucede, también, en el caso del “dominio público”. No existen bienes que, por su naturaleza, integren esta categoría del derecho público. Pero el Estado tiene la potestad de sustraer determinados bienes del comercio para asegurar con ellos determinados fines de uso común. O, instrumentalmente, para prestar servicios públicos.

La modalidad de prestación o gestión de la actividad económica que sea disciplinada bajo un régimen jurídico de servicio público, no tiene, actualmente, la potencialidad de interferir conceptualmente en el establecimiento mismo de dicho régimen.

Es indistinto que sea prestado por el propio Estado (a través de las formas de organización administrativa o societaria que considere convenientes) o, por delegación, por prestadores particulares. De manera monopólica o en competencia, dentro del principio rector establecido en el art. 42.

En cualquiera de los casos, el régimen jurídico del servicio público económico deberá cumplir el mismo fin tuitivo que lo justifica: hacer efectivos los derechos y garantías, individuales y colectivos, de los usuarios.<sup>23</sup>

Los mínimos de cantidad y calidad de servicio, las restricciones en torno a los monopolios legales y otras formas de distorsión de los mercados, su especial regulación y control por parte de entes reguladores, justifican, en cualquier caso, la necesidad del régimen jurídico especial y lo separan, también, de la lógica prestacional de los restantes servicios que cumple la administración (tanto en el caso de los servicios públicos generales, como de la misma función administrativa).

La crisis del régimen del servicio público generada en su momento por el fenómeno de nacionalización de los servicios (unificación del titular con el prestador), no puede volver a producirse en la actualidad

---

<sup>23</sup> Ver, en este sentido: Pérez Hualde, Alejandro, “Servicios Públicos, Régimen, Regulación y Organismos de Control”, en Pérez Hualde, Alejandro (Director), “Servicios Públicos y Organismos de Control”, op., cit., pág. 26 y sig.

por el mero hecho de que el Estado decida prestar por sí mismo una actividad servicio público.

Y ello es así porque el régimen constitucional ha cambiado.

El estatuto jurídico del usuario (actual y potencial), de rango constitucional, impide la asimilación de las actividades propias de un servicio público económico con el resto de las actividades del Estado.

Los derechos y garantías de los usuarios (arts. 41 a 43 y 75, incisos 22 y 23, de la Constitución nacional), justifican, pues, el régimen jurídico del servicio público, más allá de la forma y modalidad en que se organice su prestación.<sup>24</sup>

Resultan exigibles al prestador del servicio público, independientemente de que éste sea estatal o privado.

¿Es posible que, por influjo de los avances tecnológicos y de nuevas necesidades (tanto estatales como sociales), algunas actividades calificadas y reguladas como servicios públicos, pasen (o vuelvan, como se prefiera) a ser actividades “privadas” a ser desarrolladas en condiciones de mercado y bajo la órbita de la reglamentación y control policial del Estado? Ciertamente. Nada lo impide.

El ámbito de aplicación del art. 42 de la Constitución nacional cambiaría también.

El *espacio jurídico* reservado al servicio público se reduciría, dando lugar a un supuesto de menor intervención estatal. Pero ello debe ser decidido *formalmente* por el Estado.

Así como es necesario que *formalmente* el Estado designe y regule jurídicamente (consagración o *publicatio*) a una actividad económica para que pueda ser considerada “servicio público” (y, por ende, resulte exigible por sus destinatarios); dicha actividad formal (desarrollada

---

<sup>24</sup> Ello es lo que surge con toda claridad de la doctrina de la Corte Suprema nacional. Ver para ello, al menos: CSJN, in re: “NSS SA c/ GCBA”, sentencia del 15 de julio de 2014; CSJ 42/2013 (49-K), RECURSO DE HECHO, in re: “Kersich, Juan Gabriel y otros el Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/amparo”, sentencia del 2 de diciembre de 2014; y FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016.

por el poder estatal investido de tal competencia, en nuestro caso, el Congreso nacional), debe necesariamente desplegarse en sentido inverso cuando efectivamente se haya decidido que el ciclo o la justificabilidad de aquel “servicio público” ha llegado a su fin.

La única limitación que podría existir a este respecto se daría en el caso de que el propio texto constitucional “designara” expresamente a alguna actividad como “servicio público”.

En ese caso, no existiría, jurídicamente, la posibilidad de “devolver” la actividad al mercado.

Situación que, en el caso argentino, podría predicarse respecto del servicio de correos y de algunos servicios públicos no económicos como, por ejemplo, la educación, la defensa y seguridad, la salud, los servicios financieros, etc. (casos que, sin embargo, permiten que Estado autorice a su prestación “conjunta” o “coadyuvante” con particulares, como en los servicios de educación privada y de seguridad privada).

En estos casos, el Estado no podría imponer a todos los ciudadanos que estas actividades sean consideradas “económicas” en sentido estricto. Es decir, sujetas al pago de una contraprestación por parte de los usuarios. Es por ello que, ofrecerá de manera directa la actividad de que se trate, sin más contraprestación por parte de los usuarios, que el pago de los impuestos y contribuciones generales.

La organización y prestación pública de estas actividades de servicios (que garantizan un mínimo de servicio puesto a disposición del público), autorizan a que los particulares puedan coadyuvar a su desarrollo a partir de autorizaciones estatales (que, por lo dicho anteriormente, no son “concesiones”) que les permiten, incluso, cobrar precios o tarifas por los servicios ofrecidos y efectivamente prestados a favor de sus usuarios (escuelas y universidades privadas; agencias de seguridad privadas; empresas de medicina prepagas; etc., comparten estas funciones y características).

¿Es posible reducir el núcleo conceptual (y por ende obligacional) del servicio público dentro de una actividad económica que, en parte, será prestada por particulares en condiciones de competencia en el mercado? Ciertamente.

Es lo que en la Europa comunitaria se ha denominado “servicio universal”.

En este caso, dentro de una misma actividad económica, encontraremos una *publicatio* limitada a un núcleo central de dicha actividad, al cual se le aplicarán y le serán exigibles, los derechos y garantías que el art. 42 de la Constitución nacional vincula estrictamente con los servicios públicos prestados en condiciones de “mercado”.

El resto de la actividad, permanecerá (o será devuelta, según se prefiera) en manos de prestadores particulares (o privados), que podrán coincidir o no con aquellos a los que se confíe las prestaciones vinculadas con el núcleo de actividad “publicada”, que desarrollarán la misma en estrictas condiciones de competencia en el mercado.

El “servicio público” pervive, así, aunque de la manera más limitada y acotada posible.

Pervive, en definitiva, en lo que en la Europa comunitaria se han denominado “obligaciones de servicio público”.

## **4. Nuevos derechos y garantías: el servicio público como garantía de la efectividad de otros derechos fundamentales**

Adelantamos ya que, desde nuestro punto de vista, la gran novedad que trae la reforma constitucional de 1994 es la reincorporación del servicio público al elenco de derechos y garantías constitucionales, por vía del sistema de los arts. 41, 42 y 43, y 75, incs. 22 y 23, de la Constitución nacional.

Esta recepción constitucional obedece o, mejor, se inscribe, en un contexto marcado por una fuerte crisis de legalidad del Estado social de Derecho.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Sobre esto, ver, especialmente: Ferrajoli, Luigi, “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, Madrid, 1999.



Dentro de esta crisis, existe consenso en que uno de los problemas fundamentales que enfrentan las democracias, es la falta de un verdadero sistema de garantías para los derechos sociales.

Lo cual nos conduce, directamente, a la consideración del sistema constitucional de fuentes internacionales y su impacto en materia de servicio público.

# Sistema de fuentes internacionales del derecho público argentino luego de la reforma constitucional de 1994

## 1. Del viejo al nuevo esquema de fuentes internacionales en la Constitución Nacional de 1994

La Constitución nacional de 1853-1860 incorporó expresamente al Derecho internacional como fuente del ordenamiento jurídico argentino.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Hablamos aquí de “fuentes” en su sentido general de “...los instrumentos que crean y forman el ordenamiento jurídico, es decir, el origen del Derecho, su principio y fundamento... El desarrollo de las fuentes es esencialmente el proceso de creación jurídica y, en este contexto, quizá el interrogante más complejo es si el ordenamiento está integrando únicamente por las normas positivas o por otros elementos con contenido jurídico...”, conf. Balbín, Carlos F., “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 243. De esos “instrumentos”, sólo nos ocuparemos de las relaciones entre las normas fundamentales del ordenamiento jurídico (constitución nacional y Tratados internacionales de Derechos Humanos), la jurisprudencia (nacional e interamericana) y algunos de los “principios” (*pro homine, pro actione, favor debilis, progresividad y no regresividad*) que se han integrado a dichas normas fundamentales. Esto último, compartiendo la idea de que: “...la Constitución Nacional reformada recientemente en 1994, prevé los principios generales de nuestro sistema jurídico de modo expreso en su

En efecto, previó no solamente la potestad y el mecanismo para la concertación y aprobación de Tratados internacionales y Concordatos con la Santa Sede (actuales art. 75, incs. 22 y 24, y art. 99, inc. 11), sino que, también, contempló, como fuentes directas del derecho nacional, tanto a los Tratados internacionales, otorgándoles categoría de “ley suprema de la nación” (art. 31 y actual 116), como al derecho de gentes (actual art. 118).

Paralelamente, tanto la celebración de Tratados internacionales de paz y comercio, como el estatuto de derechos de los extranjeros en el país, tuvieron su particular inserción, como deberes y obligaciones del Estado nacional, en el sistema de los artículos 20 y 27 de la Constitución nacional.

La riqueza, tanto histórica como conceptual, de este conjunto de disposiciones originales de nuestro sistema constitucional, daría lugar, posteriormente, a una vasta evolución doctrinaria y jurisprudencial que, sin embargo, en muchos casos y durante largos períodos, haría perder en sus devaneos y cavilaciones, y aunque coyunturalmente, gran parte de esa riqueza.

Ello, en tanto, la interpretación asistemática y alejada de los orígenes de aquellas normas, dieron lugar a una lectura del texto constitucional mediada por discusiones teóricas desarrolladas con posterioridad, principalmente en el seno del Derecho internacional público y el Derecho constitucional de principios del siglo XX.

Así, se pretendió entender el sistema de fuentes internacionales, en la concepción original de nuestra constitución, incardinado en los arts.

---

*propio texto, o por medio de los tratados incorporados por el artículo 75, inciso 22...”, Balbín, Carlos F., op. cit., pág. 249 y 250. Respecto del derecho administrativo y sus fuentes, compartimos la opinión de Gordillo cuando sostiene que aquel es: “...una rama de la ciencia del derecho (una disciplina; un saber) que analiza el régimen jurídico relativo al ejercicio de la función administrativa, las fuentes de la disciplina serán todas las normas y principios –sea cual fuere el origen de éstos- que integren dicho régimen jurídico; en otras palabras, las reglas y principios que sean imperativos...”, Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”, Tomo 8, 1º edición, “Teoría General del Derecho Administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, pág. 129.- Finalmente, sobre el concepto de “fuentes formales” del derecho, ver: de Cabo Martín, Carlos, “La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho”, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pág. 27 y sig.*

20, 27, 31, y los actuales 116 y 118, a partir de la disputa entre los sostenedores de las tesis “monistas” (o del derecho único) y “dualistas” (o de la pluralidad de derechos), que intentan resolver, en abstracto, entre otras cuestiones, las relaciones entre el Derecho internacional y los Derechos nacionales.<sup>2</sup>

Esta situación quedará en evidencia, principalmente, en el desarrollo de los análisis jurisprudenciales, principalmente a partir de las primeras décadas del siglo XX, los cuales tienden a revisar o acotar la amplitud de reconocimiento que, como fuente de nuestro derecho, la propia Corte Suprema nacional había dado al Derecho internacional, en las primeras décadas de su labor jurisprudencial.

---

<sup>2</sup> El art. 20 de la Constitución nacional, dispone: “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.” El art. 27 de la Constitución nacional, establece: “El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución. Por su parte, el art. 31 dispone que: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859.” El art. 116, señala que: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.” Finalmente, el art. 118 indica que: “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.”

Hacia mediados del siglo XX, y como paradójica respuesta a la creciente internacionalización del comercio y las comunicaciones, nuestro Estado tiende a cerrarse, al menos desde el punto de vista teórico y jurisprudencial, muestra de lo cual es el conocido caso “S.A. Martín & Cía. Ltda. v. Nación”<sup>3</sup>, del año 1963.<sup>4</sup>

## **2. El nuevo esquema de fuentes internacionales. Impacto del art. 75 inc. 22 en los arts. 27 y 31 de la Constitución Nacional. La Convención de Viena del Derecho de los Tratados y el art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos**

En el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional, la afirmación del criterio “monista”, comenzará a gestarse en la década de 1980, en la que, a pesar de algunos fallos contrarios a dicha doctrina<sup>5</sup>, se

---

<sup>3</sup> CSJN, causa “S.A. Martín & Cía. Ltda. v. Nación”, sentencia del 6 de noviembre de 1963, Fallos Tomo 257, pág. 99 y sig.

<sup>4</sup> Sobre la evolución de la doctrina de la Corte Suprema en lo que hace los tratados internacionales y la supremacía de la Constitución, ver: Vanossi, Jorge Reinaldo, “Teoría de la Constitución”, Tomo II “Supremacía y control de constitucionalidad”, Depalma, Buenos Aires, 2000, págs. 227 y sig.

<sup>5</sup> Pueden citarse como ejemplo de esta postura, el caso: CSJN, “Recurso de Hecho deducido por María Constanza Eusebio en la causa Eusebio, Felipe Enrique s. sucesión ab intestato”, Fallos, Tomo 310, pág. 1080 y sig., con sentencia de fecha 9 de junio de 1987, que toma los fundamentos desarrollados en el dictamen del Procurador General, se afirmaría respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que: “...el art. 2 de dicho tratado es bien claro en el sentido de que los derechos y libertades mencionados en el artículo precedente -que son todos los que consagra la propia Convención- deben ser específicamente incorporados al derecho interno de los Estados Partes, en caso de no encontrarse ya garantizados en ellos, mediante las disposiciones legislativas o de otra índole que deberán adoptarse con arreglo a los procedimientos constitucionales de cada país... Esta directiva pone de relieve... el carácter predominantemente programático de las cláusulas contenidas en el art. 17 de la Convención, a las que no cabe atribuir operatividad propia (...) La aprobación exteriorizada a través de la ley 23.054 no ha podido tener otro sentido, pues, que el de ratificar la asunción de ese compromiso por parte de la República, es decir, el compromiso de adecuar su legislación a los principios contenidos en la Convención. Esa aprobación, casi es redundante señalarlo, era el único

dictarían sentencias como la del caso “Cabrera”<sup>6</sup>, del año 1983, en la cual, a pesar de la afirmación de la vigencia irrestricta del art. 27 de la Constitución nacional, se sostiene, por primera vez, la existencia de un ordenamiento jurídico internacional imperativo e inderogable por los Estados nacionales, fundado en las Convenciones internacionales de Derechos Humanos y en la Convención de Viena del Derecho de los tratados.

La reforma constitucional de 1994, superando todas las discusiones clásicas vinculadas a las formas de introducción del Derecho internacional en el ordenamiento interno (monistas o dualistas), dispuso: a) que los Tratados internacionales tienen jerarquía superior a la legislación nacional<sup>7</sup>; b) que un elenco de Tratados sobre Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional, siendo complementarios de los derechos y garantías establecidos originalmente en la parte *dogmática* de la Constitución; y c) la posibilidad de la delegación de competencias soberanas por parte del Congreso nacional, bajo ciertas condiciones, a organismos supranacionales, y la previsión de que la normativa derivada de dichos organismos tenga rango supralegal (conf. art. 75, inc. 24, de la Constitución nacional).

---

*procedimiento admisible para acordar eficacia al aludido compromiso respecto de nuestro país, a tenor de las atribuciones que el art. 67, inc. 19, de la Constitución Nacional, acuerda al Congreso...;* el caso “Sanchez Abelenda, Raúl c. Ediciones de la Urraca SA y otro”, publicado en ED, Tomo 131, pág. 547 y sig., con sentencia de fecha 1 de diciembre de 1988, la Corte Suprema afirmaba, en relación con el derecho de réplica contenido en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que “...*esta Corte ya se ha pronunciado respecto de que la ausencia de reglamentación legal impido tenerlo como derecho positivo interno (sent. de marzo 12-1987 dictada en la causa ‘Costa, Hector R. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros’, C-752. XIX y C-753 XIX...*”, y el caso “Ekmekdjian c. Neustadt y otro”, La Ley, 1989-C, 18, entre otros.

<sup>6</sup> Caso “Cabrera, Washington J. E., c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, sentencia de la CSJN de fecha 5 de diciembre de 1983, Fallos Tomo 305, pág. 2150 y sig. Véase el comentario a este fallo de Bidart Campos, Germán J., “Un importante fallo de la Corte: derecho internacional, inmunidad de jurisdicción y derecho a la jurisdicción”, ED, Tomo 107, pág. 613 y sig.

<sup>7</sup> Para un sector de la doctrina nacional, la sola prescripción del art. 75, inc. 22, en relación a que: “*Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*”, implicó “...*adoptar expresamente la tesis monista en las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional...*”, conf. Ekmekdjian, Miguel Angel, “Tratado de Derecho Constitucional”, Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 613 y 614.-

Modificaciones que impactan claramente en el sistema de prelación normativa previsto originalmente por el art. 31 de la Constitución nacional, como así también en el régimen federal de distribución de competencias del Estado argentino (arts. 1º, 5 y 121 de la Constitución Nacional).

En efecto, de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, y en relación con el Derecho internacional de los Derechos Humanos, surge un nuevo sistema de fuentes internacionales para nuestro ordenamiento jurídico.<sup>8</sup>

La jerarquía constitucional que se otorgó, por el art. 75, inc. 22, a los Tratados de Derechos Humanos allí enumerados, implicó una clara y profunda modificación, que entendemos permitida por el Congreso Nacional en la ley de llamado a la reforma constitucional, en el sistema de prelación normativa de la Constitución nacional. Especialmente en lo atinente a los Tratados sobre Derechos Humanos y los Tratados de Integración, ya que, respecto de la jerarquía supralegal de los restantes Tratados del Derecho Internacional, incluyendo los Tratados de Integración en cuanto a su derecho derivado, la reforma constitucional se limitó a incorporar expresamente la doctrina que la Corte Suprema nacional había desarrollado en los casos “Ekmekdjian” y “Fibraca”<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> El art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional prevé, en su parte pertinente, que: “(...) *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.*”

<sup>9</sup> CSJN, caso “Ekmekdjian”, Fallos: 315: 1492; F 433 XXIII - “Fibraca Constructora SCA. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” - CSJN - 07/07/1993. Sobre el impacto que tendría la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, ver, asimismo, las sentencias de la Corte Suprema en las causas S. 289. XXIV - “Servini de Cubría, María

De esta manera, nuestro sistema constitucional de fuentes fue modificado, modulando el esquema originario de 1853 (arts. 27, 31, y actuales 116 y 118), para la recepción de tres tipos de derecho internacional: a) Tratados de Derecho internacional general, conforme al art. 75, inc. 22, primer párrafo, (sean considerados como de Derecho internacional público o privado) celebrados entre Estados nacionales o con organismos internacionales; b) Tratados del Derecho internacional de los Derechos Humanos, tanto universales como regionales, conforme al art. 75, inc. 22, segundo párrafo; y c) Tratados del Derecho de la Integración, conforme al art. 75, inc. 24.

Distinción o clasificación entre los tres tipos de Derecho internacional que, por su parte, puede sustentarse, al menos, en las siguientes cuestiones: a) Los sujetos de derecho reconocidos en cada caso; b) Las relaciones jurídicas reguladas por cada tipo de Derecho internacional; c) Su jerarquía normativa, sea a nivel internacional como a nivel interno o constitucional; y d) Las modalidades de aplicación en relación con el derecho interno; cuestiones que conllevan discutir, en cada ámbito, las condiciones de: 1) primacía; 2) obligatoriedad; 3) efecto directo; y 4) efecto inmediato (u operatividad).

## **2. 1. Modalidad de incorporación de los Tratados de Derechos Humanos al sistema de fuentes internacionales de la Constitución nacional.**

### **La fuerza expansiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

No cabe duda que la incorporación de las normas del art. 75, inc. 22, en la reforma constitucional de 1994, marcará un hito trascendental para afianzar el proceso de internacionalización del ordenamiento jurídico argentino.<sup>10</sup>

---

Romilda s/ amparo” - CSJN - 08/09/1992, y “RAGNAR, HAGELIN C/ ESTADO NACIONAL -PODER EJECUTIVO-” - CSJN - 22/12/1993.

<sup>10</sup> “...la incorporación, con jerarquía constitucional, de diversos Tratados de Derechos Humanos, de acuerdo a lo prescripto por el art. 75 inciso 22, segundo párrafo, concluyó



En efecto, ello es así en tanto los Tratados internacionales de Derechos Humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, fueron incorporados al llamado bloque de constitucionalidad: a) “...en las condiciones de su vigencia...”; b) con “...jerarquía constitucional...”<sup>11</sup>; y c) sin derogar “... artículo alguno de la primera parte de esta Constitución...”, sino como “...complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”

En primer lugar, que la intención del constituyente de que estas normas rijan en las “...condiciones de su vigencia...” implica, tal como ya lo ha aclarado debidamente nuestra Corte Suprema nacional, dos importantes cuestiones: a) según hayan sido originalmente pactadas por nuestro Estado nacional, es decir, con las reservas parciales o totales que oportunamente se hubieran realizado, cuestión, por su parte, regida por el derecho internacional; y b) según la interpretación que les den los órganos o tribunales internacionales especialmente creados para proveer a su aplicación.

---

*un proceso de profunda internacionalización, desplazando el monopolio de la creación y aplicación del derecho del Estado argentino, en sus diversas jurisdicciones, hacia otros organismos supraestatales, supranacionales e internacionales. Obsérvese, como un mero ejemplo, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es más el último tribunal que decide sobre el sistema de derechos fundamentales en la República Argentina, sino que se ha desplazado principalmente en uno de los subsistemas posibles, como lo es la Corte Interamericana de los Derechos Humanos...”, Salomoni, Jorge Luis, “El proceso arbitral ante tribunales internacionales: La fuerza expansiva de su jurisprudencia en el derecho público argentino”, en VVAA. Procedimiento y Proceso Administrativo, Juan Carlos Cassagne (Director), Lexis Nexis, Abeledo Perrot – UCA, Buenos Aires, 2005, págs., 783 y sigts.*

<sup>11</sup> Se ha afirmado que: “...no hubo consenso en la Constituyente acerca de otorgar primacía al derecho internacional por sobre la Constitución Nacional. De ese modo y en mi opinión, el principio del art. 27 mantuvo su plena eficacia y con él la preeminencia de la Constitución por sobre los tratados, con la excepción de los tratados de derechos humanos a los que el art. 75, inc. 22, declaró con jerarquía constitucional (...) La solución a la que llegó la Convención de 1994 respetó los límites que la ley 24.309 declarativa de la necesidad de reforma constitucional había impuesto a la Constituyente en el sentido de no enmendar ninguno de los artículos de la primera parte de la Constitución nacional, entre los que se encontraban los arts. 27 y 31 y el ordenamiento jerárquico que de ellos emanaba...”, Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Anotada”, Tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 323.

La validez de los Tratados de Derechos Humanos incorporados al plexo constitucional, en las “*condiciones de su vigencia*”, implica, a su vez, que dichos derechos y garantías, ahora “constitucionales”, constituyan un plexo de derechos dinámico o, al menos, no estático, pues se encuentra sujeto, en cuanto a la consideración de su alcance y condiciones de aplicación, a la interpretación de los organismos o tribunales internacionales creados para aplicarlos a nivel internacional<sup>12</sup>. Tal como ha quedado perfilado en las aplicaciones jurisprudenciales efectuadas por la Corte Suprema nacional, y de lo cual son muestra elocuente los casos “Verbitsky”<sup>13</sup> y “Simón”<sup>14</sup>.

Lo que produce, a su vez, la incorporación principal o secundaria de otros principios y normas del Derecho internacional, y no necesariamente del Derecho internacional de los Derechos Humanos, a los efectos de su interpretación y aplicación.

De esta manera, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede, efectivamente, en la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, traer a colación normas y principios propios del Derecho internacional general (Convención de Viena del Derecho de los Tratados), del Derecho internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos), o bien conceptos o pautas interpretativas extraídas de decisiones tomadas por otros tribunales internacionales (Corte Internacional de Justicia, Corte Europea de Derechos Humanos, etc.).

---

<sup>12</sup> En este sentido, se ha señalado con acierto que: “...*La introducción en los ordenamientos de componentes heterónomos provenientes de los ámbitos de producción jurídica internacional (institucional y convencional) refuerza, por lo tanto, la necesidad de las matizaciones reclamadas. Respecto de ellos, la información que la Constitución despliega por todo el ordenamiento se relativiza (afectación lateral), sin que ello obste necesariamente a la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica...*” Fernández Arroyo, Diego P. (coordinador), “Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur”, Zavallia Editor, Buenos Aires, pág. 91.

<sup>13</sup> CSJN, “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, sentencia del 03/05/2005.

<sup>14</sup> CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. —causa N° 17.768—”, sentencia de fecha 14/06/2005.-

Normas y principios, todos ellos, que tendrán, pues, validez y jerarquía constitucional material en la interpretación y aplicación de las normas internacionales que ostentan, por su parte, jerarquía constitucional formal (constituidas tan sólo por Tratados internacionales de Derechos Humanos).

## **2. 2. Supremacía constitucional y “monismo” en el marco del Orden Público Internacional de los Derechos Humanos. Alcances de la reforma constitucional de 1994**

La evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional, en los últimos años, estará signada por tres cuestiones centrales: a) el retorno a la consideración del denominado “derecho de gentes”, en relación a delitos de lesa humanidad; b) la cuestión de la modificación o no del sistema de los arts. 27, 30 y 31 de la Constitución nacional frente al nuevo artículo 75, incs. 22 y 24, y el consiguiente problema del “control de constitucionalidad” respecto de los Tratados internacionales de Derechos Humanos a los que la reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional; y c) el control de convencionalidad y su compatibilización con el control de constitucionalidad.

### **2. 2. 1. Principios hermenéuticos emergentes del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**

La interpretación del sistema de fuentes internacionales debe completarse, con el conjunto de principios y reglas hermenéuticas previstas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás normas concordantes.

Artículo 29 que establece, puntualmente, que ninguna disposición del Pacto puede ser interpretada en el sentido de: “...*b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de*

*acuerdo con las leyes, de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno...*<sup>15</sup>

Norma que, por su parte, ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que: “...*La redacción de esta disposición está hecha con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados, en particular aquellos previamente reconocidos por un Estado...*”, como así también que: “...*Esta Corte definió, sin embargo, que ‘los criterios de interpretación consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pueden considerarse reglas de derecho internacional sobre el tema’...*”<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> El texto completo del art. 29 de la Convención Americana, señala: “*Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*”. En relación con esta norma, se ha sostenido que: “...*el artículo 29 b) tiene su equivalente en el artículo 60 de la Convención Europea que dispone que ninguna de las disposiciones de la Convención será interpretada en forma de limitar o afectar los derechos del hombre y las libertades fundamentales que pudieran estar reconocidas conforme a la ley de las partes contratantes o a cualquier otra convención de la que esa Parte contratante sea parte...*” Gros Espiell, Héctor, “La Convención Americana y la Convención europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, págs., 129 y 130.

<sup>16</sup> Del voto de la mayoría, en: Corte Interamericana de derechos humanos, Opinión Consultiva oc-4/84, del 19 de enero de 1984, sobre “Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización”. Debiendo, a su vez, destacarse lo expresado en la misma Opinión Consultiva, en el voto separado del Juez RODOLFO E. PIZA E., en el sentido de que: “...*tanto los principios de interpretación consagrados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como los resultantes del artículo 29 de la Convención Americana, correctamente entendidos sobre todo a la luz del Derecho de los Derechos Humanos, fundamentan la aplicación de criterios de interpretación e inclusive de integración principistas, finalistas*

Afirmando la propia Corte Interamericana, que: “...de conformidad con el art. 29, b) de la Convención, si alguna ley del Estado parte u otro tratado internacional del cual sea parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, este deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos...”<sup>17</sup>

En definitiva, y tal como lo ha afirmado la doctrina nacional: “... Si resultan aplicables al caso normas de derecho interno más favorables a la persona en forma concomitante a las convencionales, el propio sistema americano reconoce la preeminencia de las primeras, pues quienes se hallan protegidos por el régimen de la Convención no pierden por ello las libertades, las prerrogativas o las facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran. Estas no se ven excluidas por los derechos que reconoce la Convención, sino se concilian con ellos para precisar su alcance o se añaden a estos...”<sup>18</sup>

Criterio hermenéutico que, en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por ende, en nuestro sistema de fuentes internacionales, se erige en eje central del relacionamiento, sobre la base de la mutua implicancia o “interrelación”, entre los ordenamientos jurídicos internacionales de Derechos Humanos y el derecho interno.<sup>19</sup>

---

*y extensivos en orden a la mayor protección de los derechos consagrados, criterios que de un modo u otro ya han sido potenciados por la Corte [vide p. ej. OC-1/82, párrs. 24-25, 41; OC-2/82, párr. 27 ss, esp. 27, 29, 30-31; OC-3/83, párrs. 50, 57, 61, 65-66, así como mi voto separado en el caso “ Gallardo y otras “; párr. 21]. Esos criterios apuntan también a la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la Convención utilizando los principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales, en los propios ordenamientos internos y en las tendencias vigentes en materia de derechos humanos, todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la Convención misma por virtud del citado artículo 29, cuya amplitud innovadora no tiene parangón en ningún otro documento internacional...”*

<sup>17</sup> Corte IDH, “Ricardo Canese v. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 31/08/2004, párr. 180.-

<sup>18</sup> Gutierrez Colantuono, Pablo, Justo, Juan B. (Colaborador), “Administración pública, juridicidad y Derechos humanos”, op., cit., pág. 19.

<sup>19</sup> En este sentido: Vega, Juan Carlos y Graham, Marisa Adriana, “Jerarquía constitucional de los tratados internacionales”, Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 40 y 41. Por su parte, se ha utilizado, también, el concepto de “interjerarquía” para dar cuenta de las relaciones entre los distintos tipos de derecho internacional y entre éste y el derecho interno; ver,

## 2. 2. 2. El art. 29 de la CADH y su aplicación sistemática con los art. 24 y 28. Igualdad y elección del mejor derecho

Respecto a la interpretación y aplicación del art. 29 de la Convención Americana, no podemos dejar de mencionar las vinculaciones que han sido trazadas (tanto por la jurisprudencia interamericana como por la doctrina) respecto de los arts. 24 y 28 de la misma Convención.<sup>20</sup>

En efecto, de dicha vinculación normativa, surgirá lo que, conceptualmente, fue denominado como doctrina de la “elección del mejor derecho”, cuya aplicación se extiende, a su vez, por línea de principio, al ámbito del derecho “comunitario” regional.

Debe recordarse que la tesis de la “elección del mejor derecho”, formulada hace más de una década por el Prof. Jorge Luis Salomoni, se enmarca y desarrolla dentro del amplio escenario que propone el fenómeno de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos nacionales, cuyas principales causas hemos desarrollado anteriormente.<sup>21</sup>

---

para esto: Bidart Campos, Germán J., y Albanese, Susana, “Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario”, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 208 y sig.

<sup>20</sup> Artículo 24. Igualdad ante la ley. “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*” Artículo 28. Cláusula Federal. “*1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención. 3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.*”

<sup>21</sup> Tesis que puede ser complementada, desde otro punto de vista y régimen jurídico, con el desarrollo del prof. Sabino Cassese, para quien: “...*El ordenamiento comunitario, fundado sobre la multipertenencia de los sujetos a varios ordenamientos, permite, en cambio, elegir el ordenamiento jurídico menos severo.*”, *conf.* Cassese, Sabino, “La crisis del Estado”, LexisNexis, Buenos Aires, 2003.

La doctrina del “mejor derecho”, sustancialmente, implica que: “... Como consecuencia necesaria del principio de intangibilidad..., y a partir del **principio de igual protección de la ley** -artículo 24 de la Convención- para cada individuo miembro de cada uno de esos Estados, que es una aplicación del principio general de igualdad, surge el derecho de aquellos últimos de invocar la norma más favorable a sus derechos de cualquier Estado Miembro, la que debe aplicarse como principio emergente del mencionado artículo 24.

*Es decir, la norma material y/o procesal más protectora de un Estado miembro, se transforma en un principio general del derecho comunitario, que se traslada al otro Estado miembro a través de la Convención Americana de los Derechos Humanos.*

*La tesis sostenida consiste en establecer la obligación del juez nacional de aplicar la norma más protectora de los derechos humanos que se encuentre vigente en la asociación de Estados que conforma el Mercosur, ello en virtud del principio de igualdad del Pacto que establece el derecho a la mayor protección de los derechos y que este objetivado en el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos ó en un ordenamiento jurídico nacional de un Estado miembro de una asociación respecto a los demás Estados miembros integrantes.”<sup>22</sup> (el destacado nos pertenece).*

Idea que vincula, pues, al Derecho internacional de los Derechos Humanos con el Derecho de la Integración o Comunitario.

---

<sup>22</sup> Salomoni, Jorge Luis, “Estudio Preliminar” en Cassese, Sabino, “La crisis del Estado”, LexisNexis, Buenos Aires, 2003. Tesis desarrollada anteriormente en: Salomoni, Jorge Luis, “Teoría General de los Servicios Públicos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999. Por su parte, debe anotarse que Bidart Campos y Albanese sostuvieron, aunque sin aludir directamente a la normativa de la Convención Americana y del Mercosur, que: “... Tanto en la confluencia del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho interno (constitucional) y con el derecho comunitario, cuando en la realimentación que se opera entre los tres ordenamientos, el principio ‘pro homine’ abre la opción para escoger la norma más favorable a la persona humana y al sistema de derechos, por lo cual también el derecho comunitario dispone de semejante alternativa para elevar el nivel protectorio de los derechos dentro del marco del sistema de integración comunitaria...” Bidart Campos, Germán J., y Albanese, Susana, “Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario”, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 209.

Todo lo cual se proyecta –además- al interior de nuestro esquema de gobierno federal y establece la necesidad de compatibilizar las legislaciones provinciales con los estándares internacionales vigentes, a efectos de no producir una disminución ilegítima, en virtud del principio de igualdad y no discriminación, de los derechos de los ciudadanos por el solo hecho de pertenecer a distintas jurisdicciones.<sup>23</sup>

En definitiva, y tal como se ha afirmado: “...*para la Corte Interamericana, el art. 29, b), de la Convención determina que si alguna ley del Estado u otro tratado internacional del cual él sea parte otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y el ejercicio de algún derecho o libertad, este deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos, lo cual hace que la posibilidad de la invocación de la norma interna dentro de la propia jurisdicción estatal a la cual se encuentra sujeta la persona no sea dudosa...*”<sup>24</sup>

Finalmente, no podemos dejar de anotar aquí (aunque no podamos explayarnos sobre el tema), que la aplicación de la norma más favorable (o menos severa), podrá incidir en una cuestión que, es subyacente a esta particular hermenéutica en la aplicación de ordenamientos jurídicos de fuentes diversas, pero de validez y eficacia simultáneas, que no es otra que la del “conflicto” de derechos.<sup>25</sup>

Conflicto que no solo debe reconocerse como posible, sino, en muchos casos, como inevitable, y que tendrá solución en los términos que el propio sistema de fuentes propone.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> La dimensión “federal” implicadas en estas cuestiones, ha sido asumida y abordada por la Corte Suprema nacional en la causa “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, sentencia del 03/05/2005.

<sup>24</sup> Gutierrez Colantuono, Pablo, Justo, Juan B. (Colaborador), “Administración pública, juridicidad y Derechos humanos”, op., cit., pág. 113.

<sup>25</sup> Criterio que, en el derecho interno, resulta expresamente receptado por el derecho del consumo, por la Ley de Defensa del Consumidor en su art. 3, y el Código Civil y Comercial en sus arts. 7, 12, 1094 y 1095, que establecen –para el caso de conflicto de fuentes- el principio de la interpretación y de aplicación de la norma más favorable al usuario. Ver sobre esto: Lorenzetti, Ricardo L. (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VI, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 237 y sig.

<sup>26</sup> Se ha sostenido en este sentido que: “...*Aunque se parte del presupuesto genérico que no existe un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos reconocidos en un*



### **2. 2. 3. Reconfiguración de la supremacía constitucional en el nuevo sistema de fuentes internacionales: el bloque de constitucionalidad federal y norma de reconocimiento constitucional**

Tal como hemos señalado, nuestro sistema de fuentes internacionales pasó por distintos momentos que, en lo que hace a las relaciones entre el Derecho internacional y el derecho interno, oscilaron entre interpretaciones monistas y dualistas.

Hemos señalado, también, que la reforma constitucional de 1994, al incorporar las distintas reglas incluidas en el art. 75, inc. 22 y 24, impuso *normativamente* una solución diferente.

Diferente en varios aspectos.

En primer lugar, consolida la idea de que el Derecho internacional (digamos que tanto convencional como consuetudinario), tiene una jerarquía superior a las leyes. O mejor: a todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional (leyes federales y nacionales, constituciones provinciales, leyes provinciales, tratados interprovinciales, y los reglamentos, tanto nacionales como provinciales y municipales).

En segundo lugar, porque dicha regla tiene una excepción: los tratados de Derechos Humanos incluidos en el art. 75, inc. 22, segunda parte. Estas normas de fuente internacional convencional se incorporan a nuestro sistema de fuentes: a) con jerarquía constitucional; b) en las condiciones de su vigencia; c) sin derogar ninguna norma de la primera parte de la Constitución; y d) de manera complementaria.

En tercer lugar, se constitucionaliza (como fuente) al derecho derivado de los sistemas de integración regional de los que forme parte

---

*ordenamiento jurídico, y por lo tanto, un conflicto de derechos puede resolverse a través de la aplicación del principio o máxima de la proporcionalidad, dicho presupuesto cede cuando la propia norma constitucional establece expresamente esa jerarquía...”, conf. Salomoni, Jorge Luis, “Sistema Jurídico. Emergencia, Conflicto de Derechos y revisión de las Tarifas de los Servicios Públicos”, en Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), “Emergencia Pública y Reforma del Régimen Monetario”, La Ley, Buenos Aires, 2002, págs., 93 y sig.*

nuestro Estado nacional, y se le reconoce la misma jerarquía “supralegal” que a los tratados internacionales.

De esta manera, y si tuviéramos que ubicar a nuestro sistema de fuentes internacionales dentro de las tradicionales formas de relacionamiento entre los ordenamientos (internacional e interno), podríamos afirmar que -a partir de la reforma constitucional de 1994- ha abandonado la tesis dualista para inscribirse, tal como ya hemos señalado, en una particular modalidad o forma de monismo.

Y decimos particular modalidad o forma de monismo porque el constituyente de 1994 no solo no ha derogado el art. 27 (algo que formalmente no estaba autorizado en la ley de llamado a la convención constituyente), sino que, también formalmente, lo ha ratificado, aunque de manera parcial, al establecer que los tratados internacionales gozan de jerarquía superior a las leyes. Ubicándose, por ende, por debajo de la propia Constitución (conf. art. 75, inc. 22, primer párrafo).

Aquello que, en definitiva, se ha mantenido y conservado del viejo sistema de fuentes, con la excepción de los tratados de Derechos Humanos a los que hace referencia el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, es la posibilidad del control de constitucional de los tratados internacionales en tanto los mismos deben estar de acuerdo con los “principios de derecho público” consagrados por la Constitución nacional.

El art. 75, inc. 22 y 24, impone, pues, una *reintepretación* del sentido y alcance de los viejos arts. 27 y 31.

Si bien hemos revisado aquí su origen y su sentido originarios, dichas normas no pueden, luego de la reforma constitucional, seguir siendo interpretadas (o, como nosotros hemos sostenido, *desinterpretadas*), de conformidad con concepciones y doctrinas anteriores a la reforma constitucional de 1994.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Todo lo cual puede apreciarse con claridad en el desarrollo conceptual que la Corte Suprema realizó en las causa “Arancibia Clavel” y “Simón”, tanto en lo que respecta a la conceptualización del derecho de gentes como fuente de nuestro derecho interno, como en relación con la interpretación del sistema de supremacía constitucional de los arts. 27 y 31 de la Constitución Nacional. Destacándose, en este sentido, lo afirmado por el Juez Boggiano, quien sostuvo que: “...*Bien se advierte pues que no es dable adoptar una hermenéutica asaz*

El concepto que determinará los alcances de dicha *reiterpretación*, es el de “bloque de constitucionalidad federal”.<sup>28</sup>

---

*dogmática del art. 27 de la Constitución Nacional con prescindencia de las valoraciones históricas que obligan a tomar en cuenta los nuevos desarrollos del derecho internacional (...) Aquella inteligencia dogmática y en cierto modo obsoleta de la supremacía soberana del derecho interno hubiese hecho imposible por cierto adherir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la jurisdicción de su Corte que se hicieron bien antes de la Reforma de 1994, por ley 23.054...”* Como así también que: “...los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al derecho internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Aquéllos están más estrechamente conexos con el derecho internacional y, por esa vía, con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional. Por ejemplo si el principio de imprescriptibilidad (art. I de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) se viera supeditado y por ende enervado, por el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional. O si el derecho de réplica (art. 14, Convención Americana sobre Derechos Humanos) se viera en la práctica derogado por el art. 14 de la Constitución Nacional. Precisamente el fin universal de aquellos tratados sólo puede resguardarse por su interpretación conforme al derecho internacional, lo contrario sería someter el tratado a un fraccionamiento hermenéutico por las jurisprudencias nacionales incompatible con su fin propio...” Argumentación posteriormente desarrollada en la causa “Simón”.

<sup>28</sup> Gil Domínguez ha postulado la sustitución de la idea de “bloque de constitucionalidad federal” por la de “regla de reconocimiento”, entendiéndolo que esta última: “...se estructura a partir de la combinación de una fuente interna (el texto constitucional) y de fuente externa (ius cogens, Tratados Internacionales, jurisprudencia internacional y costumbre internacional) en donde cada fuente tiene su espectro de validez propio. La adecuación de las normas inferiores surge del parámetro de validez de la fuente interna y del parámetro de aplicabilidad emergente de la fuente externa (...) Es regla porque configura un espacio normativo determinado. Es de reconocimiento porque previa a ser utilizada, reconoce las condiciones de validez de la fuente externa y mediante la aplicabilidad combina dicho producto normativo con la fuente interna, estableciendo el parámetro de verificación de validez de las normas inferiores. Es constitucional porque se reconoce suprema y de aplicación directa...”, Gil Domínguez, Andrés, “La regla de reconocimiento constitucional argentina”, Ediar, Buenos Aires, 2007, pág. 13 y 14. Idea que resulta concordante con nuestra interpretación del sistema impuesto por el art. 75, inc. 22, pero que parte de un concepto histórico (en el sentido de que recurre a sus orígenes en el derecho comparado) de la noción de “bloque de constitucionalidad” que nosotros entendemos que el derecho constitucional argentino ha reformulado. El propio Gil Domínguez señala que: “...El Bloque de Constitucionalidad supone la existencia de un conjunto normativo integrado por el texto constitucional y otros elementos normativos internos (leyes orgánicas, reglamentos parlamentarios, etc.), a partir del cual, se validan o invalidan las normas inferiores...”, conf. Gil Domínguez, Andrés, “La regla de reconocimiento...”, op., cit., pág. 11 y 12. Si partiéramos de dicha conceptualización, estaríamos plenamente de acuerdo en que la misma no tendría utilidad a los efectos de entender el funcionamiento que para el sistema de fuentes internacionales impone el art. 75, inc. 22. Pero para nosotros (siguiendo a un importante sector doctrinario encabezado por Bidart Campos y a la propia Corte Suprema nacional), el “bloque” de constitucionalidad (federal) está conformado solo

El art. 27, en la interpretación que impone ahora el “bloque de constitucionalidad federal”, justifica, por un lado, el control de constitucionalidad respecto a los tratados del Derecho internacional general y de la integración o comunitario<sup>29</sup>; y, por otro, a contrario sensu, impide dicho control sobre los tratados de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional.<sup>30</sup>

---

por la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos a los que se ha dotado de jerarquía constitucional (con los que ingresan, a su vez, la jurisprudencia, los principios generales y muchas costumbres del Derecho internacional). El “bloque” no puede estar integrado por normas inferiores, ya que nuestro sistema de fuentes (a diferencia de lo que puede ocurrir en otras constituciones nacionales), reformado en 1994, no lo permite. Finalmente, no nos parece contradictorio sumar ambos conceptos para culminar sosteniendo que: dentro del “bloque de constitucionalidad federal” encontramos “normas de reconocimiento”, que vienen a resolver de antemano las cuestiones que pueden suscitarse respecto del ámbito de validez, jerarquía y aplicabilidad, de las normas constitucionales, tanto de fuente interna como externa. Sobre el alcance del concepto de “bloque de constitucionalidad” en el derecho comparado, ver: Manili, Pablo Luis, “El bloque de constitucionalidad...”, op. cit., 283 y sig.

<sup>29</sup> El control de constitucionalidad que posibilita el art. 27 de la Constitución nacional respecto de los tratados internacionales no se encuentra totalmente en pugna con el Derecho internacional, en tanto (aunque de manera más restrictiva) la propia Convención de Viena del Derecho de los tratados prevé en sus art. 46 y 53, mecanismos en base a los cuales los Estados nacionales podrían justiciar el incumplimiento de una obligación internacional en tanto: a) la misma no haya sido legítima y válidamente contraída, lo que impone, en parte, su consideración bajo los mecanismos de aprobación de los tratados internacionales bajo los parámetros de su derecho interno (art. 46); y b) se viole una norma o principio de derecho internacional inderogable o *ius cogens* (art. 53). Lo que, claramente, no autoriza la Convención de Viena (arts. 26 y 27), es la justificación de un incumplimiento internacional con la mera invocación de su oposición al ordenamiento jurídico nacional.

<sup>30</sup> Esta interpretación del art. 27 viene a justificar y complementar, aunque desde un punto de vista normativo, la solución a la que arribó la Corte Suprema nacional a partir del caso “Monges” de 1996, cuya doctrina enarbola la idea central de que el constituyente ha efectuado un juicio de “comprobación” al afirmar que los tratados de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional no “derogan” ninguna norma de la primera parte de la Constitución. Juicio que no puede ser desvirtuado ni desconocido por los poderes constituidos y que, por ende, impide el control de constitucionalidad de aquellos tratados. En una posición convergente, Bidart Campos señaló que dicho juicio de “comprobación” implicó que el constituyente consideró que esos tratados se encontraban de acuerdo con los “principios de derecho público” a los que refiere el art. 27 de la Constitución; ver: Bidart Campos, Germán J., “Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino”, op. cit., Tomo I-A, pág. 465 y 466. Se ha afirmado, también, que: “...Al adquirir jerarquía constitucional, los Instrumentos Internacionales pasaron automáticamente a integrar el compendio de los principios de derecho público establecidos en la Constitución...”, Gil Domínguez, Andrés, “La regla de reconocimiento...”, op. cit., pág. 73. Postura, por lo demás, esbozada en la jurisprudencia de la propia Corte

El art. 31, por su parte, debe incluir en su concepto de “ley suprema” de la nación, a los tratados de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional.<sup>31</sup>

La Constitución nacional y dichos tratados de Derechos Humanos forman, en conjunto, el “bloque de constitucionalidad federal” que, en los términos del art. 75, inc. 22, segundo párrafo, se encuentran en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico.<sup>32</sup>

---

Suprema nacional, conf. causa “Espósito”, Fallos: 327:5668, voto del Ministro Boggiano. Y que viene a ser cuestionada, aunque de manera no explícita, en el voto de la mayoría del caso “Fontevicchia” de 2017, CSJ 368/1998 (34-M)/CS1, in re: “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia del 14 de febrero de 2017, voto de la mayoría firmado por los Jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, y voto concurrente del Juez Rossatti.

<sup>31</sup> La Corte Suprema nacional ha señalado con toda claridad en la causa “Simón” de 2005, que, a los efectos a la descripción e identificación de las fuentes del ordenamiento jurídico argentino, debe partirse del principio hermenéutico de considerar que: “...la fuente del derecho a la que debe recurrirse para calificar a los delitos imputados, es la Constitución Nacional (artículo 31) en tanto norma fundamental de reconocimiento del Estado de Derecho. Para estos fines, aquella debe ser entendida como un sistema jurídico que está integrado por las reglas que componen su articulado y los tratados que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (art. 75 inc. 22 CN)...”. Del voto del Juez Lorenzetti, considerando 16), sentencia de la CSJN en el caso “Simón”, ya citado.

<sup>32</sup> Afirmándose, en este sentido, que: “...la Constitución sigue siendo suprema en cuanto siempre es fuente primaria y fundante del orden jurídico estatal y decide su prelación, aunque ella misma –al establecer la gradación jerárquica de ese orden– ceda acaso el primer nivel al derecho internacional o al derecho de la integración”, conf. Bidart Campos, Germán, “El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional”, en Abregú, M., y Courtis, C. (Compiladores), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997. Se ha señalado asimismo que: “...la reforma de 1994 varió considerablemente la “pirámide” de Kelsen que dejó de ser tal para dar paso a un “trapecio” con la cúspide ocupada por más de una norma jurídica. En efecto a partir de la reforma constitucional de 1994 se introducen más de una decena de instrumentos internacionales referidos a derechos humanos y se les otorga jerarquía constitucional, de ahí que comenzara a manejarse sobre todo, en sede judicial, una doble fuente de protección de los derechos fundamentales, por un lado, la que brinda la propia Constitución Argentina y por otra, la que proviene del derecho internacional de los derechos humanos...”, Abalos, María Gabriela, “Supremacía constitucional y control de convencionalidad a veinte años de la reforma de 1994”, Sup. Const. 2014 (julio), 16/07/2014, 17 - La Ley 2014-D, 833.

Le siguen los tratados del Derecho internacional general y de la integración o comunitario (a los que cabe sumar al Derecho internacional de fuente consuetudinaria) y, finalmente, las leyes federales que el Congreso nacional dicte para reglar las materias para las que está habilitado.

La Constitución nacional integra, junto con los tratados de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional, una comunidad o único sistema normativo (aunque con fuentes diversas, nacional en un caso, e internacional en otros), dentro del cual sus normas serán siempre “supremas” (en los términos del viejo artículo 31)<sup>33</sup>, pero no siempre tendrán “primacía” respecto a los tratados de Derechos Humanos<sup>34</sup>.

Ello, en tanto el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, introduce al “bloque de constitucionalidad federal” los principios hermenéuticos y las reglas de aplicación (o de “conflicto”) propias del derecho internacional de los Derechos Humanos (art. 29 de la Convención americana sobre Derechos Humanos; art. 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; art. 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer; art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

La propia Corte Suprema nacional ha señalado, en el caso “Alvarez” de 2010<sup>35</sup>, la existencia de “...dos ámbitos del derecho constitucional de los derechos humanos que confluyen...” en un verdadero “*corpus iuris*”, en el marco del cual, a su vez, se impone que: “...la Constitución Nacional debe ser entendida como una unidad, esto es, como un

---

<sup>33</sup> La condición de norma “suprema” de la Constitución nacional ha sido -y todavía es- el pilar en el que se funda el control de constitucionalidad. Representa, además, una idea clave para el sistema federal de gobierno y el control del poder en el marco del presidencialismo.

<sup>34</sup> El concepto de “primacía” (propio del Derecho internacional), y las condiciones en las cuales la Constitución nacional podrá cederla a favor de normas más favorables receptadas en tratados de Derechos Humanos, son indispensables para el funcionamiento del control de convencionalidad.

<sup>35</sup> CSJN, in re: “Alvarez, Maximiliano y otros c/Concosud SA s/Acción de Amparo”, sentencia del 7 de diciembre de 2010, voto de la mayoría.

*cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás (Galassi, Fallos: 310:2733, 2737, entre otros). Luego, dada la jerarquía constitucional que tienen los instrumentos internacionales de los que se ha hecho mérito, dicho cuerpo no es otro que el “bloque de constitucionalidad federal”, comprensivo de aquéllos y de la Constitución Nacional (Dieser, Fallos: 329:3034), por manera que la mentada armonía habrá de ser establecida dentro de ese contexto...”*

Nociones que confluirán, posteriormente, en la idea general de que nuestro sistema de fuentes contiene la confluencia de normas originarias y de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, en un “...*Derecho Internacional de los Derechos Humanos constitucionalizado...*”<sup>36</sup>, en el cual se integran las normas originarias de la Constitución nacional, las de los Tratados de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional y los principios y estándares de interpretación que surjan de las opiniones, resoluciones, recomendaciones o sentencias, de los órganos creados por dichos Tratados internacionales para su interpretación y aplicación.

Es, pues, la propia Constitución nacional la que permite la aplicación de las reglas hermenéuticas allí establecidas -especialmente en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- que persigue, en todos los casos, la aplicación de las normas más favorables (o menos severas) para los derechos fundamentales protegidos. Normas que no serán, apriorísticamente, aquellas que gocen de una ubicación o prelación jerárquica superior.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> CSJN, in re: “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”, sentencia del 18 de junio de 2013.

<sup>37</sup> Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, por lo demás, ha sido aplicada -en estos términos- por la Corte Suprema argentina en varias oportunidades, destacándose los casos: “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios”, sentencia del 17/05/2005; especialmente el voto concurrente del Juez Zaffaroni; “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”, sentencia del 3 de mayo de 2007; “Alvarez, Maximiliano y otros c/ Concosud SA s/Acción de Amparo”, sentencia del 7 de diciembre de 2010, voto de la

Dicho más simplemente, el Derecho internacional de los Derechos Humanos no busca, en su aplicación concreta, ser considerado un ordenamiento jurídico que, en todos los casos, goce de supremacía o prelación jerárquica respecto al derecho interno de los Estados (incluidas sus normas constitucionales).

Ello podrá darse o no, en cada caso concreto, en función de cuáles sean las normas que protejan de manera más completa a los particulares bajo la jurisdicción de un Estado nacional.<sup>38</sup>

Ahora bien, en el caso de darse así, es decir que un derecho o garantía reconocido en un tratado o convención de Derechos Humanos sea más favorable a la para la protección de los particulares, indudablemente deberá aplicarse aún por encima de lo que puntualmente establezcan las Constituciones nacionales.

Dado ese supuesto, el Tratado de Derechos Humanos hará ceder o perder su primacía a la Constitución nacional.

En el caso argentino, y en función de lo que hemos aquí desarrollado, ello no solo es posible sino que es la solución que el constituyente de 1994 ha impuesto al incluir expresamente en su sistema de fuentes internacionales a los tratados de Derechos Humanos y dotarlos de jerarquía constitucional.

La propia Constitución nacional reconfigura, de esta forma, la idea “vértice” del ordenamiento jurídico. Vértice que, ahora, es compartido con normas de fuente internacional que, teniendo su misma jerarquía, pueden válidamente imponerse y hacerle ceder su “primacía”.

---

mayoría; “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”, sentencia del 18 de junio de 2013.

<sup>38</sup> En efecto, tal como se ha sostenido: “...A partir de la reforma constitucional de 1994, la fuente interna (la Constitución) y la fuente externa (los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional originaria y derivada) confluyen en la regla de reconocimiento con idéntica jerarquía normativa. En el supuesto de colisión entre las mencionadas fuentes, mediante el mecanismo de la ponderación se establecerá una relación de preferencia condicionada utilizándose como patrones hermenéuticos los principios *pro homine* y *favor debilis*...”, Gil Domínguez, Andrés, “La regla de reconocimiento...”, op., cit., pág. 76.



## 2. 2. 4. Las fuentes internacionales y el llamado “margen de apreciación nacional”

Ahora bien, en este sistema de fuentes internacionales (que propone las bases normativas para el desarrollo del fenómeno de internacionalización del ordenamiento jurídico nacional), cabe preguntarse qué rol cabe (o queda para) los Estados nacionales.

Pregunta que ha tenido respuesta desde diversas ópticas que abarcan desde la filosofía política (redefinición del concepto de soberanía) hasta la propia de los ordenamientos internacionales o supranacionales (concepto de administración “indirecta”).<sup>39</sup>

Al margen de ello, resulta claro que, en todos los casos, se parte de la idea de que los Estados nacionales *ceden* efectivamente parte de su soberanía (a favor de entidades internacionales o supranacionales, a través de la aprobación de normas de fuente internacional), aunque, aún así, continúan desarrollando un rol fundamental para la concreción de los objetivos de dichas normas y organizaciones internacionales.

De esta manera, el sistema de relaciones que surgen de dichos sistemas normativos (y de las organizaciones internacionales que éstos crean), deben ser entendidos en su propia dinámica.

Y esta dinámica indica (con el ejemplo del Derecho Comunitario o de la Integración a la cabeza), que los que deben asegurar la aplicación concreta de dichos ordenamientos y, por ende, *administrar* los espacios jurídicos globales que se establecen, son los propios Estados nacionales.<sup>40</sup>

Las organizaciones internacionales y supranacionales tendrán verdaderas facultades de administración (o de aplicación directa) de di-

---

<sup>39</sup> Sobre la cuestión del concepto de soberanía en el contexto actual de internacionalización, ver: Barreiros, Lucas E., “EL derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación”, en Pinto, Mónica (Compiladora), “Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización”, Eudeba, Buenos Aires, 2009, pág. 31 y sig.-

<sup>40</sup> González Moras, Juan M., “Principios de la organización administrativa en las instituciones del Mercosur”, en AAVV, “Organización administrativa, función pública y dominio público”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, pág. 759 y sig.

chos ordenamientos jurídicos, sólo de manera excepcional. Y, siempre, a efectos de asegurar la *efectividad* de los ordenamientos públicos globales. Es decir, cuando se constate que los Estados nacionales no están en condición de hacerlo.<sup>41</sup>

La forma y modalidades en que los Estados nacionales asumirán el cumplimiento de estas obligaciones internacionales, estarán cubiertos, en definitiva, por aquello que, conceptualmente, se ha desarrollado bajo el nombre de “margen de apreciación nacional”.

No se trata de suplantarse a los Estados nacionales ni a sus ordenamientos jurídicos (con su impronta particular, sus tradiciones e idiosincrasias), sino de complementarlos, para garantizar –reiteramos– la efectividad de determinados objetivos que –ahora sí– trascienden las esferas de decisión absoluta de esos Estados nacionales.

En palabras de Mónica Pinto: “...*No se trata de imponer igualdades a nivel mundial sino de todo lo contrario, de consagrar el derecho a ser diferente como una decisión autónoma que respete la libertad y la dignidad de cada individuo y ello puede darse de múltiples formas (...) Las normas internacionales de derechos humanos señalan mínimos de dignidad, que deben implementarse en los ámbitos nacionales y en otros bajo control de los Estados. Hay una necesaria interacción entre los ámbitos nacionales –en lo político, lo administrativo, lo jurídico– y el internacional. Las normas internacionales, como los programas de computación, deben ‘descargarse’ en el ámbito interno y ‘ejecutarse’ allí. Los alcances de las normas admiten discrecionalidades que adapten los híbridos internacionales a las particularidades culturales sin menoscabar la calidad de nivel mínimo de protección que ellas consagran...*”<sup>42</sup>

Puede decirse, en el caso particular del Derecho internacional de los Derechos Humanos, que el Estado nacional (y las provincias y municipios) gozará de un cierto grado de autonomía para definir los instru-

---

<sup>41</sup> Sobre esto, ver: González Moras, Juan M., “Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

<sup>42</sup> Pinto, Mónica, “Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización. Un comentario”, en Pinto, Mónica (Compiladora), “Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización”, op., cit., pág. 28.-

mentos jurídicos a través de los cuales se garantizará la efectividad y el goce efectivo de los derechos y garantías allí consagrados.

En efecto, el rol estatal en el cumplimiento de los ordenamientos internacionales que consagran Derechos Humanos y, consiguientemente, la defensa de tales derechos –incluso aún ante las posibles consecuencias negativas de la internacionalización generalizada de los ordenamientos jurídicos–, ha sido ampliamente reconocido, tanto a nivel internacional como nacional.

Tal como se ha afirmado: “...la fragmentación de la soberanía y el consecuente sometimiento a un derecho supranacional, no eliminaría el denominado ‘margen de apreciación nacional’ o la llamada ‘discrecionalidad nacional’...”<sup>43</sup>

Recordándose, además, que: “...Según ciertos autores, el margen de apreciación nacional se concede a los estados a los fines de que puedan: i) apreciar las circunstancias materiales que ameritan la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia; ii) limitar el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales con el objeto de resguardar otros derecho o los intereses de la comunidad, iii) definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que éstos de desarrollan en el ordenamiento interno, iv) definir el sentido del derecho nacional o justificar diferentes modos de entendimiento de los derechos y v) precisar el modo en que se cumplirá una resolución de un órgano internacional de supervisión de un tratado...”<sup>44</sup>

El margen de apreciación nacional tendrá, así, algunos efectos concretos: a) una posible “deferencia” por parte de los órganos jurisdiccio-

---

<sup>43</sup> Corvalán, Juan G., “Discrecionalidad administrativa y tributaria”, tesis doctoral defendida en la Universidad del Salvador, Buenos Aires, el 27 de abril de 2015. Inédita. Ver, asimismo: Barbosa Delgado, Francisco, “El Margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012; Borjas Monroy, Alma Corina, “¿Margen o no margen? He ahí el dilema. Sobre el uso de la doctrina del margen de apreciación en los casos venezolanos”, disponible en: [www.biblio.juridicas.unam.mx](http://www.biblio.juridicas.unam.mx); Núñez Poblete, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el Thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, disponible en: [www.biblio.juridicas.unam.mx](http://www.biblio.juridicas.unam.mx)

<sup>44</sup> Corvalán, Juan G., “Discrecionalidad...”, op., cit., inédita.

nales internacionales al analizar la conducta desplegada por el Estado nacional; y b) un cierto grado de “autonomía” por parte de las autoridades nacionales para cumplir con las obligaciones que se derivan de los instrumentos internacionales.<sup>45</sup>

En relación con ello, debe tenerse presente lo sostenido, tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que, en la aplicación concreta de las cartas internacionales de Derechos humanos, corresponde efectivamente reconocer, a favor de los Estados, un “margen de apreciación nacional”.

En palabras del Juez Sergio García Ramírez: “...*el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación. Sería imposible excluirlo en la hipótesis (...) de que no existan definiciones del tribunal supranacional o de que haya decisiones nacionales que brinden mejor protección al ser humano. Ahora bien, es preciso reconocer que en la generalidad de los casos este margen de apreciación -nacional y circunstancial: al amparo de las circunstancias del caso sub judice- se halla*

---

<sup>45</sup> Compartimos, de cualquier manera, los reparos adelantados por Víctor Bazán, que ha señalado que: “...*Ciertamente, un eventual empleo más intenso de semejante “margen de apreciación nacional” en el ámbito interamericano habría de ser prudente para evitar que se volatilice la esencia tutelar de los derechos humanos. El tema no está exento de dificultades operativas por los riesgos latentes de inseguridad jurídica e inestabilidad que aquella doctrina podría traer consigo. Además, y en su caso, debería exigirse a su respecto un empleo cauteloso para sortear el peligro de desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de protección real y concreta de éstos. En ese sentido, dejar librado al “margen de apreciación nacional” conceptos tan complejamente difusos como los de “orden público”, “bien común” y “seguridad nacional” (sólo por citar un puñado de ellos), que operan en áreas de suma sensibilidad como las de la defensa de los derechos humanos y la consolidación de la democracia y el Estado Constitucional, podría resultar altamente riesgoso, fundamentalmente en sitios donde los tribunales que deben definirlos se muestran claudicantes y permeables a las presiones del poder político. Lo ideal sería que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión sea un margen de apreciación y no un reservorio de arbitrariedad, aunque en cualquier caso deberemos rendirnos ante la evidencia de que se trata de una noción “resbaladiza”. Dicho de otra manera, en abstracto (y no sin reservas) acaso podría ser una herramienta apta -como actitud deferente hacia el Estado- sólo en la medida que sea empleada mesurada y razonablemente...*”, Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales”, Sup. Const. 18/02/2014, 18/02/2014, 3, La Ley 2014-A, 761.

*acotado por las definiciones del órgano supranacional de interpretación vinculante. Cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad, en ausencia de definiciones supranacionales, las decisiones de aquél no tienen alcance erga omnes. Es decir, puede fijar criterios provisionales, inter partes, sujetos a control nacional inmediato (a través de un régimen de “cuestiones de inconventionalidad”..., que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales...”*<sup>46</sup>

Noción que, por lo demás, ha sido asociada en nuestro Derecho interno con la idea de “orden público” que se entiende incluida en los “principios de derecho público” a que refiere el art. 27 de la Constitución nacional.

En dicho marco, la Corte Suprema nacional, aunque en posiciones minoritarias, ha recurrido al “margen de apreciación nacional” en casos en los que debió armonizar normas constitucionales con normas provenientes de los Tratados de Derechos Humanos que fueron incorporados con jerarquía constitucional<sup>47</sup>. Como, asimis-

---

<sup>46</sup> García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), “Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales”, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNAM, Tirant lo Blanch, México, D.F., 2013, pág. 772.

<sup>47</sup> El juez Fayt, en su voto en disidencia en la causa “Simón”, expresó su interpretación de este principio al afirmar que: “...en absoluta concordancia con el art. 27 de la Constitución Nacional también desde la ciencia del derecho internacional se reconoce actualmente —y como ya se hiciera referencia— lo que se denomina un “margen nacional de apreciación”, doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. OC4/84 Serie A, N° 4, del 19 de enero de 1984). Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional (DelmasMarty Mireille, *Margenationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit común en gestation*, en AAVV, *Variations autour d’un droit commun. Travaux préparatoires*, París, 2001, pp. 79 ss. y passim.) (...) Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese “margen de apreciación” autónomo de cada Estado —en el que la soberanía estatal no cede frente a normas que se insertan desde el plano internacional— se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales. De esta manera la introducción de principios de derecho internacional encuentra su límite en la afectación de esos derechos fundamentales. Es decir, se trata de adaptar las exigencias del derecho internacional —con el espacio de

mo, ha mantenido los postulados del “orden público” interno, como límite para la ejecución de laudos y sentencias extranjeras.<sup>48</sup>

Con el caso “Fontevicchia”, en 2017, invocará esta doctrina –ligada directamente al art. 27 de la Constitución nacional– en un supuesto

---

*autonomías que se reservan los Estados individuales— sin restringir las garantías básicas de las personas que, en el caso del derecho penal, no son otras que las que se encuentran sometidas a enjuiciamiento (...) Es indudable entonces, que sobre la base del art. 27, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio “margen nacional de apreciación” delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, conformado por sus “artículos 14, 16, 17, 18 y 20 (...) franquicias (...) concedidas a todos los habitantes, como principios de derecho público, fundamentales del derecho orgánico interno y del derecho internacional argentino” (Juan Bautista Alberdi, El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su constitución de 1853, Obras Completas, tomo IV, Buenos Aires, 1886, pág. 277, énfasis agregado)...”, CSJN, S. 1767. XXXVIII. “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. —causa N° 17.768—”, sentencia de fecha 14/06/2005. La doctrina nacional, ha señalado también la relación entre el art. 27 y el margen de apreciación nacional, afirmando que: “...esta regla constitucional argentina (art. 27 C.N.), frecuentemente olvidada en nuestro medio a favor del art. 31 y luego de 1994, del art. 75.22, realmente no tiene desperdicio... Existen “principios de derecho público” (mucho antes que Alexy, por cierto) que constituyen el núcleo duro que hace el orden público constitucional interno y que lo hacen prevalecer sobre disposiciones convencionales internacionales...”, Carnota, Walter F., “El marco teórico-conceptual de los tratados Internacionales”, en “Tratado de los Tratados Internacionales”, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 5.*

<sup>48</sup> En un caso en que se pretendía la ejecución de una sentencia extranjera, conforme a lo establecido en la Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares, la Corte Suprema nacional sostuvo, por mayoría, que: “...esta Corte ha resuelto en diversas ocasiones que el principio del debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional) integra el orden público internacional argentino, no solo en procedimientos de carácter penal (Fallos: 328:3193), sino también en aquellos que versan sobre derechos de contenido patrimonial (Fallos: 319:2411). En este último pronunciamiento señaló que a dicho principio “debe conformarse no sólo todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina, sino también todo procedimiento que se concluya en la sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República Argentina” (Fallos: 319:2411, considerando 5°...”, CSJN, in re: “Aguinda Salazar, María c/ Chevron Corporation s/medidas precautorias”, sentencia del 04/06/2013. Cabe recordar que las normas que regulan el reconocimiento extraterritorial de sentencias extranjeras requieren expresamente que se haya garantizado el derecho de defensa en la jurisdicción foránea (artículo 517, inciso 2, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889; Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940; Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras; Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa; entre otros.

de ejecución de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a nuestro modo de ver de manera asistemática y desligada del texto constitucional (art. 75, inc. 22) y la profunda doctrina desarrollada a partir del caso “Monges” de 1996. Sosteniendo que el propio art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional ha venido a reconocer: “... *la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como valladar infranqueable para los tratados internacionales (doctrina de Fallos: 317:1282)...*”<sup>49</sup>

De cualquier manera, podría pensarse que esta posición constituye una respuesta o consecuencia concreta del fenómeno planteado por la doctrina, respecto a que: “...*En algún sentido, nos enfrentamos, entonces, a una paradoja histórica que nos muestra que si el desafío de la posguerra era la internacionalización de los derechos humanos como la única herramienta válida para un eventual destierro de los genocidios, el desafío de este fin de siglo es la **nacionalización de los derechos universales**, como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno...*” (El destacado nos pertenece)<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> CSJ 368/1998 (34-M)/CS1, citado. Voto de la mayoría firmado por los Jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz. Considerando 16. Agregándose en el voto concurrente del Juez Rossatti que: “...*El constituyente ha consagrado en el citado arto 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por “los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional”, a los cuales los tratados internacionales -y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice- deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional...*”, considerando 5º.

<sup>50</sup> Abregú, Martín, “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción.”, en Abregú, M., y Courtis, C. (Compiladores), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 6. Tal como ha sostenido Víctor Bazán: “...*Una de las facetas sustanciales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto. En particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos, la creciente trascendencia que adquieren sus áreas de interacción con el derecho doméstico exige una articulación de ese binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento cabal del sistema de derechos...*”, Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, tribunales internos

Ello, en tanto “...Mientras que el Derecho internacional determina las obligaciones de los Estados parte, será el Derecho local el que decidirá, en la práctica, la vigencia de un derecho. En este sentido, no debe ignorarse que sólo la efectiva protección en el ámbito interno puede asegurar la vigencia de los derechos internacionalmente reconocidos: la distancia de los órganos internacionales de protección y el individuo cuyos derechos han sido indebidamente restringidos, la escasa cantidad de casos que llegan a la esfera internacional... son sólo algunos ejemplos de la necesidad de una mayor inmediatez en la protección de los derechos...”<sup>51</sup>

En efecto, así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de la Opinión Consultiva 4/84, por la cual, en el voto separado del Juez Rodolfo E. Piza E., se afirmó que: “...Al indagar si, en un caso determinado, ha habido o no distinción arbitraria, el Tribunal no puede ignorar los datos de hecho y de derecho que caractericen la vida de la sociedad en el Estado que, en calidad de Parte Contratante, responde de la medida impugnada. Al proceder así, no ha de sustituirse a las autoridades nacionales competentes, con olvido del carácter subsidiario del mecanismo internacional de garantía colectiva instaurado por el Convenio. Las autoridades nacionales siguen siendo libres de elegir las medidas que estimen apropiadas en las materias regidas por el Convenio. El control del Tribunal no se refiere sino a la conformidad de estas medidas con las exigencias del Convenio. [Eur.Court H.R., Case ‘relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium’ (Merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]’...”

Argumentos que avalan, pues, la afirmación del rol principal que corresponde a los Estados nacionales en la aplicación de los ordenamientos jurídicos de fuente internacional y, dentro de estos, en particular, del Derecho internacional de los Derechos Humanos.

---

y protección de los derechos fundamentales”, Sup. Const. 18/02/2014, 18/02/2014, 3, La Ley 2014-A, 761.

<sup>51</sup> Abregú, Martín, “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción”, op., cit., pág. 6.



En definitiva, a efectos de sintetizar el alcance del denominado “margen de apreciación nacional”, debemos señalar que:

1.- En materia de Derecho internacional general (art. 75, inc. 22, primer párrafo), está justificado por el juego de los arts. 27 de la Constitución nacional, en el marco de lo establecido por los arts. 26, 27, sig. y cc. de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados.

2.- En materia del Derecho Comunitario o de la integración, estará vinculado, sustancialmente, con el principio de administración “indirecta”.

3.- Finalmente, en materia de Tratados de Derechos Humanos, tendrá múltiples niveles de aplicación. El primero -y más general- es una consecuencia directa del carácter subsidiario y complementario del Derecho internacional de los Derechos Humanos, en el marco de los cuales el Estado nacional se reserva, conforme al art. 2 de CADH<sup>52</sup>, la definición de las “medidas” necesarias para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados, que incluye: a) el tipo de medida –legislativa, administrativa o judicial-; b) el procedimiento para adoptarla; c) el órgano de poder y el nivel de gobierno que debe adoptarla (clausula federal). En segundo término, en un nivel más estricto, y para el caso de conflicto normativo o de derechos, el Estado nacional debe actuar conforme lo indica el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, y en el marco del control de convencionalidad, a efectos de dar plena efectividad a las obligaciones internacionales asumidas (conf. los arts. 26, 27, sig. y cc. de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados), el Estado argentino debe aplicar la manda del art. 27 de la Constitución nacional de manera integrada y sistemática con lo dispuesto en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>52</sup> El art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, de manera general, que: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Todo lo cual implica que no compartimos el criterio interpretativo esbozado por la Corte Suprema nacional, voto de la mayoría, en el caso “Fontevecchia” de 2017.<sup>53</sup>

### **3. Bases normativas de la actual configuración de la supremacía constitucional en el sistema de fuentes internacionales, luego de la reforma constitucional de 1994**

La actual configuración del principio de supremacía constitucional, entendido como principio que erige a la Constitución nacional en fuente “primaria” o “central” de nuestro ordenamiento jurídico, pero que permite ceder su primacía respecto del sistema internacional de Derechos Humanos, en su interacción con las restantes normas integrantes del “bloque de constitucionalidad federal”, debe establecerse sobre la base de la interpretación conjunta y armónica de:

Las normas constitucionales directamente involucradas, esto es: los artículos 27, 31 y actuales 75, inc. 22 y 24, 116 y 118 de la Constitución Nacional;

El artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y los correlativos: art. 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; art. 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer; art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño);

Los artículos 26, 27, 46, 53 y concordantes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> CSJ 368/1998 (34-M)/CS1, in re: “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia del 14 de febrero de 2017, voto de la mayoría firmado por los Jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, y voto concurrente del Juez Rossatti.

<sup>54</sup> Sobre la observancia, aplicación e interpretación de los Tratados internacionales bajo la Convención de Viena, ver especialmente: De La Guarda, Ernesto, “Derecho de los tratados internacionales”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997,

## 4. Sistema de fuentes internacionales y Derecho público nacional. La internacionalización de los ordenamientos nacionales

Ahora bien, ¿Cuál es el impacto que la transformación del sistema de fuentes internacionales tiene, en general, para el Derecho público nacional y, en particular, para el Derecho administrativo?

Creemos que la respuesta a este interrogante general, debe desdoblarse, necesariamente, en dos cuestiones centrales: a) los presupuestos conceptuales (causas) del fenómeno de la internacionalización del derecho administrativo nacional; y b) las principales consecuencias que dicho fenómeno traerá aparejadas.

La idea de “internacionalización” de los ordenamientos jurídicos nacionales pretende dar cuenta del desarrollo de un proceso de transformación de las clásicas relaciones jurídicas entre los Estados nacionales y el derecho internacional.<sup>55</sup>

De hecho, podría ser, también, el intento de precisar de alguna manera los contornos –jurídicos– de la idea de globalización, de la cual se nutren las relaciones internacionales.

---

pág. 401 y sig. Sobre las cuestiones vinculadas con el *ius cogens* y *ius dispositivum*, ver: Boggiano, Antonio, “Teoría del Derecho Internacional. Las relaciones entre los ordenamientos jurídicos. *Ius inter iura*”, La Ley, Buenos Aires, 1996, pág. 60 y sig.

<sup>55</sup> Hemos abordado estas cuestiones, al menos, en: González Moras, Juan M., “La Internacionalización del Derecho Administrativo argentino. Principales causas y consecuencias”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXIX – 348, “XXXII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. ‘El derecho administrativo argentino. Actualidad y perspectivas’, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, pág. 15 y sig.; “El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del derecho internacional de los derechos humanos”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXVIII – 336, “XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. ‘El proceso contencioso administrativo’, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, pág. 115 y sig.; “Los Tratados de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo Argentino”, Revista Documentación Administrativa N°267-268, Madrid, 2004; “La responsabilidad internacional del Estado por omisión en materia de derechos humanos”, en “El Derecho administrativo hoy. 16 años después”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2013, pág. 447 y sig.

Hablar, entonces, de “internacionalización” representa sustantivar una acción, un modo de proceder, una forma de relacionar lo internacional con lo nacional o doméstico.

Es la forma de nombrar al fenómeno por el cual nuevos y diversos tipos de derecho internacional han penetrado, con sus principios, normas y jurisprudencia, las fronteras de los Estados nacionales.

Siendo, para esto, fundamental, el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional de la Integración o Comunitario. A los que, más recientemente, se sumaría el Derecho Internacional del Comercio. Configurando, así, conjuntamente, lo que podemos denominar los tres ámbitos naturales en los que se desarrolla el proceso de internacionalización del derecho.<sup>56</sup>

Ello, en tanto, estos nuevos tipos de Derecho internacional (que tendencialmente se diferenciaron tanto del Derecho internacional público como privado), tienen en común, el haber puesto progresivamente en el centro de la escena ya no a los Estados nacionales, sino a los particulares, personas físicas y jurídicas, que se encuentran bajo sus respectivas jurisdicciones.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> En efecto, y tal como se ha advertido: “...*estos tres ámbitos de internacionalización – derechos humanos, integración e inversiones- tienen en común la cesión del constituyente, del legislador y del juez nacionales de su poder de decisión en diversos aspectos. Se produjo una profunda delegación o desplazamiento de la jurisdicción argentina en organismos internacionales –considerados *latu sensu-*, que aplican a su vez, para la resolución de los conflictos que allí se discuten, como ocurre en el caso de los tratados de inversiones, otros ordenamientos jurídicos distintos al que fue la base de la relación jurídica originaria...*” Salomoni, Jorge Luis, “El proceso arbitral ante tribunales internacionales: La fuerza expansiva de su jurisprudencia en el derecho público argentino.”, en VVAA. Procedimiento y Proceso Administrativo, Juan Carlos Cassagne (Director), Lexis Nexis, Abeledo Perrot – UCA, Buenos Aires, 2005, págs., 783 y sigts.

<sup>57</sup> La Corte Interamericana se ocupó de aclarar esto al sostener que: “...*los tratados modernos sobre derechos humanos, en general y en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...*” Corte IDH,

Dando nacimiento, así, a un nuevo Derecho internacional que, por ende, creó nuevas relaciones con los ordenamientos jurídicos nacionales.<sup>58</sup>

En los términos expresados por Antônio Augusto Cançado Trindade, en su voto concurrente a la OC/18-03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *“...El gran legado del pensamiento jurídico de la segunda mitad del siglo XX, mediante la emergencia y evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido, a mi juicio, el rescate del ser humano como sujeto del derecho tanto interno como internacional, dotado de capacidad jurídica internacional. Pero este avance viene acompañado de nuevas necesidades de protección, a requerir nuevas respuestas por parte del propio corpus juris de protección. Es el caso, en nuestros días, de las personas afectadas por los problemas planteados en el presente procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) urge buscar la reconstrucción del derecho de gentes, en este inicio del siglo XXI, con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino situando el ser humano en posición central y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo...”*<sup>59</sup>

---

Opinión Consultiva N°2/82, del 24/9/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párr. 29.

<sup>58</sup> En efecto, y tal como Gordillo postuló con claridad, el germen de la gran transformación se daría por el reconocimiento, en normas de fuente internacional, de derechos referidos a las personas bajo la jurisdicción de los Estados nacionales; ello, en tanto: *“...Cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derechos humanos) carecería de asidero pretender que la ratificación valía sólo frente a los demás Estados y no para los habitantes del país respectivo; la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas que también son internas. Pero es más, a partir de allí son ya derecho supranacional o aun orden público internacional...”*, conf. Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 1, Parte General, 10<sup>o</sup> edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, Capítulo VI, pág. 2. Sobre la cuestión de la “intersubjetividad” en los derechos humanos, ver: Bidart Campos, Germán J., “Teoría General de los derechos humanos”, Astrea, Buenos Aires, 1991, pág. 128 y sig.

<sup>59</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. En el mismo voto concurrente, el Juez Cançado Trindade señala que: *“...Lamentablemente las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del derecho internacional, que lo concebían como un sistema verdaderamente universal, vinieron a ser suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico, que, sobre todo a partir del siglo XIX,*

El hecho de poner al hombre (en su actuación como persona física o jurídica) como centro del Derecho Internacional, implica, básicamente, dos grandes cuestiones: a) en primer término, que no sólo los Estados nacionales serán sujetos de derecho internacional sino también las personas físicas y jurídicas con los Estados nacionales; y b) que, por ende, las relaciones jurídicas que entablen estas personas físicas y jurídicas pasarán a estar regidas, a la vez, por diversos ordenamientos, tanto nacionales como internacionales o supranacionales.<sup>60</sup>

Circunstancias, ambas, que llevarán, necesaria y paulatinamente, a cambiar las clásicas formas de relacionamiento entre el Derecho internacional y los Derechos nacionales, en tanto, aquellas ya no estarán dominadas o definidas por los modos de introducción

---

*personifico el Estado dotándolo de “voluntad propia”, reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado a éstos “concedía”. El consentimiento o la “voluntad” de los Estados (el positivismo voluntarista) se torno El criterio predominante em el derecho internacional, negando jus standi a los individuos, a los seres humanos. Esto dificulto La comprensión de la sociedad internacional, y debilito el propio Derecho Internacional, reduciéndolo a un derecho interestatal, no más por encima sino entre Estados soberanos. Las consecuencias desastrosas de esta distorsión son ampliamente conocidas (...) A pesar de que el ordenamiento jurídico internacional de este inicio del siglo XXI encuéntrase, pues, demasiado distante de los ideales de los fundadores del derecho de gentes (supra), no hay que capitular ante esta realidad, sino más bien enfrentarla. Se podría argumentar que el mundo contemporáneo es enteramente distinto del de la época de F. Vitoria, F. Suárez y H. Grotius, quienes propugnaron por una civitas maxima regida por el derecho de gentes, el nuevo jus gentium por ellos reconstruido. Pero aunque se trate de dos escenarios mundiales diferentes (nadie lo negaría), la aspiración humana es la misma, o sea, la de la construcción de un ordenamiento internacional aplicable tanto a los Estados (y organizaciones internacionales) cuanto a los seres humanos (El derecho de gentes), de conformidad con ciertos patrones universales de justicia, sin cuya observancia no puede haber paz social. Hay, pues, que empeñarse en un verdadero retorno a los orígenes del derecho de gentes, mediante el cual se impulsará el actual proceso histórico de humanización del Derecho Internacional...”*

<sup>60</sup> En relación con las múltiples consecuencias que el fenómeno de la internacionalización del ordenamiento jurídico y, en particular, los tratados internacionales de derechos humanos, tienen para la administración y el procedimiento administrativo, ver: Gutierrez Colantuono, Pablo y Justo, Juan B. (Colaborador), “Administración pública, juridicidad y Derechos humanos”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, págs. 8 y sig.

del Derecho Internacional en el ámbito interno de los Estados nacionales ni, tampoco, por relaciones jerárquicas rígidas.

## 4. 1. Internacionalización y derecho administrativo “global”

En este marco de creciente internacionalización, especialmente en los últimos años, se ha discutido –en orden de aparición temporal- primero, la construcción de un derecho administrativo “comunitario”<sup>61</sup> y, luego, la existencia de un incipiente derecho administrativo “global”<sup>62</sup>, intentando, con ello, hacer referencia a:

---

<sup>61</sup> Sobre las características del llamado derecho administrativo “comunitario”, ver: Stortoni, Gabriela, “Sobre la existencia de un derecho administrativo de la Integración frente al esquema del Tratado de Asunción”, Universidad Austral, Anuario de Derecho, 2, Abeledo-Perrot, 1996; y Salomoni, Jorge Luis, “El origen, la organización y el funcionamiento del MERCOSUR”, en VVAA., Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz –Derecho Internacional y otros temas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, págs., 345 y sgts.; Parejo Alfonso, Luciano, “Los principios generales del Derecho Administrativo Comunitario”, en AAVV “Manual de Derecho Administrativo Comunitario”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, SA., Madrid, 2000; Gonzalez-Varas Ibañez, Santiago, “La problemática actual del derecho administrativo europeo”, en “Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario”, Giuffré Editore, Milán, 1996; Chiti, Mario P., “Derecho administrativo europeo”, Civitas, Madrid, 2002; y, especialmente: Della Cananea, Giacinto, “L’Unione europea. Un ordinamento composito”, Editori Laterza, Roma-Bari, 2003, pág. 141 y sig.

<sup>62</sup> Cassese, Sabino, “El Derecho Administrativo global: una introducción”, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico N° 2, 2005; Della Cananea, G., “Los poderes públicos en el espacio jurídico global”, Revista Actualidad en Derecho Público N°18-20, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004; Puigpelat, Oriol Mir, “Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo”, Civitas, Madrid, 2004; Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico, Stewart, Richard B., “El surgimiento del Derecho administrativo global”, RPA, Res Publica Argentina, 2007-3, Ed. RAP, Buenos Aires, octubre-diciembre de 2007, pág. 25 y sig. Hemos desarrollado esta temática, con especial vinculación con los procedimientos administrativos, en: González Moras, Juan M., “Procedimientos administrativos especiales en el marco de los ordenamientos públicos globales”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXII – 383, “XXXV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2010, pág. 327 y sig.

1.- Un conjunto de regulaciones públicas mixtas (nacionales, internacionales, supranacionales) de carácter sectorial; 2.- Un conjunto de “principios” jurídicos aplicables a los procedimientos que deben establecerse (también de manera conjunta o coordinada entre las instancias implicadas) para hacer efectivas dichas regulaciones; y 3.- Un sistema de resolución de conflictos por el cual pueda válidamente prorrogarse a favor de un tribunal (arbitral o judicial) internacional la competencia para resolver dispuestas entre Estados o entre particulares y los Estados u organizaciones internacionales o supranacionales implicadas en la regulación específica de que se trate.

Los “principios” que guiarán a las regulaciones públicas mixtas, tendrán una doble procedencia: a.- Normas internacionales que establecen, de manera general, derechos y garantías aplicables a los procedimientos administrativos, tanto generales como especiales, como, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1 y 24, sobre igualdad y no discriminación; y los arts. 8 y 25, sobre tutela administrativa y judicial efectiva; y b.- Principios que surgen tanto de los ordenamientos nacionales como del derecho internacional general y que son elevados a la categoría de principios globales por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, como en el caso del Mercosur a través de los laudos arbitrales.<sup>63</sup>

A todo lo cual, debe sumarse la fuerza expansiva que está teniendo el modelo de “administración indirecta”, originalmente desarrollado por el Derecho Comunitario, en especial en materia de inversiones y de aplicación de normas del Derecho internacional del Comercio.<sup>64</sup>

En este marco conceptual y regulatorio se debatirán, pues, las cuestiones relativas a las condiciones de aplicación (en forma obli-

---

<sup>63</sup> En este sentido, ver: Salomoni, Jorge Luis, “El proceso arbitral ante tribunales internacionales: la fuerza expansiva de su jurisprudencia en el Derecho Público argentino”, en VVAA. Procedimiento y Proceso Administrativo, Juan Carlos Cassagne (Director), Lexis Nexis, Abeledo Perrot – UCA, Buenos Aires, 2005, págs., 783 y sig.

<sup>64</sup> González Moras, Juan M., “Principios de la organización administrativa en las instituciones del Mercosur”, en AAVV, “Organización administrativa, función pública y dominio público”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, pág. 759 y sig.



gatoria y directa), en las jurisdicciones nacionales, de normas y procedimientos de fuente internacional o supranacional (según el caso), que tienden a llevar adelante *cometidos* públicos que, en definitiva, no serán establecidos de manera unilateral por los propios Estados nacionales.

Será, también, el marco en el que se harán visibles las evidentes tensiones que existen entre los distintos tipos de ordenamientos (sean en sus normas originarias o derivadas) de fuente internacional o supranacional, en tanto, a pesar de que, en todos los casos, tendremos a la persona humana (y, por extensión, a las personas jurídicas) como sujetos de derechos, protegidos frente a sus propios Estados nacionales, e internacionalmente, aquello que variará de un ordenamiento a otro serán los “bienes” jurídicos protegidos.

Nos ofrece un ejemplo concreto de esto, la actual superposición de regulaciones vinculadas al servicio público.<sup>65</sup>

En efecto, tanto en el Derecho internacional del comercio como en el Derecho comunitario o de la integración, dichas regulaciones tienden, en primer término, a poner límites a la intervención estatal en materia de regulación de los servicios públicos frente a los potenciales prestadores de los mismos. Es decir, centran el cúmulo de sus normas en la tarea de imponer a los Estados nacionales determinados estándares de “desregulación” y “liberalización” del sector de la economía que incluye a los servicios, tanto públicos como privados. Siendo el núcleo central de todo este sistema el denominado “derecho de la competencia”. En cambio, al mismo tiempo, el Derecho internacional de los Derechos Humanos tiende a poner como centro de las regulaciones en materia de servicios públicos a las personas destina-

---

<sup>65</sup> Hemos tratado esta temática en: González Moras, Juan M. “El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales”, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXI – 361, “XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2008, pág. 395 y sig. Desde otra perspectiva, ver: Salomoni, Jorge Luis, “Sistema Jurídico, Emergencia, Conflicto de Derechos y Revisión de las Tarifas de los servicios Públicos”, en Lorenzetti, Ricardo Luis, “Emergencia Pública y Reforma del Régimen Monetario”, La Ley, Buenos Aires, 2002.-

tarias de los mismos, es decir: a los usuarios. Contrabalanceando, si se quiere, las regulaciones internacionales del comercio y de la integración comunitaria.

El Estado nacional es el llamado a aplicar estos ordenamientos, de modo coherente y sistemático, y conforme con su sistema de fuentes internacionales.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Se ha afirmado, en este sentido, que: “...El principal reto jurídico-político actual (...) es, precisamente, lograr el desarrollo de un entramado jurídico y político-institucional capaz de hacer frente a los peligros de la nueva sociedad global. Es necesario crear nuevas estructuras políticas y administrativas de alcance planetario que dispongan del poder (de las competencias y los medios) necesario(s) para regular los mercados globales y para hacer observar las normas –mercantiles, fiscales, medioambientales y sociales- a los agentes económicos que ahora logran eludirlas o condicionarlas de forma decisiva. Es necesario, en definitiva, tender hacia una Administración pública y un Derecho administrativo globales, no circunscriptos al ámbito nacional. Una Administración y un Derecho administrativo globales que, como tales, atiendan también a las particularidades locales, y remitan a instancias político-administrativas más cercanas a los ciudadanos la decisión y ejecución de aquellas materias de interés estrictamente local...”, conf. Puigpelat, Oriol Mir, “Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo”, op., cit., pág. 210 y 211.-

# El régimen del servicio público en los “ordenamientos públicos globales”

## 1. Introducción

La vinculación del concepto de servicio público con el creciente proceso de internacionalización de las formas de producción de bienes y servicios, de sus correlativas relaciones comerciales, y del consecuente impacto en los ordenamientos jurídicos nacionales, no es nueva.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Desde hace tiempo ha señalado la doctrina que: *“...Ya ha sido puesto de manifiesto cómo una de las proyecciones de mayor alcance del principio de colaboración radicaba precisamente en la internacionalización del servicio público (o colaboración internacional). Superadas las fronteras nacionales del servicio público merced a la despolitización de este concepto y desgajando de las concomitancias que antaño tuviera con la idea de soberanía, se avanza, cada vez en mayor medida, hacia una técnica de prestación de servicios a nivel internacional. Los transportes, las comunicaciones y hasta los suministros (a través de los trasvases internacionales de energía o de gas) van progresivamente desmoronando las fronteras de los Estados nacionales y realizando prestaciones de servicio público, sin discriminar la nacionalidad de los usuarios o en la territorialidad del lugar donde se llevan a cabo. Todo ello aparece como posible gracias a la colaboración en el ámbito internacional de cada uno de los sectores que integran los diversos servicios públicos...”*

Lo que sí es nuevo, o mejor, contemporáneo, es el inusitado grado de avance que en las últimas décadas ha tenido el Derecho internacional en sus versiones de: a) Derecho internacional del Comercio, b) de los Derechos Humanos y c) de la Integración o Comunitario. En todas estas variables se regula, de una u otra manera, al servicio público. Fundamentalmente, en lo que hace al rol del Estado y el grado de intervención que éstos ordenamientos le permiten en la esfera de derechos de la sociedad civil.<sup>2</sup>

El texto constitucional reformado en 1994, establecerá, por su parte, nuevas relaciones entre el “servicio público” y los derechos y garantías reconocidos a través de los Tratados internacionales de Derechos Humanos.

Dentro de éste panorama, cabe distinguir las dos posibles inflexiones que el concepto de servicio público recogerá en el Derecho internacional, esto es:

el servicio público dentro del esquema de intervención estatal, es decir, como potestad que el poder público puede esgrimir frente a los particulares para organizar y asegurar la prestación de determinados servicios en condiciones mínimas de cantidad y calidad; o bien,

el servicio público como derecho y garantía de los particulares usuarios (actuales o potenciales) de servicios que se consideran esenciales, tanto frente al Estado como frente a otros particulares prestatarios de dichos servicios.

Ambas acepciones tienen una notable importancia, pero ubican a los “sujetos” del servicio público (Estado titular, prestadores y usuarios), en distinto orden de prelación o prioridad.

---

Villar Ezcurra, José Luis, “Servicio público y técnicas de conexión”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 325 y 326.

<sup>2</sup> González Moras, Juan M., “El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales”, en Viale, Claudio M., Director, “Derecho Común y Derecho Administrativo. Diferencias y contactos”, AAVV, Lerner Editora SRL, Córdoba, 2009, pág. 75 y sig.; González Moras, Juan M., “La concesión de servicio público en los ordenamientos públicos globales”, Publicado en Suplemento de Derecho Administrativo, Eldial Express, Año X -Nº2406, 9 de Noviembre de 2007, (<http://www.eldial.com.ar>).

Tanto el Derecho internacional del comercio como el Derecho comunitario o de la integración tienden, en primer término, a poner límites a la intervención estatal en materia de regulación de los servicios públicos frente a los potenciales prestadores de los mismos. Es decir, centran el cúmulo de sus normas en la tarea de imponer a los Estados nacionales determinados estándares de “desregulación” y “liberalización” del sector de la economía que incluye a los servicios, tanto públicos como privados. Siendo el núcleo central de todo este sistema el denominado “derecho de la competencia”.

Por su parte, y al contrario, el Derecho internacional de los derechos humanos tiende a poner como centro de las regulaciones en materia de servicios públicos a las personas destinatarias de los mismos, es decir: a los usuarios. Y con ello, tendencialmente, y sin demasiado desarrollo aún, contrabalancean las regulaciones internacionales del comercio y de la integración comunitaria.

Siendo éste último, el único ordenamiento internacional complementario de nuestro sistema constitucional de derechos y garantías.

## **2. Derecho de la Integración y Derecho Internacional del Comercio**

El análisis de las relaciones que se establecen -en el texto constitucional reformado en 1994- entre el servicio público y los derechos y garantías a través de los Tratados internacionales de derechos humanos, debe enmarcarse en la matriz de conformación de los denominados “ordenamientos públicos globales”.

Ello porque el Derecho internacional de los derechos humanos es uno de los ordenamientos internacionales que modulan en la actualidad la noción y el régimen jurídico del servicio público, pero no el único.

En efecto, entre los ordenamientos jurídicos internacionales, no integrantes del Derecho internacional de los derechos humanos, que

tienen o pueden tener incidencia en la conceptualización y regulación del servicio público, encontramos, para el caso argentino, al menos, a los siguientes:

El Protocolo de Servicios del Mercosur (ley 25.623);

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio (incorporado por ley 24.425), en general, y el acuerdo de la Unión Postal Universal, en particular, entre otros.

Los Tratados Bilaterales de Protección recíproca de Inversiones Extranjeras.<sup>3</sup>

Ordenamientos jurídicos que resultan muy asimétricos si se tiene en cuenta que, por un lado, en el marco de la normativa de Derechos humanos, el servicio público puede ser planteado como técnica de igualación de derechos y, por otro, en los Protocolos de servicios y de “defensa de la competencia” internacionales y regionales, el servicio público es reducido, en tanto excepción al régimen, a su mínima expresión.

En efecto, el Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del Mercosur, aprobado por ley 25.623, establece en su artículo II sobre el “Ámbito de aplicación” de la norma, que: “...3. *A los efectos del presente Protocolo (...) b) el término “servicios” comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios prestados en ejercicio de facultades gubernamentales; c) un “servicio prestado en ejercicio de facultades gubernamentales” significa todo servicio que no se preste en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios prestadores de servicios...*”

Ello se repite en la ley 24.425, aprobatoria del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del

---

<sup>3</sup> Puede verse una excelente introducción a los antecedentes, contenido, alcance de la responsabilidad estatal y sistemas de resolución de controversias, vinculados con los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de las inversiones extranjeras, en: Tawil, Guido S., “Los Tratados de Protección y Promoción recíproca de inversiones, la responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001, pág. 339 y sig. Ver, asimismo: Gualde, Andrea, “Servicios públicos y arbitraje internacional”, en “Servicio público, policía y fomento”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 435 y sig.

Comercio, que establece en su Anexo 1B, artículo I “Alcance y definición”, que: “...el término ‘servicios’ comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales; (...) un ‘servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales’ significa todo servicio que no suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios.”

Teniendo en cuenta estas disposiciones, se ha dicho que el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio (AGCS): “...define los ‘servicios públicos’ –o ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’- de manera estricta, en el sentido de que sólo se incluyen el Banco Central, el ejército, la policía y el sistema de justicia, como vemos, ámbitos que caen bajo la definición, no ya de servicios públicos stricto sensu, sino de funciones públicas o –tradicionalmente denominadas- de regalía. Todos los demás servicios, si se suministran en ‘condiciones comerciales’ o ‘en competencia con uno o varios proveedores de servicios’, están cubiertos por las normas del AGCS. Como vemos, se manejan en este texto normativo conceptos jurídicos indeterminados cuya delimitación en un marco geopolítico y económico-social de dimensiones mundiales presenta una indudable complejidad (...) Desde el punto de vista jurídico, como puede deducirse, a partir de la heterogeneidad de servicios comprendidos en el Acuerdo, resulta muy difícil alcanzar un mínimo rigor conceptual a partir del cual construir un régimen homogéneo y coherente con una serie de principios básicos aplicables a una serie de Estados, por otra parte, con coyunturas político-económicas y sociales muy dispares...”<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Fernández García, María Yolanda “La regulación de los servicios en el ámbito de la organización mundial del comercio. Luces y sombras desde la perspectiva de la integración comunitaria europea”, Revista Derecho Administrativo, LexisNexis, año 17, 2005, Buenos Aires, 2005, pág. 13 y 14.-

## 2. 1. El concepto de servicio público en el marco constitutivo de la Unión Europea

A partir del Tratado de Roma, la nascente Comunidad Europea se encolumnó tras un objetivo o bien definido: la construcción del *mercado interno* o mercado único.

Inevitablemente, las políticas de liberalización de las *fronteras* nacionales (económicas, jurídicas, fiscales, etc.) incidirían sobre ciertos sectores de las economías nacionales fuertemente protegidos por los Estados miembros. Entre ellos, el de los servicios públicos.<sup>5</sup>

Ante la imposibilidad de desconocer la importancia económico-social de estos sectores de las economías de los Estados miembros, se optó desde un comienzo por el establecimiento de disposiciones que permitían *derogar* las disposiciones comunes del Tratado en materia concurrencial y de ayudas estatales.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Sobre esto, ver: González-Varas Ibáñez, Santiago “El Derecho administrativo europeo”, 3º edición, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, pág. 213 y sig. En relación con la sujeción del servicio público al derecho de la concurrencia que el derecho comunitario impone como regla general, se ha dado una cierta evolución que tiende a interpretar de manera menos estricta las excepciones al derecho de la concurrencia. En efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha comenzado, hacia 1993, a reelaborar sus posiciones respecto a las derogaciones de las normas comunitarias sobre libre concurrencia, ante la existencia de servicios de interés económico general, a partir de los casos *Corbeau* y *Almelo*. El esfuerzo del Tribunal estará centrado principalmente, en la idea de sostener *positivamente* estas actividades públicas, a partir de su particular conceptualización, y no ya como meras excepciones a las normas y pautas de libre prestación y circulación de servicios en el marco del mercado común. Ver sentencias del TJCE: “Corbeau”, de 19 de mayo de 1993 (Asunto C-320/91); “Almelo”, de 17 de abril de 1994 (Asunto C-393/92); “Fédération Française des sociétés d’assurances”, de 27 de febrero de 1997 (Asunto T-106/95); “TPI Air Inter SA”, de 19 de junio de 1997 (Asunto T-260/94); entre otras. Sobre esto, ver: González-Varas Ibáñez, Santiago, “El derecho administrativo europeo”, op., cit., pág. 225 y sig. Hemos abordado esta temática en: González Moras, Juan M., “Los servicios públicos en la Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000. Para un análisis exhaustivo del régimen del servicio público en el marco del Derecho comunitario europeo, ver: Sendín García, Miguel Ángel, “Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos”, Editorial Comares, Granada, 2003, pág. 179 y sig.

<sup>6</sup> Esto fue permitido con cierta amplitud por los órganos comunitarios para algunos servicios específicos como en el caso de los servicios postales. En este sentido señala Muñoz Machado que: “...la Comisión y los demás organismos comunitarios se



Así, en cuanto a la libre circulación de bienes y servicios, son admitidas excepciones por razones de seguridad y salud pública (antiguos arts. 36 y 56); en el sector de los transportes, se prevé la posibilidad de ayudas por razones de coordinación o correspondientes al “reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público” (antiguo art. 77; luego de Amsterdam, art. 73).

Por su parte, y quizá como la norma más importante a los efectos de la regulación de la materia, el *Artículo 86* (antiguo artículo 90), dispone: “1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive. 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión especí-

---

han mostrado mucho más conservadores a la hora de producir cambios radicales en la estructura y funcionamiento de los servicios postales tradicionales de los Estados miembros. Los servicios postales son uno de los servicios públicos más tradicionales existentes en todos los viejos países del continente. Son servicios, además, monopolizados. Y, en último término, también gestionados, salvo muy contadas excepciones, por organismos públicos que están inmediatamente vinculados a la Administración reguladora del propio servicio (...) Las aperturas que se han empezado a producir en el sector presentan dos notas características: primero, la Comisión, a partir de 1989, no ha tenido inconveniente en declarar que son contrarios a las reglas de los Tratados las prohibiciones de la gestión por empresas privadas de algunos servicios nuevos sustancialmente distintos de los que se ofrezcan por los servicios postales tradicionales. La segunda característica de la transformación es una notabilísima preocupación por el mantenimiento de servicios de base reservados; es decir, la supervivencia de un servicio universal que comprenda las prestaciones que integran la práctica totalidad de lo que ahora constituyen los servicios postales públicos en todos los Estados miembros de la Comunidad. Entre la apertura leve para la liberalización de algunos servicios y el espíritu de reserva en los servicios tradicionales para que sigan siendo prestados por los mismos organismos que lo han hecho siempre, hay una notable distancia que se conjuga en los Informes de la Comisión mediante una propuesta de transición lenta que conduzca a una apertura progresiva, pero siempre bastante más corta y restringida que la...de las telecomunicaciones...” Conf. Muñoz Machado, Santiago, “Servicio público y mercado”, Tomo II, “Las telecomunicaciones”, Edit. Civitas, Madrid, 1998, págs. 119 y 120.-

*fica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad. 3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.”*

A las disposiciones citadas, deben agregarse los objetivos de cohesión económica y social insertos en el Acta Única (arts. 130 A a 130 E), que pueden ser considerados como elementos de un interés general comunitario, y las disposiciones del Tratado de Maastricht relativas a: 1) protección de los consumidores; 2) protección del ambiente; 3) redes transeuropeas en el sector transportes, telecomunicaciones y energía.

Lo que no existe en el ámbito de la normativa comunitaria es, pues, una noción positiva o sustantiva de servicio público; tomándose como punto de referencia la no muy precisa noción de “servicio de interés económico general”.<sup>7</sup>

Continúan utilizándose, indistintamente, las nociones de servicio público y de servicio de interés económico general.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Gozi, Sandro, “Prospettive dei servizi pubblici nell’Unione europea”; Club B-SPISA; Bologna 1998; pág. 14 y sig. Agrega sobre el punto este autor que: “...Es clara la falta de coherencia en la utilización de los términos: se habla de hecho de servicio de interés económico general, en el capítulo dedicado a la concurrencia, de servicio público, como excepción en el sector de los transportes y se autorizan intervenciones comunitarias para satisfacer el interés general sin todavía intentar definir un ‘servicio público comunitario’. Por otra parte, la misión de interés económico general es admitida solo como excepción respecto a la aplicación de las reglas de la concurrencia y está limitada a las actividades de tipo económico...”, conf. op., cit., pág. 17. La traducción es propia.

<sup>8</sup> En relación con los diferentes ámbitos conceptuales receptados en el derecho comunitario europeo, se ha señalado que: “...A tenor de la Comunicación 2001 de dicha Comisión sobre “Los servicios de Interés general” (Comunicación publicada en el DOCE C 17/4 del día 19 de enero de 2001), deben distinguirse los siguientes conceptos: 1. Servicios de interés general (o no económicos) actividades en cuya caracterización no es determinante la dimensión económica, en concreto las siguientes: i) prerrogativas del Estado: seguridad interior y exterior, asuntos exteriores, y, en general, las actividades consistentes en ejercicio de poder público; ...ii) servicios de ciudadanía, tales como la educación y la seguridad social; ...iii) servicios sociales en general. Para el TJ (asunto C-109/92 Wirth) esta categoría comprende las organizaciones que no persiguen la obtención de beneficios y no se dedican en teoría a actividades industriales ni comerciales, como por ej. Sindicatos, partidos políticos, iglesias, y sociedades religiosas, asociaciones de consumidores, asociaciones culturales y organizaciones de beneficencia, caridad y ayuda. 2. Servicios económicos (o de contenido económico). 2.1. Servicios económicos ordinarios: todos aquellos en los que

Aunque, sin duda, la norma más importante –aún por sus visibles defectos o limitaciones- es la contenida en el art. 7D. Y esto en tanto el mismo recepta lo que podría denominarse “solución de compromiso” entre las partes involucradas en la negociación, evidenciando las dificultades existentes para la armonización de las políticas en torno a la cuestión del servicio público.<sup>9</sup>

La redacción final del mismo, indica que: “*Artículo 16 (antiguo artículo 7 D): “Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido.”*

Las dificultades que la redacción del mismo acarrea, resultan evidentes a primera vista. Y ello porque, en definitiva, no se establece explícitamente un corte respecto al *status quo* existente hasta el momento en la materia.

De cualquier manera, puede afirmarse que, a nivel comunitario, se advierte una tendencial especificación, en dos conceptos: a) El “**servicio universal**”, donde prevalece la noción de “mínimo garantizado”, y la tendencia a una aplicación estricta del derecho de la competencia, que conlleva a su vez la gestación de otras nociones, tales como: a) la separación de los regímenes jurídicos correspondientes a la gestión de las

---

*el mecanismo del mercado encuentra suficientes incentivos para cubrir las necesidades colectivas con calidad, seguridad y precio asequible, con independencia de la importancia o esencialidad de dichas necesidades (incluyendo, por tanto, las básicas o esenciales, comida, vestido, alojamiento). 2.2. Servicios económicos de interés general: aquellos que los poderes públicos consideran que deben prestarse a pesar de que el mercado no proporcione suficientes incentivos para ello a la iniciativa privada (lo que no significa necesariamente que el mercado no sea mecanismo idóneo para su prestación)...” conf. Parejo Alfonso, Luciano, Derecho Administrativo, Ariel Derecho, Barcelona, 2003, pág. 662 y 663.*

<sup>9</sup> Sobre las distintas posturas, tanto de los Estados como de los órganos comunitarios, en torno a la discusión del art. 7D, ver: Radicati di Brozolo, Luca G., “La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale”; in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2-3/1998; pág. 527 y sg., y Gozi, Sandro, op., cit., pág. 24 y sig.

“redes transeuropeas”, de las infraestructuras necesarias para la prestación de los servicios (gestión que en muchos casos sería necesariamente monopólica), de las prestaciones mismas que podrían ofrecerse sobre las redes sobre la base de un régimen estrictamente competencial; b) las “obligaciones de servicio público” que se impondrían a las empresas prestadoras, las cuales deberían ser puntualmente diferenciadas en el marco contractual -o autorizativo- que ligue a las partes; c) la separación contable, tanto de la gestión de la infraestructura o red, como de las obligaciones de servicio público, aún en el caso de que sean ejercitadas por una sola empresa (pública o privada): b) El “**servicio de interés general**”, (que comprende, por su generalidad al “servicio de interés económico general”) donde prevalece la misión de cohesión económico-social (idea legitimante a su vez de la función de redistribución de la riqueza entre los países miembros ejercitada a través de los Fondos Estructurales Europeos), tal como ha sido caracterizada en el nuevo art. 7D del Tratado.<sup>10</sup>

Advirtiéndose una identificación conceptual entre los llamados “servicios universales” y “servicios de interés general”, en términos

---

<sup>10</sup> En este sentido, es importante destacar el contenido de la Comunicación de la Comisión CE del 11 de septiembre de 1996, sobre ‘Los servicios de interés general en Europa’, en la cual se subraya que la solidaridad y la paridad de tratamiento, en el contexto de una economía de mercado abierto y dinámico, constituyen objetivos fundamentales de la Comunidad. A tales objetivos concurren los servicios de interés general, que muchos europeos consideran ‘verdaderos y propios derechos sociales en cuanto contribuyen en medida considerable a la cohesión socio-económica’ dando cuerpo a ‘un conjunto de valores comunes a todos nuestros Estados y que hacen a la originalidad de Europa’ (pág. 102) Insistiendo sobre la noción de servicio universal de la cual surgen obligaciones tendientes a ‘garantir donde sea el acceso de todos a determinadas prestaciones esenciales, de calidad y a precios abordables’ (pág. 103), la cual expresa ‘la especificidad del modelo europeo de sociedad, en el contexto de una política que concilia dinamismo del mercado, cohesión y solidaridad’ (pág. 109). Todo lo cual lleva a sostener a Gianpaolo Rossi, que: “*Los servicios de interés económico general están en el corazón del modelo europeo de sociedad y hacen la originalidad de la Europa (...). En conclusión, la legitimación de la empresa pública y la tarea de los entes territoriales de asegurar fruibilidad en los servicios a través de la gestión directa o el control y aún con erogación de recursos financieros por parte de los mismos, no es puesta en discusión.*”, conf. Rossi, Gianpaolo, “Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell’economia e nella redistribuzione della ricchezza”, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 1997, pág. 307. La traducción es propia.

“objetivos”, es decir, en tanto se definen a partir de la materialidad de las obligaciones impuestas a los sujetos prestadores (independientemente de la condición jurídica de estos sujetos prestadores), aunque diferenciándose, al menos, en cuanto: 1) a la misión social que son capaces de desarrollar o, mejor, a la atribución a los “servicios de interés general” de fines de cohesión económico social; 2) a las dimensiones estructurales de organización de los mismos, que determinaría en gran parte el régimen jurídico (comunitario o nacional/local) prevalente; y 3) al alcance o injerencia que podría tener el poder público en la organización de los mismos.<sup>11</sup>

### 3. Los Tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones y el servicio público

En nuestro país, desde 1990 hasta el presente, se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico diversos tratados de promoción y protección de la inversión extranjera (más de 50), que ha significado una modificación extraordinaria en nuestro sistema de derecho.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> En este sentido expresa Clarich que: “...los criterios del servicio universal –que es de todos modos una noción flexible, a puntualizar sector por sector, y evolutiva, que debe tener en cuenta los desarrollos tecnológicos y de las nuevas exigencias de los usuarios– se inspiran en los principios de paridad, continuidad, universalidad, adecuación a una rigurosa transparencia en la gestión, en la tarificación y en el financiamiento. El control debe ser ejercitado por distintos órganos. Las obligaciones de servicio universal definidas por el derecho comunitario representan una suerte de mínimo común denominador, respecto al cual cada uno de los Estados miembros es libre de agregar ulteriores elementos coherentes con la propia específica concepción de los servicios de interés general (o servicios públicos), siempre a condición de que los instrumentos utilizados sean conformes al derecho comunitario...”, conf. Clarich, Marcello, “Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi”, en *Diritto Pubblico*, 1998, pág. 184. La traducción es propia.

<sup>12</sup> Seguimos en esto el desarrollo de: Salomoni, Jorge Luis, “El instituto de la licitación pública en el sistema de derecho positivo argentino: sus principios rectores”, *Revista de Actualidad en el Derecho Público* N° 10, Ad-Hoc, Buenos Aires, mayo-agosto de 1999, págs., 120/1.

Ello así, en tanto: 1) La protección no solo abarca, en lo que a nosotros interesa, el ámbito de los contratos administrativos, sino de cualquier actuación administrativa extracontractual que implique autorizar una actividad que necesite o acredite una inversión o un inversor extranjero. Ya que Argentina no ha formulado reserva alguna sobre actos “*iure imperii*” para la prórroga de jurisdicción; 2) Se asegura un tratamiento de la inversión foránea no menos favorable que el de los nacionales o el de otros inversores extranjeros, lo que torna a estos tratados bilaterales en su formación pero multilaterales en sus efectos; y 3) Solución de conflictos: a) En primer lugar deben resolverse por negociaciones amistosas. b) En segundo lugar, a opción del inversor, puede recurrir a la vía judicial o directamente arbitral, aunque existiera renuncia expresa del inversor a todo otro fuero o jurisdicción que no sea el del Tribunal argentino. Los tribunales arbitrales establecidos en los tratados son: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio entre Estados y Nacionales de Otros Estados; y un Tribunal Ad-Hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Derecho aplicable: se aplicará el acordado por las partes, y a falta de acuerdo la legislación del Estado que sea parte con las normas de derecho internacional privado y las del derecho internacional que le sean aplicables. El Laudo es obligatorio y definitivo. Si no se cumple se puede recurrir a la Corte Internacional de Justicia.

Estos Tratados constituyen el tercer ámbito de internacionalización que provocó el cambio de uno de los paradigmas sobre los que se constituyó el ordenamiento jurídico argentino.

Y estos tres ámbitos de internacionalización –Integración, Derechos humanos e Inversiones– tienen en común la cesión del constituyente, del legislador y del juez nacional, de su poder de decisión en diversos aspectos.

Se produjo una delegación o desplazamiento de la jurisdicción argentina en organismos internacionales –considerados *lato sensu*–,

que aplican a su vez, para la resolución de los conflictos que allí se discuten, como ocurre en el caso de los tratados de inversiones, otros ordenamientos jurídicos distintos al que fue la base de la relación jurídica originaria.<sup>13</sup>

## **4. El servicio público como derecho social en los ordenamientos internacionales de Derechos Humanos**

Entre las normas del Derecho internacional de los derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional en función del artículo 75, inciso 22, 2º párrafo, de la Constitución nacional, y que tienen directa incidencia en la regulación de los servicios públicos, cabe destacar a: a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXXVI); b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1, 2 y 24); y c) El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador” (art. 11.1).

Asimismo, encontramos reconocimiento de derechos y garantías en relación con “servicios esenciales” o “servicios sociales”, al menos, en los siguientes Tratados internacionales de Derechos Humanos: a) La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); b) La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 11, 2. c. y 14, 2. h.); c) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art. 5, e. iv, y f); y d) La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24).

---

<sup>13</sup> La Argentina otorgó su consentimiento anticipado a la jurisdicción arbitral del CIADI. La Ley 24.353 aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptada en Washington (E.E.U.U.) el 18.3.65 CIADI.

## 4. 1. El servicio público como garantía y como derecho social

### 4. 1. 1. Garantías y derechos generales en materia de servicio público

El artículo XXXVI de la mencionada Declaración Americana establece: *“Deber de pagar impuestos: Toda persona tiene el deber de pagar impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”*<sup>14</sup>

En efecto, tal como ya ha sido señalado, en materia de servicio público *“...el aseguramiento de la actividad responde, no al ámbito disponible de la potestad del legislador o administrador nacionales o provinciales, sino a la exigencia del derecho fundamental al sostenimiento de los servicios públicos establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 42 de la Constitución Nacional...”*<sup>15</sup>

Lo que ha venido a ser complementado por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, aprobado en nuestro país por la ley 24.658, establece en su art. 11.1 que: *“Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos...”*

---

<sup>14</sup> Según el mismo autor, esta norma impone *“...correlativamente al deber de pagar impuestos, el derecho a recibir los servicios públicos necesarios para su desarrollo personal y social. A su vez, especifica que entre los posibles propósitos públicos que pueden perseguirse a través del gasto de las rentas o erario público, lo que se le debe garantizar a las personas, es precisamente, el sostenimiento de los servicios públicos, como prioridad y contrapartida, por la obligación de pagar los impuestos de esos individuos. En segundo lugar, por el pago del impuesto, se adquiere el derecho al servicio. Esto es, el pago de cualquier impuesto, como lo es al valor agregado o consumo, que abona toda persona en la República Argentina, le otorga el derecho a reclamar la prestación de los servicios públicos indispensables para su desarrollo personal y humano. Se elimina la categoría de usuario potencial y usuario efectivo.”* Salomoni, Jorge Luis, “El concepto actual de Servicio Público en la República Argentina”, op., cit.

<sup>15</sup> Salomoni, Jorge Luis, “El concepto actual de Servicio Público en la República Argentina”, op., cit.; y González Moras, J. M., “El concepto de servicio público”, op. cit.



Por su parte, el mismo Protocolo de San Salvador, en su artículo 8, sobre “Derechos sindicales”, establece que: *“1. Los Estados Partes garantizarán: b. El derecho a la huelga. 2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstas sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros **servicios públicos esenciales**, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley...”*

Dotando al concepto de servicio público de entidad y validez de derecho internacional, se advierte que en caso de afectación del mismo, el Estado argentino podría ser responsable ante la comunidad de Estados que han suscripto dicho Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Suprema nacional ha establecido en estos Tratados el fundamento normativo del servicio público de provisión de agua potable, al señalar que: *“...el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces. En este sentido cabe resaltar que en su reciente resolución A/HRC/RES/27/7 distribuida el 2 de octubre de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas exhorta a los Estados a que “velen por que todas las personas tengan acceso sin discriminación a recursos efectivos en caso de violación de sus obligaciones respecto del derecho humano al agua potable y el saneamiento...”* Agregando que: *“...en muchos instrumentos internacionales se menciona la tutela del derecho al agua potable. En este sentido, la resolución A/RES/64/292, del 30/07/2010, de Naciones Unidas, declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. La “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (1979), artículo 14, párr. 2 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos,*

*en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” del 17/11/1988, predicando que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos; la “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 24, 2º párr. (1989), exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre...”<sup>16</sup>*

#### **4. 1. 2. Servicio público y servicios sociales**

Por su parte, y utilizando los conceptos de servicios sociales o directamente enumerando una serie de servicios específicos, aparecen otros Tratados internacionales de Derechos humanos que, igualmente, incorporan estas nociones a la más general de derecho social.

La “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer”, establece en su art. 11, que: “...2. *A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: (...) c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado del los niños...*”

Y, en su art. 14, que: “...2. *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: (...) h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones...*”

---

<sup>16</sup> CSJ 42/2013 (49-K), RECURSO DE HECHO, in re: “Kersich, Juan Gabriel y otros *el* Aguas Bonaerenses S.A. y otros *s/amparo*”, sentencia del 2 de diciembre de 2014.-

La Declaración Universal de Derechos Humanos, señala en su art. 25, que: *“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”*

A su vez, la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial”, establece en su art. 5, que: *“En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (...) e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales; f) El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques.”*

Y, finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, señala en su art. 24, que: *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.”*

Normas que si bien, en algunos casos, tienen un ámbito de aplicación más específico que las anteriormente citadas, no pueden dejar de tenerse presentes a la hora de conceptualizar la noción general de servicio público en el marco de los Tratados internacionales de Derechos Humanos.

## 5. Obligaciones asumidas por los Estados nacionales en el marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos

El Derecho internacional de los Derechos humanos tiene una trascendencia fundamental para las relaciones jurídicas reguladas por el Derecho administrativo, por un doble orden de razones: a) por los derechos y garantía que consagra a favor de los particulares *frente* a los Estados nacionales; y b) por las correlativas *obligaciones* que impone a los Estados nacionales (que incluyen la obligación de controlar adecuadamente el ejercicio de las funciones administrativas por parte de los distintos niveles de gobierno del Estado).

En efecto, las obligaciones que los Estados nacionales asumen frente a los ciudadanos bajo su jurisdicción, en virtud del Derecho internacional de los Derechos Humanos, son, básicamente, las siguientes: a) Obligación de respeto; b) Obligación de adoptar las medidas necesarias; y c) Obligación de garantía.

Obligaciones que se puntualizan en los distintos Tratados internacionales de Derechos humanos que integran nuestro “bloque de constitucionalidad”, y que pueden ejemplificarse, de manera general, en las normas de los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>17</sup>; el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles

---

<sup>17</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone, en este sentido, lo siguiente: Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”* Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. *“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”*

y Políticos<sup>18</sup>; el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>19</sup>; entre otras.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 18/03<sup>20</sup>, se *explayó* sobre el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por los Estados miembros del sistema interamericano de Derechos Humanos.

Especialmente, las obligaciones de contenido positivo, vinculadas de manera directa con el principio de igualdad y no discriminación.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en su art. 2, que: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

<sup>19</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en su art. 2, que: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

<sup>20</sup> Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

<sup>21</sup> Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Ver, asimismo, caso “*Cinco Pensionistas*”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 163; y *cfr.* *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 154; y *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 178. Asimismo, la Corte Interamericana ha manifestado que: “...En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de

En este sentido, se afirmó que: “...[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías’...”<sup>22</sup>

Concluyendo que: “...Como se desprende de lo anteriormente expuesto, tanto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia internacional respectiva establecen claramente que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.”

Obligaciones que, reiteramos, se encuentran indisolublemente vinculadas con el principio general de “igualdad y no discriminación”.

---

*adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención...”, conf. Caso “Cinco Pensionistas”, sentencia citada, párr. 164; y cfr. Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 59; y Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 213; y cfr. también “principe allant de soi”; Échange des populations grecques et turques, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs. Série B. No. 10, p. 20.*

<sup>22</sup> Cfr. Caso “Cinco Pensionistas”, sentencia citada, párr. 165; Caso Baena Ricardo y otros, sentencia citada, párr. 180; y Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 178.

# El servicio público como derecho social

## 1. Introducción

En su dimensión contemporánea, el principio de subsidiariedad se vincula, de manera directa y principal, con la satisfacción por parte del Estado (o de la sociedad, según sea el caso) de distintos tipos de derechos sociales, económicos y culturales.

Es allí, donde aparece en toda su dimensión la tensión entre lo público y lo privado, en este caso como consecuencia de las “adjudicaciones” que sobre dichos derechos sociales, o mejor, para su debida satisfacción, deben producirse de manera dinámica entre la sociedad civil y el Estado.

En ese marco, se impone, pues, repensar las viejas estrategias de intervención estatales: a) servicio público; b) poder de policía y c) fomento.

Ello, en tanto, la responsabilidad pública en materia de satisfacción y garantía de los derechos sociales, está condicionada por la estructura misma de estos derechos; en función de que:

a) A través de los mismos se establecen derechos, tanto individuales como colectivos; que, a su vez, pueden clasificarse en: 1) derechos que ase-

guran libertades (con obligaciones negativas o de no intervención para los Estados); 2) derechos a determinadas prestaciones (salud; educación); 3) derechos al reconocimiento de ciertas posiciones o status legales (trabajador; grupo familiar; jubilado; estudiante; etc.); 4) derechos al goce de bienes que se consideren como públicos (servicios públicos, medio ambiente).

b) Los derechos sociales establecen relaciones de los sujetos acreedores de los mismos, tanto con el Estado como con la sociedad y, en particular, con el mercado;

c) Los derechos sociales se presumen operativos, aunque en muchas ocasiones su estructura normativa impida su aplicación directa;

d) El Estado debe garantizar su vigencia y efectividad, en todos los casos, al menos en el núcleo básico de cada uno de estos derechos, lo que conlleva una “garantía de inderogabilidad”, en los términos de los arts. 28 y 75, inc. 23, de la Constitución nacional;

e) Los presupuestos y límites de la responsabilidad estatal en materia de derechos sociales deberá siempre plantearse dentro del marco general del principio de igualdad y no discriminación.

Principios que, a su vez, deben ser interpretados en su accionar a la luz de los nuevos paradigmas del Derecho administrativo contemporáneo, a saber: a) Tutela administrativa y judicial efectiva; b) Justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales; es decir, su directa exigibilidad al Estado al menos bajo la forma de contenidos “mínimos” garantizados; y c) Sometimiento de las relaciones jurídicas de derecho público al denominado “paradigma ambiental” o, mejor, de sustentabilidad, que, a su vez, se traduce en: 1.- función ambiental de la propiedad; 2.- régimen de los llamados “bienes colectivos”, cuya disciplina abarcará –en lo que nos interesa– a la propia de los bienes del dominio público; a la regulación de los recursos naturales; y, también, al régimen de las obras y servicios públicos.

## 2. Los denominados “Derechos sociales”

La evidente dificultad que trasunta la definición conceptual de los llamados “derechos sociales”, ha llevado a la doctrina a inclinarse por



afirmar que: “...los derechos económicos, sociales y culturales son aquellos contenidos en el Pacto Internacional de Nueva York de 1966 y en documentos similares, sean regionales o nacionales...”<sup>1</sup>

Ello, sobre la base de considerar que: “...a poco que iniciemos el examen de esa lista de derechos sociales caeremos en la cuenta de que no tienen un perfil unitario sino muy heterogéneo y diverso, y que se expresan en estructuras normativas y en modalidades jurídicas de diferentes tipos...”<sup>2</sup>

Siguiendo la clasificación intentada por Francisco Laporta, distinguimos, entre ellos, los siguientes: a) Derechos que aseguran libertades, tienden a garantizar la no interferencia del Estado en determinados ámbitos de actuación: ejemplo, derecho de huelga, de asociarse con fines sindicales, se asimilan a otros derechos-libertades (libertad de expresión); b) Derechos de prestación: se otorga a los sujetos un título para exigir la entrega de ciertos bienes, ciertos servicios o ciertos recursos (vivienda; educación, salud; pensiones, subsidios, etc.); c) Derechos a ciertas posiciones o status legales: las normas reconocen el derecho de los ciudadanos a ocupar determinado status jurídico previsto por el ordenamiento del cual derivan prestaciones sociales, beneficios económicos o exenciones de cargas (ej: huérfano; jubilado; familia numerosa; etc.); y d) Derechos a bienes públicos: a un ambiente sano, a gozar de los beneficios del progreso científico.

Ahora bien, a esta clásica visión de los denominados derechos sociales, desarrollados en torno a determinadas categorías o colectivos de ciu-

---

<sup>1</sup> Laporta, Francisco J., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en Betegón, J., Ramón de Páramo, J., Laporta F. y Prieto Sanchís, L., Coodinadores, “Constitución y Derechos Fundamentales”, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pág. 298 y ss.

<sup>2</sup> Laporta, Francisco J., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, op., cit., pág. 298 y ss. Al decir del autor citado: “...podemos definir como derechos sociales tipos diferentes de derechos (o derechos complejos que contengan en sí tipos diferentes de derechos): libertades, en sentido estricto, derechos a bienes, servicios o asignaciones económicas, derechos a un status legal y pretendidos derechos a bienes públicos. Un corolario que puede inferirse de ello es que, desde un punto de vista estructural, o por lo que respecta a las modalidades jurídicas en que se expresan, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos llamados civiles o políticos...” op., cit., pág. 298 a 300.

dadanos (trabajadores, familia, y otras entidades sociales intermedias), cabe agregar, ahora, su vinculación con nuevos colectivos sociales, en nuestro caso, los usuarios de servicios públicos, esenciales o sociales, tal como lo hacen los Tratados internacionales de Derechos Humanos.<sup>3</sup>

Además, si en algo han contribuido dichos Tratados internacionales de Derechos Humanos en materia de derechos sociales, es en el afianzamiento de la “justiciabilidad” de este tipo de derechos.<sup>4</sup>

En función de ello, la noción de servicio público al afirmarse progresivamente como derecho social, implica que: *“...Hay que reafirmar, por tanto, la conclusión tradicional de la inexistencia de derechos constitucionales directamente exigibles cuyo objeto sea la creación o el mantenimiento de servicios públicos. De todos modos, los derechos sociales ‘condicionados’ no dejan de cumplir una importante función en los servicios públicos que constituyen el presupuesto de su eficacia: el reforzamiento de la posición jurídica de los usuarios y potenciales usuarios de aquellos, pues una vez instituido el servicio y abierto al público, se convierten en verdaderos titulares de derechos subjetivos de prestación de origen constitucional. Esto, por una parte, confirma el valor jurídico de este nuevo tipo de derechos fundamentales, por más que su estructura no sea la de los derechos de libertad clásicos, y, por otra parte, constituye un importante progreso en la tutela de los usuarios y de los*

---

<sup>3</sup> Para otro sector de la doctrina, la clasificación de los derechos sociales podría simplificarse un poco, sosteniéndose que: *“...Los derechos fundamentales se clasifican según distintos criterios. La opinión mayoritaria en la doctrina jurídica distingue entre derechos de defensa y derechos de prestación, según la función que los derechos fundamentales cumplan en la relación Estado-ciudadano. En el caso del derecho de defensa, se trata del derecho a la acción negativa del Estado (omisión estatal), que limita su campo de acción y asegura la libertad del individuo (...) Los derechos de prestación se refieren principalmente a los derechos a la acción positiva del Estado (a un hacer estatal), la cual asegura la participación del ciudadano en prestaciones normativas –por ejemplo los derechos de organización o de procedimiento- o la participación del ciudadano en prestaciones fácticas –por ejemplo el derecho al mínimo vital. Los primeros se llaman derechos a prestaciones en el sentido amplio, los segundos a prestaciones en sentido más estrecho...”*, conf. Arango, Rodolfo, “El concepto de derechos sociales fundamentales”, Universidad Nacional de Colombia – Legis, Bogotá, 2005, ág. 35.

<sup>4</sup> González Moras, Juan M., “El mito de la tarifa social y el principio de igualdad”, en “Cuestiones de Intervención Estatal. Servicios públicos, Poder de policía y Fomento”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pág. 557 y sig.

*candidatos a usuarios, cuya posición se ve mejor defendida frente a la discrecionalidad organizativa del legislador y de la Administración...*<sup>5</sup>

Todo lo cual comienza a verse reflejado en las interpretaciones y aplicaciones jurisprudenciales de las cartas internacionales de Derechos Humanos que reconocen este tipo de derechos y garantías.

### **3. Los derechos sociales y las modulaciones del servicio público como servicio esencial o servicio social**

Puede afirmarse que las distinciones entre servicios públicos económicos y servicios esenciales o sociales, reflejan, desde su origen, discusiones claramente enmarcadas en las distintas épocas en que se produjo el desarrollo de cada uno de los conceptos.

Es decir, no están vinculadas a cuestiones teóricas o que hagan a principios jurídicos, sino más bien a las concepciones dominantes en cada época en relación con la prevalencia, o no, de la dimensión “social” o “económica” de determinados bienes.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Miguez Macho, Luis, “Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios”, Cedecs, Barcelona, 1999, pág. 126 y 127.-

<sup>6</sup> Tal como lo señala la doctrina: “...La distinción entre servicios esenciales sociales y económicos no es ni mucho menos nueva sino que ancla sus raíces en la clásica distinción entre servicios públicos sociales o asistenciales (tradicionalmente, asistencia sanitaria, instrucción pública, beneficencia y asistencia social, etc.) y servicios públicos económicos o industriales, cuya aparición en el terreno dogmático fue... posterior a los primeros. La distinción entre ambos tipos de servicios radica, como ya hemos señalado, en la distinta naturaleza de los derechos o libertades cuyo ejercicio o satisfacción se pretende a través de las actividades que comprenden unos y otros, criterio distintivo éste junto al que hay que tener en cuenta el diferente contexto histórico-político y técnico-económico que originó el surgimiento de los servicios sociales o asistenciales y de los estrictamente económicos (...) los servicios esenciales sociales son aquellos que comprenden actividades destinadas a la protección y conservación de la vida y la salud y al pleno desarrollo de la personalidad (básicamente, sanidad, educación, asistencia social, seguros sociales, medios de comunicación social... y cultura). Junto a estos clásicos servicios en los que prevalece su dimensión social sobre su dimensión económica, se comprende bajo la categoría de servicio esencial un amplio elenco de servicios esenciales en los que el componente económico está más presente que en los servicios anteriores y que tradicionalmente han sido

### 3. 1. Los servicios públicos generales y los servicios “sociales”

Al margen de que, más adelante, precisaremos la conceptualización de los denominados servicios públicos generales y de los servicios sociales y su grado de recepción en el derecho público (constitucional y administrativo) de nuestro país, resulta ahora necesario detenernos un momento respecto a las transformaciones que la incorporación constitucional del servicio público como derecho social (dentro del “bloque de constitucionalidad”), tendrá sobre aquellos.

En efecto, la caracterización de aquellos servicios públicos generales y de los servicios sociales está dada, fundamentalmente, por la ausencia de: a) una individualización del usuario como tal y en relación con los ciudadanos, en general, aportantes al erario público; b) la obligación de pago de una contraprestación por el servicio efectivamente consumido por el ciudadano (sea a través de tasas o tarifas); c) una relación individualizada que pueda provocar la responsabilidad del Estado ante la falta de organización o prestación del servicio; d) una reserva de la actividad por parte del poder público.

Ahora bien, la caracterización de dichas actividades (organizadas y prestadas tanto por el Estado como por particulares, sin que exista –reiteramos– una reserva de la actividad por parte del poder público) como integrantes de un régimen que debe garantizar la efectividad de determinados derechos sociales (constitucionalmente reconocidos), nos lleva a sostener que, aún en dichos casos, los particulares-usuarios tienen derecho a reclamar (en la relación de consumo en la que igualmente estarán involucrados) un mínimo de prestaciones por parte del Estado.

---

*definidos como susceptibles de explotación económica, industrial o comercial o que implican el ejercicio del comercio o de una actividad industrial...”;* Fernández García, M. Yolanda, “Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red”, INAP, Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires, 2003, pág. 212 a 216.

No existe ninguna razón jurídica para desplazar a estas actividades del núcleo de los derechos sociales cuya efectividad debe ser garantizada por el Estado.

Idea que, como veremos, ha recibido, puntual y expresa recepción por parte de la Corte Suprema nacional.<sup>7</sup>

### **3. 2. Concepción de los derechos sociales en el marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos**

En el Derecho internacional de los Derechos Humanos, la configuración de los denominados “derechos sociales” se incluye dentro de los “derechos económicos, sociales y culturales”.

Existen normas generales y particulares vinculadas a los mismos en los tratados de derechos humanos generales (sean universales o regionales), como por ejemplo, la previsión general del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como así también las normas específicas en materia de educación, trabajo, vivienda, seguridad social, salud, etc., incluidas en algunas normas de la propia Convención y, específicamente, en el Protocolo de San Salvador.<sup>8</sup>

Asimismo, existen Tratados internacionales de Derechos Humanos que tratan específicamente la regulación de estos derechos y sus correlativas garantías, como, por ejemplo, y dentro de los incluidos en el

---

<sup>7</sup> En este sentido: CSJN, Fallos: 329: 4741, voto del juez Lorenzetti. Ver, asimismo: CSJN, in re: “Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios”, sentencia del 11/07/2006; “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, sentencia del 22/04/2008; “Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros”, sentencia del 09/03/2010; “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, con sentencia del 24/04/2012; “P. L., J. M. c/ IOMA s/ amparo – recurso de nulidad e inaplicabilidad de ley”, sentencia del 19 de marzo de 2014 y sus citas; “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN –M° V E Inf. – Sec. Transporte –dto. 104/01 y otros s/ amp. proc. Sumarísimo (art. 321, inc. 2°, CPCC)”, sentencia del 24 de junio de 2014; entre muchos otros.

<sup>8</sup> Sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, ver: Hitters, Juan Carlos, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Tomo II: Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica., Ediar, Buenos Aires, 1993, pág. 255 y sig.

art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En lo que hace a la “operatividad” o, en los términos del Derecho internacional, “autoejecutoriedad” de estos derechos, deben establecerse, al menos, dos precisiones: a) En primer término, que se encuentran, como el resto de los derechos y garantías reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos, comprendidos en el principio general de “autoejecutoriedad”, en el caso de que la estructura normativa de dichos derechos lo consienta; y b) En segundo término, que se encuentran alcanzados por algunos principios de actuación específicos como el de “progresividad” y su correlativo de “no regresividad”.

Ambos principios, por su parte, deben encuadrarse dentro del marco general que marca las obligaciones básicas de los Estados nacionales en materia de derechos humanos.

De esta manera, el principio general de obligatoriedad (indicado en los arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), implica que en materia de derechos sociales puedan darse, al menos, las siguientes posibles situaciones: a) Que el derecho en cuestión se encuentre “reglamentado” por parte del Estado, en cuyo caso podrá siempre exigirse su vigencia efectiva y, eventualmente, hacer responsable al mismo Estado por la deficiente protección del mismo, sea por su acción u omisión o por la de particulares autorizados para garantizar el pleno goce de estos derechos (por ejemplo, en materia de salud o educación); b) Que el derecho no se encuentre reglamentado, pero pueda reputarse plenamente operativo, de manera tal que su efectiva tutela pueda ser reclamada judicialmente, a efectos de forzar una “reglamentación” del derecho para el caso (por ejemplo, en materia de salud pública; de planes alimentarios; etc); y c) Que, no pudiendo afirmarse la “operatividad” de determinado derecho social, por su particular estructura normativa, y por ende, no pueda solicitarse judicialmente su efectivo y directo cumplimiento, pueda exigirse –incluso judicialmente– su reglamentación general por parte del Estado.

Como lo ha señalado Lorenzetti: “...*El primer problema que se puede plantear es que no lo haga, que no cumpla con su mandato. El titular del*

*derecho fundamental tiene un derecho a que, pasado un tiempo prudencial, el juez tome las medidas necesarias que el legislador no ha tomado a fin de lograr ese objetivo. El legitimado pasivo aquí es el Estado, y la pretensión del sujeto activo es el derecho a una legislación apropiada en un término razonable. Sin embargo, y en la medida de lo posible, el tribunal trata de satisfacer el derecho, ya sea obligando al Estado a suministrarlo fácticamente, o bien diseñando sus perfiles en el caso (...) El segundo problema es que el legislador cumpla con el mandato estableciendo restricciones irrazonables. En este caso se tiene el recurso de inconstitucionalidad por violación del debido proceso sustantivo...”<sup>9</sup>*

La vinculación de esta posición con el principio de “obligatoriedad” y sus proyecciones, es evidente.

Ello, en tanto, las obligaciones que los Estados nacionales asumen frente a los ciudadanos bajo su jurisdicción, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, son, básicamente las siguientes: a) Obligación de respeto; b) Obligación de adoptar las medidas internas necesarias; y c) Obligación de garantía.

Ejemplos de estas obligaciones en el plexo de derechos humanos incorporado a nuestra constitución nacional, son: el art. 1.1 y 2 de la CADH<sup>10</sup>; el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>11</sup>; el art. 2

---

<sup>9</sup> Lorenzetti, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pág. 118 y 119.

<sup>10</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone, en este sentido, lo siguiente: “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

<sup>11</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en su art. 2, que: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica,

del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>12</sup>; el art. 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer<sup>13</sup> y los arts. 2, 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>14</sup>.

---

*nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”*

<sup>12</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en su art. 2, que: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

<sup>13</sup> La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, dispone en su art. 2 que: “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.”

<sup>14</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su art. 2: “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades,



Respecto de ello, y al margen de que cada Estado decidirá, en su caso, las vías para el cumplimiento de dichas obligaciones, vías que podrán ser legislativas, administrativas o judiciales, lo que siempre debe asegurar el Estado es la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos.

Ahora bien, en relación con la “operatividad” de estas normas internacionales, debemos recordar una vez más lo sostenido por nuestra Corte Suprema, en general, en el sentido de que: “...debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso...”<sup>15</sup>

Sentencia que estableció un valioso criterio en relación con aquellos derechos que efectivamente se consideren programáticos, como lo es la de la obligación del Estado de reglamentarlos para poder hacerlos efectivos.<sup>16</sup>

---

*las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. Artículo 3: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. Artículo 4: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”*

<sup>15</sup> Caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, del año 1992.

<sup>16</sup> Tal como señala Lorenzetti: “...El criterio para distinguir unas de otras es su formulación. Si es general es programática; si, en cambio, hay un mínimo de precisiones que permitan

Principio o criterio general que, en el caso de los derechos sociales, debe ser analizado conjuntamente con los de “progresividad” y “no regresividad” de la protección de dichos derechos.<sup>17</sup>

---

*deducir de ella una decisión, es operativa. Durante un largo período de la humanidad las normas programáticas fueron la regla y las operativas la excepción. Este supuesto se altera profundamente cuando surgen las normas sobre derechos humanos admitidas en tratados y constituciones, las que se presumen operativas (...) En primer lugar, si se admite que las fuentes que hemos indicado producen normas jurídicas fundamentales de Derecho Privado, no cabe hablar de que la mayoría de ellas son meros programas. Esto importa debilitar el distingo entre normas programáticas y operativas. En segundo lugar, la cuestión de la operatividad se ha encarado tomando en cuenta el hecho de si un individuo puede reclamar un derecho a algo al Estado. Este enfoque es demasiado simple para entender el problema, ya que las normas fundamentales no son sólo pretensiones de ese tenor, ni esos derechos viven aislados en el mundo jurídico. La operatividad se predica básicamente sobre normas que consagran pretensiones individuales y de este modo también se simplifica la cuestión. No se suelen considerar las funciones delimitadoras, interpretativas, integradoras, ni las normas que establecen competencias, o las que se refieren al no impedimento de acciones. El enfoque también es reduccionista porque, en realidad, el problema de la operatividad se produce fundamentalmente respecto de las pretensiones positivas que demandan una inversión de dinero por parte del Estado. De dejan de lado los conflictos no dinerarios, como las colisiones entre derechos de igual rango invocados por un ciudadano y la ciudadanía como grupo indiferenciado. Esto último lleva a una crítica final. La discusión se ha dirigido siempre al Estado como si fuera el único legitimado pasivo, cuando hay otros conflictos igualmente arduos...”, conf. Lorenzetti, Ricardo, “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, op., cit., pág. 168 y 169. Ver, asimismo: Curtis, Christian, “La Corte Suprema ante los derechos sociales”, en AAVV, “La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004”, Asociación por los Derechos Civiles y Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2005.*

<sup>17</sup> CSJN, in re: “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios”, sentencia del 17/05/2005. En el voto concurrente del Juez Zaffaroni, se expresó puntualmente en relación con los “límites” que implicaría la “progresividad” de estos derechos, que: “7º) (...) cabe destacar que si bien es cierto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), uno de los instrumentos mencionados en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, vincula beneficios sociales con recursos disponibles, ello nunca puede entenderse como una directriz para limitar el contenido económico de la movilidad jubilatoria. Semejante interpretación, seguida en el voto mayoritario del fallo “Chocobar”, se encuentra expresamente vedada por la cláusula de salvaguarda contenida en el artículo 29.b) que impide aplicar la Convención en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. En tal sentido la CIDH ha manifestado que el artículo 29 de la Convención contiene normas específicas de interpretación, pues la redacción de la mencionada disposición está hecha con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados en particular a aquellos previamente reconocidos por un estado (OC.4/84 del 19 de enero de 1984, serie A N°

Pautas que, por su parte, permiten que los tribunales nacionales, afirmen que: “...una vez que la administración cumple con las tareas constitucionalmente impuestas y, en consecuencia, amplía el ámbito de protección de los derechos de los más necesitados, está obligada a abstenerse en el futuro de desarrollar actividades que atenten contra esa situación (...) La obligación de no regresividad constituye una limitación constitucional a la reglamentación de los derechos sociales, que veda en consecuencia a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel de los derechos sociales de que goza la población, más aún si se encuentran en situaciones de extrema precariedad y exclusión social (...) A su vez, resulta pertinente señalar que constituye un principio cardinal del estado de derecho que frente a toda exigencia constitucional o legal, la administración no está facultada sino obligada a actuar en consecuencia...”<sup>18</sup>

---

4, párrafo 20)...” Asimismo, en el voto concurrente del Juez Maqueda, se señaló que: “...En relación con lo dispuesto en el art. 75 inc. 22, cabe señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el capítulo III, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 26, dispone acerca del desarrollo progresivo para lograr la plena efectividad de tales derechos, propósito que tiene por destinataria a la persona dentro del sistema y que, en consecuencia, requerirá del Estado el máximo esfuerzo en orden a los recursos disponibles. El reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de estos derechos destierra definitivamente interpretaciones o medidas que puedan ser consideradas regresivas en la materia (art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). A su vez, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos —“Protocolo de San Salvador”— en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el art. 9 el derecho a la seguridad social, disponiendo que toda persona debe gozar “de la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa...” (...) En el orden constitucional argentino, las consignas en la materia sub examine a partir de lo dispuesto en el artículo precedentemente mencionado se profundizan con lo establecido en el art. 75 inc. 23 de la norma fundamental, ya que el constituyente reformador de 1994 ha introducido las acciones positivas con el fin de garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales...”

<sup>18</sup> Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. N° EXP 3261 -Autos: Ríos Alvarez, Gualberto Felipe c/G.C.B.A. s/Amparo (art. 14 CCABA)- Sala I. Del voto de los Dres. Inés M. Weinberg de Roca y Carlos F. Balbín, marzo 11 de 2002. Sentencia N° 4. En igual sentido se resolvió en el Expte. N° 3264 -Autos: Arrua, Juana y Otros c/G.C.B.A. s/Amparo (art. 14 CCABA)- Sala I. Del voto de los Dres. Inés M. Weinberg de Roca y Carlos F. Balbín, marzo 11 de 2002. Sentencia N° 5.

Finalmente, cabe mencionar que el mencionado principio de progresividad ha sido tradicionalmente puesto en tensión o colisión con la existencia de “recursos” públicos suficientes para atender el posible “costo” del cumplimiento de las demandas sociales dirigidas al Estado.

Cuestión que también ha recibido expreso tratamiento en la jurisprudencia nacional.<sup>19</sup>

## 4.- Sobre la “justiciabilidad” del cumplimiento de los derechos sociales por parte del Estado

Si en algo han contribuido los Tratados internacionales de Derechos Humanos en materia de derechos sociales, ha sido en el afianzamiento de la “justiciabilidad” de este tipo de derechos.<sup>20</sup>

De cualquier manera, existen límites a la justiciabilidad de los derechos sociales, vinculados, especialmente, con la estructura de estos derechos y la función que desarrolla el poder judicial al serle sometidos casos en los que se reclame la operatividad de los mismos y la correlativa condena al Estado.

Tal como lo expresa la doctrina, llevando al extremo esta posibilidad: “...no hemos de pensar sino en una sentencia de eficacia general y en

---

<sup>19</sup> En relación con ello, resulta necesario destacar lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia nacional, al señalar que: “...si bien resultan atendibles algunas de las razones expuestas por el Poder Ejecutivo provincial, en cuanto a la carencia de recursos económicos para solucionar en el corto plazo los problemas planteados, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre el particular indicando que “estas dolorosas comprobaciones, que es deber del Tribunal destacar, no encuentran justificativo en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las consecuentes excesivas poblaciones penales” (...) “Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional (...) (Fallos: 318:2002)...” CSJN, inre: “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, sentencia del 03/05/2005.

<sup>20</sup> Lorenzetti, Ricardo, “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, op., cit., pág. 171 y sig.

*un tema de relevancia económica (derecho a una vivienda digna, o derecho a un incremento salarial, por ejemplo) para caer en la cuenta de que dicha sentencia tendría que imponer una solución normativa a muchas de aquellas cuestiones sobre sistemas impositivos y de gasto, organización de la prestación de servicios, dirección del proceso económico o coordinación de conductas individuales que hemos visto antes que subyacían a las diversas vías de satisfacción de este tipo de derechos sociales. El poder judicial estaría así en el caso de tener que decir a las agencias gubernamentales qué es lo que deben hacer. Y entonces estaríamos en presencia de una decisión de política económica que, en virtud de un fallo judicial, es inaccesible al procedimiento democrático de mayorías (...) El problema teórico y práctico que lleva consigo este corolario es que, si partimos – como nosotros lo hacíamos- de una marco de escasez moderada en el que la satisfacción de los derechos sociales no era imposible pero demandaba desde luego una modificación, reordenación y reestructuración del proceso económico, la pregunta por quién debe operar todos esos cambios deja de tener una respuesta clara. Una rígida protección jurisdiccional de ese tipo de derechos sociales abocaría al poder judicial a decidir explícita o implícitamente sobre la conformación y desarrollo del proceso de producción o distribución de recursos, y ello... estaría directa o indirectamente en contradicción con el principio democrático...<sup>21</sup>*

En el caso “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, con sentencia del 24/04/2012, la Corte Suprema nacional avanzará en la definición de lo que llama, para estos supuestos, operatividad derivada.

En efecto, la Corte Suprema, en el voto de la mayoría, estableció que: “...el sistema de fuentes aplicable al caso está conformado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales mencionados, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia. De dicho sistema se desprende el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de

---

<sup>21</sup> Laporta, Francisco J., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, op., cit., pág. 316 y 317.

*sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo, de modo que corresponde a esta Corte establecer el alcance de dichos preceptos en relación al caso.”*

Indicando, a partir de ello, que: *“...la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad...”* Y que: *“...el segundo aspecto que cabe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado...”*

Respecto de la operatividad derivada, señala la Corte Suprema que: *“...Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación (...) Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios (...) En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno (...) 12) Que la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial...”*

Concluyendo, por ello, que: “(...) Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces...”

## **5. El impacto del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el esquema de responsabilidad pública en Argentina**

En primer lugar, debe sostenerse que la responsabilidad del Estado en materia de Derechos Humanos –de derechos fundamentales y especialmente en materia de derechos sociales- no puede ser vista como una mera responsabilidad patrimonial.

El Estado, tiene constitucionalmente a su cargo, en esta materia, obligaciones de hacer, de no hacer y de dar. Lo que conlleva, en caso de incumplimiento, su correlativa responsabilidad.<sup>22</sup>

El principio general que deriva del Derecho internacional de los derechos humanos, y que impacta necesariamente en el esquema de responsabilidad estatal, es el de la reparación *in natura*, entendida tanto en el sentido de *hacer cesar las consecuencias de la violación*. Además de una posible y eventual reparación pecuniaria o económica.

En función de lo cual, entendemos que es necesario el abandono progresivo de la idea de sacrificio especial y de daño patrimonial como requisitos ineludibles para configurar la responsabilidad estatal por omisión.

La responsabilidad estatal por omisión implicará, de esta manera, la posibilidad de que se dicten medidas cautelares o sentencias definitivas,

---

<sup>22</sup> Bidart Campos, Germán, “La responsabilidad del Estado en los Tratados con jerarquía Constitucional”, en VVAA., Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág., 427.-

en procesos contencioso administrativos, que condenen al Estado a: 1) hacer; 2) no hacer; o 3) dar.

En efecto, y tal como lo ha señalado Lorenzetti, particularmente en lo relativo a las obligaciones de hacer: “...*En el caso de las obligaciones de hacer, puede hacerse una sub-clasificación: - Obligaciones de hacer en beneficio del sujeto activo: en estos casos se trata de derechos de operatividad directa. En virtud de ellas el titular tiene una pretensión positiva, que sustenta una acción procesal. Existe una acción positiva fáctica, ya que, si bien se usa una forma jurídica, se trata de obtener una satisfacción de la pretensión. Lo decisivo es que, después del resultado de la acción, el derecho esté satisfecho (...) - Obligaciones de hacer que producen una operatividad indirecta: en estos casos el sujeto no tiene un goce directo. La razón de la ausencia de operatividad es que se trata de derechos relacionales, en virtud de los cuales para concedérselos al titular hay que quitarle algo a otro, ya que afectan cuestiones presupuestarias o mecanismos complejos de interacción. Por ello se requiere de un paso previo, que es el proceso legislativo que permite la discusión y la generación del consenso necesario para su instrumentación. En estos casos no hay un goce directo del que se derive una prestación fáctica. Existe en cambio un goce indirecto y la pretensión es jurídica y procedimental: el objeto está constituido por una legislación, es decir por medidas estatales de tipo organizativo que permitan la implementación del derecho...*”<sup>23</sup>

Como claros ejemplos del primer caso de “obligaciones de hacer”, podríamos mencionar o traer a colación un sinnúmero de sentencias vinculadas a casos en los que se encontraban en juego la satisfacción de derechos y garantías vinculados a la salud, vivienda, planes alimentarios, etc.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Lorenzetti, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, op., cit., pág. 115.

<sup>24</sup> Cabe destacar, entre muchos otros, los siguientes fallos: CSJN, in re: “Ministerio de Salud y/o Gobernación s/acción de amparo”, sentencia del 31/10/2006; CSJN, in re: “D., B. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación) s/ amparo”, sentencia del 25/03/2003; CSJN, in re: “Benitez, Victoria Lidia y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo”, sentencia del 24/04/2003; Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Causa B. 65.166, “B., M.



Y como casos que pueden ejemplificar el segundo de los supuestos antes mencionados, tenemos, al menos, las sentencias de la Corte Suprema nacional en los casos “Verbitsky”<sup>25</sup> y “Mendoza”<sup>26</sup>.

Cabe, por último, mencionar que en el caso de existir una pretensión resarcitoria en la que el derecho fundamental es el bien jurídico lesionado, tal como ha aclarado la doctrina: “...*No se plantea ningún problema de operatividad dado que para la viabilidad de la pretensión se requiere que estén configurados los presupuestos de la responsabilidad civil. De modo que si la vida resulta lesionada, no debemos preguntarnos si es un derecho operativo, sino si hay una conducta antijurídica vinculada causalmente con ese daño...*”<sup>27</sup>

## 5. 1. Los criterios de la Corte Interamericana

Puede afirmarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado, a lo largo de sus Opiniones Consultivas y jurisprudencia contenciosa, una serie de principios generales atinentes a la responsabilidad internacional del Estado por violación los de derechos y garantías reconocidos por el Derecho internacional de los derechos humanos.

---

P. y otros contra Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud). Acción de amparo”; B., M. C. y otro c/ Chubut, Provincia del y otro (Estado Nacional) s/ amparo - CSJN - 11/04/2006; “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo” - CSJN - 24/05/2005; “Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica ‘18 de Octubre’ c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo” - CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA (Buenos Aires) - SALA II - 08/07/2003; Comisión Municipal de la Vivienda c/ Saavedra, Felisa Alicia y otros s/ desalojo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” - TSJ DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES - 07/10/2002; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. N° EXP 3261 -Autos: Ríos Alvarez, Gualberto Felipe c/G.C.B.A. s/Amparo (art. 14 CCABA)- Sala I.-

<sup>25</sup> CSJN, in re: “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, sentencia del 03/05/2005.

<sup>26</sup> CSJN, in re: “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” - sentencia del 20/06/2006.

<sup>27</sup> Lorenzetti, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, op., cit., pág. 170.

Principios generales que implican que cualquier hecho o acto estatal que implique violación de los derechos y garantías consagrados en el Derecho internacional de los derechos humanos, conllevará la responsabilidad del Estado por acto ilícito.

Puntualmente, se manifiesta la Corte Interamericana en el este sentido al afirmar que: “...*Es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la que un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente, por acción u omisión, uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el artículo 1.1 de la Convención...*”<sup>28</sup>

Los Estados nacionales, en este marco, responden, a su vez, por los actos de cualquiera de sus órganos internos de gobierno. Todo lo cual es una vez más reiterado por la Corte Interamericana al sostener que es: “...*pertinente recordar que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.*

Como, así también, que: “...*el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación. Dicha responsabilidad internacional es distinta a la responsabilidad en el derecho interno...*”

---

<sup>28</sup> Con cita de los casos: *Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 81; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 111 y 112; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 110.

## 5. 2. Alcances de la reparación

En torno a la cuestión de los “alcances” de la reparación debida por el Estado en virtud de su responsabilidad por la violación de derechos o garantías consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha establecido que: a) En primer término, corresponde requerir al Estado la plena restitución de la situación al momento anterior a la violación; b) En segundo término, corresponde establecer las medidas de reparación que fueran necesarias para hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas; c) En tercer lugar, se afirma que la responsabilidad internacional del Estado hace nacer una nueva relación jurídica que consiste en la obligación de reparar; y d) Finalmente, la Corte Interamericana establecerá el alcance *subjetivo* de la responsabilidad estatal, aún en caso de actuación de particulares por cuenta o delegación estatal.

## 6. Conclusiones en torno al alcance de la responsabilidad estatal en materia de derechos sociales

Por lo expuesto, cabría concluir que la responsabilidad pública en materia de satisfacción y garantía de los derechos sociales, está condicionada por la estructura misma de estos derechos; en función de que: a) A través de los mismos se establecen derechos, tanto individuales como colectivos; que, a su vez, pueden clasificarse en: 1) derechos que aseguran libertades (con obligaciones negativas o de no intervención para los Estados); 2) derechos a determinadas prestaciones (salud; educación); 3) derechos al reconocimiento de ciertas posiciones o status legales (trabajador; grupo familiar; jubilado; estudiante; etc.); 4) derechos al goce de bienes que se consideren como públicos (servicios públicos, medio ambiente); b) Los derechos sociales establecen relaciones

de los sujetos acreedores de los mismos, tanto con el Estado como con la sociedad y, en particular, con el mercado; c) Los derechos sociales se presumen operativos, aunque en muchas ocasiones su estructura normativa impida su aplicación directa; d) El Estado debe garantizar su vigencia y efectividad, en todos los casos, al menos en el núcleo básico de cada uno de estos derechos, lo que conlleva una “garantía de inderogabilidad”, en los términos de los arts. 28 y 75.23 de la Constitución nacional; y e) Los presupuestos y límites de la responsabilidad estatal en materia de derechos sociales deberán siempre plantearse dentro del marco general del principio de igualdad y no discriminación.

Tal como lo ha señalado con meridiana claridad Ricardo Lorenzetti, en ese marco el Estado debe garantizar determinados contenidos mínimos en relación con los derechos sociales que se consideren básicos; ello, en tanto: *“...el derecho fundamental tiene una garantía a un contenido mínimo, pero el resto es adjudicado por la democracia y el mercado. Si no fuera así, directamente no funcionaría la democracia, porque los derechos ya estarían previamente adjudicados por técnicos o por jueces, sin debate alguno en la sociedad, satisfaciendo a unos con exclusión de otros (...) Por esta razón hay que contemplar diferentes grados de colisión entre derechos y una lógica que permita distinguir entre la adjudicación de bienes primarios y otra que, más allá de ese mínimo, pueda efectuar juicios de ponderación entre derechos competitivos. Este requisito de inderogabilidad alcanza sólo a los derechos fundamentales que forman parte de la estructura básica de la sociedad y no a todos los derechos en general...”*<sup>29</sup>

Existen mínimos (de prestaciones y de estándares de regulación legislativa) que el Estado debe garantizar.

Siempre teniendo en cuenta que definir la modalidad de satisfacción de estos derechos fundamentales implica establecer, en cada caso (educación, salud, trabajo, vivienda, etc.), la distribución o adjudicación de costos, fundamentalmente económicos.

---

<sup>29</sup> Lorenzetti, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, op. cit., pág. 111 y 112.

Y si adjudicar derechos sociales implica siempre distribuir costos, ello se reflejará, necesariamente, en la discusión de la utilización de los fondos públicos.<sup>30</sup> Aunque, reiteramos, esto no agote en manera alguna la problemática de la “adjudicación”, al Estado o al mercado, de la satisfacción de tales derechos.

Ello, pues dichos costos no necesariamente tienen que estar en cabeza del Estado. Lo estarán sólo en caso de que la modalidad de satisfacción de tales derechos implique la prestación, directa o indirecta, de actividades públicas (servicios públicos; salud pública; educación pública; etc.); o, en caso de que, no estando ya atribuidas al Estado, éste omita establecer la modalidad específica en que dichos derechos serán satisfechos (vivienda; trabajo; salud; educación; etc.).

El Estado en este caso podrá ser responsable por la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, variando, a su vez, el alcance de dicha responsabilidad en función de los particulares derechos y situaciones jurídicas que estén involucradas. Pudiendo ser, así, condenado, según el caso, a dar, hacer o no hacer. Ello, a su vez, en el marco de los principios de “progresividad” y “no regresividad” impuestos a nuestro derecho público por el derecho internacional de los derechos humanos.

De esta manera, el límite de la responsabilidad estatal en materia de derechos sociales, no puede entenderse como mera o estrictamen-

---

<sup>30</sup> Tal como lo ha reconocido la jurisprudencia nacional al sostener que: “...ello no implica que resulte apropiado que el Tribunal fije sin más la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer (...)” 7) Que no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego, teniendo en cuenta la protección especial que la Ley Suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, ya que en su art. 75, incs. 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular, a los ancianos, norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos (doctrina causa “Sánchez” citada)...” CSJN, in re: “Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios”, sentencia del 08/08/2006.

te presupuestario. Aunque, efectivamente, en el esquema general de la adjudicación de los derechos sociales el presupuesto sí lo constituya, tanto cuantitativamente, como en la toma de definiciones políticas que la sociedad, a través del Estado, debe asumir.

Ello, en tanto, presupuesto de un Estado refleja, en este sentido, la asunción de algunos costos por parte del mismo para garantizar la satisfacción de determinados derechos sociales (servicios públicos; educación, salud, etc.). Pero, también, correlativamente, da cuenta de la exclusión, total o parcial, del costo de satisfacción de otros (vivienda, trabajo, educación, salud) por parte del gasto público. Debiendo asumirlos la sociedad o el mercado, según los casos.

Siendo el presupuesto, en definitiva, la norma jurídica que señala qué costos ha decidido asumir una sociedad, a través del Estado, en materia de derechos sociales, el problema que puede plantearse es que el mismo resulte claramente insuficiente en relación con las pautas legislativas que se hubieran previsto para dar satisfacción o garantizar los derechos sociales, como efectivamente suele suceder en materia de salud y educación pública. En ese caso, la norma presupuestaria se transforma en arbitraria e inconstitucional y, por ende, puede ser desconocida por el juez, quien, en algún caso puntual, podrá “adjudicar” por sí una parte de dicho presupuesto para atender o garantizar la vigencia del contenido mínimo de un derecho social que se encuentre vulnerado, como ha ocurrido en materia de salud, de trabajo (planes sociales), de vivienda, etc.

Aunque, entendemos, ello no podría llegar al extremo de que el Poder judicial “adjudicara” con generalidad, y más allá del caso judicial particular, dichos derechos, haciendo asumir el costo de ello, sea al Estado o sea al mercado (por ejemplo, ordenando una suba salarial general; la construcción masiva de viviendas; etc).

Pero, lo reiteramos, el Estado, en caso de haber incumplido con sus obligaciones (de hacer, de no hacer o de dar, según los casos y los derechos sociales involucrados) no podrá, por línea de principio, excepcionarse de la responsabilidad que le cabe, simplemente alegando

la ausencia o insuficiencia de partidas presupuestarias para atender la satisfacción del derecho.

Por último, debemos recordar que los presupuestos, y correlativamente, los límites de la responsabilidad Estatal en materia de derechos sociales, sea por su acción u omisión, y especialmente en materia de su deber de promover “acciones positivas” para garantizar la satisfacción de estos derechos, tendrán, por imperio del derecho internacional de los derechos humanos, que estar orientados a satisfacer el principio de igualdad y no discriminación, en los términos establecidos en los arts. 1, 2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el marco de los arts. 75 inc.22 y 23 de la Constitución nacional.

## **7. El concepto de servicio público en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

### **7. 1. Principio de igualdad y no discriminación y servicio público**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 18 del año 2003, sentó las bases para la interpretación armónica del principio de igualdad y no discriminación -como integrante del *ius cogens*- y la noción de servicio público.<sup>31</sup>

En función de lo cual ha concluido que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.

---

<sup>31</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Ahora bien, partiendo de la consideración de que de la obligación general que pesa en cabeza de los Estados, de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, deriva la obligación de los mismos de “...adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas...”, se llega a la conclusión de que esto implica “...el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias...”

En la misma Opinión Consultiva, se abundaría en relación con la interpretación sistemática del principio de igualdad y no discriminación y el servicio público como “acción positiva”, en el voto concurrente del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, en sentido de que: “... En tiempos de la así-llamada “globalización” (el neologismo disimulado y falso que está de moda en nuestros días), las fronteras se han abierto a los capitales, bienes y servicios, pero se han tristemente cerrado a los seres humanos. El neologismo que sugiere la existencia de un proceso que abarcaría a todos y del cual todos participarían, en realidad oculta la fragmentación del mundo contemporáneo, y la exclusión y marginación sociales de segmentos cada vez mayores de la población. El progreso material de algunos se ha hecho acompañar por las formas contemporáneas (y clandestinas) de explotación laboral de muchos (la explotación de los migrantes indocumentados, la prostitución forzada, el tráfico de niños, el trabajo forzado y esclavo), en medio al aumento comprobado de la pobreza y la exclusión y marginación sociales...”

En el marco de lo cual: “...Como circunstancias agravantes, el Estado abdica de su ineludible función social, y entrega irresponsablemente al ‘mercado’ los servicios públicos esenciales (educación y salud, entre otros), transformándolos en mercaderías a las cuales el acceso se torna cada vez más difícil para la mayoría de los individuos. Éstos últimos pasan a ser vistos como meros agentes de producción económica, en medio a la triste mercantilización de las relaciones humanas...”



Ratificándose, expresamente, y con carácter general, lo afirmado por la Corte Interamericana en relación con la cuestión específica tratada en la Opinión Consultiva 18/03.

Todo lo cual resulta de fundamental y singular importancia a la hora de analizar el contenido, alcance e interpretación posibles, de las ya citadas normas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del Protocolo de “San Salvador”, complementario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## **7. 2. El servicio público y la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

En relación con la aplicación concreta de los principios enunciados anteriormente, debe destacarse el fallo de la Corte Interamericana de derechos humanos en el caso “XIMENES LOPES VS. BRASIL”, Sentencia del 4 de julio de 2006, en el cual se afirmó que: “..”) 90. *La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud (...) 96. La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los*

*Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible...”*

La Corte Interamericana, pues, hace directa alusión a la técnica del servicio público, vinculándola directamente con: a) Las obligaciones estatales en tanto el Estado es titular de dichos servicios, considerados -a su vez- tales por estar previstos para asegurar la provisión de “bienes públicos” a los ciudadanos; b) La posibilidad de su delegación para la prestación por parte de un concesionario; y c) La responsabilidad directa del Estado por la falta de debido control de la prestación del servicio público esencial por parte de un concesionario.

Posteriormente, la Corte Interamericana volverá sobre el concepto de servicio público y su función de garantía para la efectividad de otros derechos consagrados en el bloque de convencionalidad.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> En principio, se ha afirmado la conformación de un bloque de constitucionalidad, con los siguientes alcances: “...el contenido del art. 75 inciso 22 generó los siguientes fenómenos en el derecho público argentino: a) Se ha creado un bloque normativo, es decir, una comunidad de normas, integrada por la Constitución Nacional más los instrumentos internacionales de derechos humanos a que se refiere ese artículo y los demás que el Congreso introduzca con posterioridad; b) Existen, por lo tanto, normas que están dentro y otras que están fuera de la constitución, pero todas ellas tienen la misma jerarquía normativa, y, en conjunto y armónicamente, sirven de parámetro para el control de constitucionalidad de las normas inferiores, sean éstas federales, nacionales o locales. He allí el fenómeno que describimos como bloque de constitucionalidad. Las normas del derecho internacional de los derechos humanos que se han incorporado al bloque permanecen afuera de la constitución, pero en el mismo rango jerárquico: no se incorporaron a la constitución, sino al bloque de constitucionalidad; c) (...) las contradicciones, lagunas o redundancias que puedan existir en el seno del bloque no difieren de las que existen en cualquier sistema normativo, ni de las que ya existían en el seno mismo de la Constitución Nacional. Y los mecanismos de solución son los mismos. Es más, se ha demostrado cómo el propio derecho internacional de los derechos humanos, con cuya elevación a la jerarquía constitucional se conformó el bloque, contiene pautas específicas para la solución de esos inconvenientes, (los principios *pro homine*, *pro actione* y *favor debilis*, y la obligación de adoptar medidas internas)...”, conf. Manili, Pablo Luis, “El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el Derecho constitucional argentino”, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 277. Por su parte, la idea de un bloque de “convencionalidad” surge a partir del desarrollo del control de convencionalidad, impulsado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de la sentencia dictada en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile”, el 26 de septiembre de 2006. Sobre los alcances del bloque de convencionalidad, ver: Corte IDH,

En efecto, en la sentencia dictada en el caso “Velez Loor vs. Panamá”, de fecha 23 de noviembre de 2010<sup>33</sup>, la Corte Interamericana señaló que: “(...) El Tribunal observa que la falta de suministro de agua para el consumo humano es un aspecto particularmente importante de las condiciones de detención. En relación con el derecho al agua potable, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que los Estados Partes deben adoptar medidas para velar por que “[l]os presos y detenidos tengan agua suficiente y salubre para atender a sus necesidades individuales cotidianas, teniendo en cuenta las prescripciones del derecho internacional humanitario y las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”. Asimismo, las Reglas Mínimas establecen que “[s]e exigirá de los reclusos aseo personal y a tal efecto dispondrán de agua y de los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza”, así como que “[t]odo recluso deberá tener la posibilidad de proveerse de agua potable cuando la necesite”. En consecuencia, los Estados deben adoptar medidas para velar porque las personas privadas de libertad tengan acceso a agua suficiente y salubre para atender sus necesidades individuales cotidianas, entre ellas, el consumo de agua potable cuando lo requiera, así como para su higiene personal (...) El Tribunal considera que la ausencia de las condiciones mínimas que garanticen el suministro de agua potable dentro de un centro penitenciario constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia, toda vez que las circunstancias propias del encierro impiden que las personas privadas de libertad satisfagan por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna, tales como el acceso a agua suficiente y salubre...”<sup>34</sup>

---

caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, sentencia del 26 de noviembre de 2010, voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

<sup>33</sup> Corte IDH, caso “Velez Loor vs. Panamá”, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218.-

<sup>34</sup> En el fallo, la Corte IDH señala que: “Recientemente, la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció que “...el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”. Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 64/292 en su 108ª sesión plenaria de 28 de julio

Todo lo cual, reiteramos, redundará en el concepto de servicio público en su función de garantía para la satisfacción de otros derechos consagrados en el bloque de convencionalidad.

### 7. 3. La regulación del servicio público en ordenamientos jurídicos “multinivel”

La inmensa transformación que se está produciendo en nuestros ordenamientos jurídicos nacionales está dada por la *multiptenencia* de los sujetos a varios ordenamientos, tanto del derecho internacional y supranacional como nacional y local.

Situación que permite la existencia de desniveles de regulación jurídica de las relaciones entre particulares, pero, fundamentalmente, entre éstos y el poder público, y su *utilización* por parte de los sujetos sometidos a estos sistemas jurídicos policéntricos.

Asistimos al final de aquel ciclo histórico y al comienzo de otro, en el cual el régimen del servicio público cambia su eje discursivo y de anclaje jurídico.

Fundamentalmente, a partir del cambio producido en el sistema constitucional de fuentes de Derecho público.

Ello implica la imposibilidad de seguir considerando al servicio público como mero título de intervención o, por el contrario, un título de propiedad privada.

El régimen actual del servicio público ha desbalanceado progresivamente ese eje (es decir, el de la tensión Estado-prestador, bajo cualquiera de sus modalidades históricas) a favor de un régimen jurídico que

---

de 2010 sobre “El derecho humano al agua y el saneamiento”, A/Res/64/292, 3 de agosto de 2010, párr. 1.”, y cita los siguientes documentos: Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 15 (2002) sobre “El derecho al agua” (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), aprobada por el Comité en su 29° período de sesiones (2002), HRI/GEN/1/Rev.7, 2002, párr. 16. g) Ver, también, Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES. 2349 (XXXVII-O/07), Resolución sobre “El agua, la salud y los derechos humanos”, Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2007, Puntos Resolutivos primero a tercero.

pone en el centro al usuario (actual y potencial), a partir de un claro mandato constitucional: su tutela jurídica y económica como medio para garantizar la efectividad de otros derechos fundamentales y, en definitiva, su dignidad como persona humana.

Este panorama genera la necesidad de estudiar un nuevo esquema de regulación constitucional y, por ende, legal y reglamentaria que, hasta el momento, sólo ha sido parcial y asistemáticamente abordado.

En este contexto surge, puntualmente en lo que aquí nos interesa, que si la noción de servicio público, incluidas sus variantes de servicio esencial o servicio social, se incorpora como derecho humano, en el esquema de derechos y garantías consagrados por nuestro sistema constitucional, correlativamente, de manera necesaria, aquel se afirma como potestad estatal.

A su vez, si las regulaciones del Derecho internacional del comercio y de la integración tienden a regular –fundamentalmente– las relaciones entre el Estado y el mercado, es decir, las formas de prestación de los servicios, el Derecho internacional de los derechos humanos regula particularmente la relación entre aquellos y los usuarios o destinatarios de los servicios.

Se sigue de ello que, en caso de colisión de derechos (entre prestadores y usuarios), tanto por aplicación del art. 42 de la Constitución nacional (en tanto derecho especificado), como de los tratados internacionales de derechos humanos aquí reseñados, debe prevalecer el derecho de los usuarios o destinatarios de los servicios públicos, esenciales o sociales, comprometidos.

El servicio público tendrá, entonces, como especie de derecho social incorporado al marco del Derecho internacional de los derechos humanos, dos posibles alcances:

Un primer alcance general, como garantía en el marco del principio de igualdad y no discriminación (arg. arts. 1, 24 del Pacto de San José de Costa Rica, tal como ha sido desarrollado por la jurisprudencia y las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

El principio de igualdad y no discriminación, en su nueva formulación, y en sus consecuencias (derecho a igual protección de ley y de intangibilidad de los derechos; igualdad de armas; elección del mejor derecho), se erige en el principal instrumento hermenéutico para la transformación y adecuación de nuestros ordenamientos.

En función de ello, el concepto de servicio público se impone, claramente, como una técnica de garantía (de la efectividad de otros derechos) e igualación social, lo que implica, en términos de la Corte Interamericana, su utilización por parte del Estado, como una de las acciones positivas que el mismo se encuentra obligado a desarrollar para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Derecho internacional de los derechos humanos y, correlativamente, por los ordenamientos constitucionales nacionales.

Un alcance particular, vinculado a la noción de servicio público esencial que atiende a la provisión de bienes públicos, y los derechos específicos que de allí emergen, conforme los lineamientos que emanan de los casos “Ximenes Lopes c. Brasil”, de 2006 y “Velez Loo vs. Panamá”, de 2010, ambos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Especialmente, en lo que hace a las obligaciones estatales en tanto titular de dichos servicios, la posibilidad y condiciones de su delegación para la prestación por parte de un concesionario; y la responsabilidad directa del Estado por la falta de debido control de la prestación del servicio público esencial por parte de un concesionario.

## **PARTE V**

---

# **El régimen jurídico actual de los Servicios Públicos Nacionales**

# **Alcances conceptuales del servicio público en el régimen jurídico argentino**

Los servicios públicos generales,  
sociales y esenciales

## **1. Alcances conceptuales del “servicio público” en el régimen jurídico argentino**

En función del desarrollo efectuado, debemos avanzar ahora en la concreta identificación de los distintos ámbitos conceptuales en que el servicio público recibe recepción, tanto constitucional como legal, a los efectos de establecer los lineamientos básicos de su actual régimen jurídico.

Para ello, en primer término, debemos recordar:

La aparición original del servicio público en el derecho público nacional, en momentos de afirmación del denominado “derecho patrio”, esto es, el derecho posterior a la revolución de 1810 y anterior a la sanción de la Constitución nacional de 1853, con un doble alcance: a) general, como equivalente del concepto más amplio de “función administrativa”, y b) particular, aplicado estrictamente a la regulación sectorial de actividades económicas de titularidad estatal.



Su afirmación, luego de la recepción constitucional de 1853, tanto legislativa y jurisprudencial, como doctrinaria.

Su consolidación como “especificación de funciones administrativas”, deslindándose tanto del poder de policía de prosperidad como de la más contemporánea idea de “función administrativa”. Naciendo, de esta manera, y hacia mediados del siglo XIX, el concepto de servicio público económico.

Finalmente, luego de las reformas constitucionales de 1949 y, fundamentalmente, 1994, el servicio público se institucionalizará, a la vez, como técnica de intervención estatal y como específica garantía de goce de los derechos de tercera generación constitucionalizados. Lo que implica, por un lado, el mantenimiento de la titularidad estatal del servicio público y, por otro, el establecimiento de un nuevo sujeto titular de derechos, individuales y colectivos: el usuario.

Todo lo cual ubica al servicio público, en la actualidad, bajo un doble rol que lo identifica, tanto como derecho y garantía (bajo la categoría de derechos sociales, económicos y culturales), generales y especiales, y como técnica de intervención estatal tendiente a la satisfacción de dichos derechos sociales.

## **1. 1. Sobre el concepto de servicio público. Recapitulación**

El concepto de servicio público debe actualmente pensarse, al menos, en relación con:

1.- Un concepto de servicio público general en el sistema constitucional de potestades y derechos y garantías, que contiene la doble titularidad del servicio (Estado y usuarios), fuertemente intervenido por el tratamiento del mismo concepto en los denominados “ordenamientos públicos globales” que, incluyen, al menos, al Derecho de la integración, el sistema internacional de Derechos Humanos y a las normas internacionales sobre comercio de servicios. Ámbito conceptual que, como veremos seguidamente, incluirá -como especies- a distintas modulaciones del concepto:

a) servicio público general (como función administrativa; educación pública; defensa; justicia; etc.); b) servicios sociales; y c) servicios esenciales.

2.- El concepto de servicio público económico (receptado concretamente en el art. 42 de la Constitución nacional).

3.- El concepto de servicio universal, de rango legislativo y reservado sólo para aquellos sectores de la actividad de servicios públicos que se encuentra regulada bajo un régimen de competencia.

## **2. Los servicios públicos generales. Su recepción constitucional, legal y jurisprudencial**

El concepto de servicio público, en general, tiene actualmente recepción en nuestro marco constitucional, tanto como técnica de intervención estatal en la economía, en el sistema de potestades estatales (art. 42, 75, incs. 13, 14, 18 y 23), y como garantía sustancial y adjetiva reconocida en el sistema de derechos y garantías constitucionales (arts. 41, 42 y 43 y 75, inc. 22) a favor de los ciudadanos en su calidad de usuarios, actuales o potenciales.

A ello debemos sumar las concretas modalidades en que dicho concepto de servicio público general se manifiesta en nuestro ordenamiento jurídico.

### **2. 1. Servicios públicos generales en el marco constitucional**

Puede decirse que el concepto más general y, también más antiguo, de servicio público, asimilable a ciertas funciones estatales (administrativas), pervive aún en nuestras normas constitucionales.

Este, efectivamente, es el alcance conceptual que, como ya hemos visto en la primera parte de este trabajo, debe darse a lo establecido en el actual art. 99, inc. 18, de la Constitución nacional.

El art. 99, inc. 18, señala que: “*El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 18. Puede ausentarse del territorio de la Nación, con permiso del Congreso. En el receso de éste, sólo podrá hacerlo sin licencia por razones justificadas de servicio público.*”<sup>1</sup>

Servicio público resulta equivalente aquí al conjunto de las funciones que cumple, por imperio de las potestades constitucionalmente atribuidas, el Presidente de la Nación.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Norma que, como hemos visto en la primera parte, fue originalmente inserta en el art. 83, inciso 22 de la Constitución nacional de 1853 por expreso pedido de Gorostiaga. Ver texto original en Sampay, Arturo Enrique, “Las constituciones de la Argentina (1810/1972), Eudeba, Buenos Aires, 1975, pág. 358 y sig., y en Ravignani, Emilio, “Asambleas Constituyentes Argentinas”, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Talleres SA Casa Jacobo Peuser Ltda., Buenos Aires, 1937, Tomo Cuarto 1827-1862, pág. 534. Esta acepción de servicio público es, también, la receptada en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, cuando en su art. 103 establece que: “*Corresponde al Poder Legislativo: 1°. Establecer los impuestos y contribuciones necesarios para los gastos de servicio público, debiendo estas cargas ser uniformes en toda la Provincia.*” En este caso, la noción de servicio público agrupa a la totalidad de los servicios estatales (lo que incluye funciones y servicios propiamente dichos) que son sostenidos por el tesoro provincial a través de la ley de presupuesto. En el plano de los ordenamientos internacionales, debemos recordar que el art. XXXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que tiene jerarquía constitucional, en virtud de lo normado en el artículo 75, inciso 22, 2° párrafo de la Constitución Nacional, establece que: “*Toda persona tiene el deber de pagar impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos.*” Acepción general que ha sido recordada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se trató sobre la: “*...la responsabilidad del Estado por la prestación de sus servicios públicos, y dentro de ellos el servicio de justicia venezolano (...)* Ello es así por cuanto en definitiva es el servicio público de justicia lo que ésta Corte analiza y sobre el cual recayó la ratio fundamental para emitir el fallo. En definitiva se exige un estándar general y uniforme muy alto en el servicio de justicia venezolano...” conf. voto disidente del Juez ad-hoc Pier Paolo Pasceri Scaramuzza, en la sentencia dictada por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en la causa “PEROZO Y OTROS VS. VENEZUELA”, de fecha 28 de enero de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>2</sup> Es la acepción de servicio público que la Corte Suprema nacional ha utilizado en su Resolución 2013/04, de fecha 23 de noviembre de 2004, al señalar que: “*...está establecida en el orden del proceso penal federal la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal (art. 236, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación, según el texto establecido por la ley 25.770), de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las que existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas, en tanto que el menor grado de protección y el paralelo plus de restricciones para los funcionarios y empleados públicos, que se deducen de las normas citadas supra, no son sino una carga derivada de las responsabilidades que asumen al aceptar el desempeño de servicio público...*”

El concepto de servicio público, como equivalente de una porción de las funciones administrativas, ha sido reconocido y ampliamente utilizado por la Corte Suprema nacional, en relación con: a) la inembargabilidad de bienes<sup>3</sup>; b) a la función pública<sup>4</sup>; c) facultades disciplinarias de la administración<sup>5</sup>; y d) los servicios públicos generales<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> En efecto, la Corte Suprema nacional ha considerado en relación con la inembargabilidad de determinados bienes que: “...*Es improcedente el embargo solicitado sobre dinero de una provincia, procedentes de los impuestos creados para el sostenimiento de la administración y demás servicios públicos a cargo del Estado...*”, conf. CSJN, in re: “Oyuela, Ignacio (Hoy Juan B. Lavarello) c/ Provincia de Santiago del Estero”, 1917; Fallos: 125: 212; ver, asimismo: CSJN, in re: “Morón, Ventura c/ Prov. de San Juan”, 1933, Fallos: 168: 112; CSJN, in re: “Palomegue, Alberto c/ Provincia de Corrientes”, 1936, Fallos: 176: 230; CSJN, in re: “Ruiz, Urbano, y Juana M. Bargas c/ Municipalidad de Cañuelas”, 1944, Fallos: 198: 458; ver, también: CSJN, in re: “Ormeño, Pedro y otro c/ Partido Peronista -Distrito Mendoza-”, 1961, Fallos: 249: 17; entre muchos otros.

<sup>4</sup> En relación con la consideración de la función pública como servicio público, la Corte Suprema nacional ha considerado que: “...*La norma general en orden a servicios públicos es la que prohíbe la acumulación de puestos o cargos, con excepción del profesorado o técnicos especiales; pero la ley de jubilaciones y pensiones civiles en su art. 35 restringe al profesorado la posibilidad de acumular jubilaciones...*”, CSJN, in re: “Capelli, Francisco c/ Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Ferroviarios”, 1929, Fallos: 154: 89; “...*La estabilidad en el empleo público no impide la subsistencia de las facultades administrativas necesarias para preservar la correcta prestación de los servicios públicos...*”, CSJN, in re: “Rodríguez, Antonio Romero c/ Provincia de Buenos Aires”, 1968, Fallos: 270: 299; “...*La inamovilidad en el empleo no impide la subsistencia de las facultades administrativas necesarias para la preservación de la correcta prestación de los servicios públicos, materia que se vincula al principio de división y autonomía de los poderes...*”, CSJN, in re: “Ginart de Castex, Amelia”, 1981, Fallos: 303: 1029; doctrina reiterada en Fallos: 305: 102; 311: 2128; ver también: CSJN, in re: “Mariño, José Manuel”, 1983, Fallos 305: 1280. Sobre las relaciones y diferencias conceptuales entre función pública, servicio público y empleo público, ver: Ivanega, Miriam M., “Las relaciones de empleo público”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 56 y sig.

<sup>5</sup> En lo que hace a las facultades disciplinarias de la administración, se ha sostenido que: “...*Lo atinente a la razonable práctica de las facultades disciplinarias, indispensables para la ordenada prestación de los servicios públicos y de la administración en general, no importa ejercicio de la jurisdicción penal propiamente dicha ni del poder ordinario de imponer penas y admite la subsistencia de un mínimo de facultades independientes, necesarias para la vigencia del principio de la separación de los poderes...*”, CSJN, in re: “López Naguill, Ricardo y otro”, 1964, Fallos: 258: 92; ver, asimismo: CSJN, in re: “Duprat, Víctor”, 1976, Fallos: 296: 696; en el mismo sentido: CSJN, in re: “Agostini de Dellepiane, María C. c/ Nación Argentina”, 1981, Fallos: 303: 593; entre muchos otros.

<sup>6</sup> El servicio público es, también, utilizado en su acepción más general, asimilable a las funciones administrativas que se encuentran a cargo del Estado; la Corte Suprema nacional, en este sentido, ha sostenido que: “...*Al decidir el artículo 104 de la Ley de Ferrocarriles de la Provincia de Buenos Aires, de 24 de Febrero de 1880 “materiales de Gobierno” en la especificación de lo que las autoridades nacionales o provinciales pueden hacer transportar*

A su vez, y tal como veremos, esta acepción general de servicio público sigue siendo utilizada, a nivel legislativo, para calificar: a) conductas ilícitas (Código Penal); b) el régimen jurídico de las cosas (Código Civil y Comercial); c) el sistema de responsabilidad del Estado (Código Civil y Comercial y leyes especiales, como la ley 26.944).

Finalmente, analizaremos, también, cómo la noción general de servicio público incluye a algunos servicios desagregados -tanto funcional como técnicamente- de aquellos prestados por la administración general.

Servicios públicos que, en este caso, responden a la antigua clasificación de servicios “uti universi” y servicios “uti singuli”, y a la definición de servicios públicos “impropios”, entre cuyos ejemplos más tradicionales encontramos a la educación, salud, seguridad, sector bancario, etc.<sup>7</sup>

---

*pagando la mitad de la tarifa, ha querido referirse a aquellos que son necesarios para atender o mejorar los servicios públicos, y no a los que utiliza en la explotación de una industria en su carácter de persona jurídica, como es la de una línea férrea...”, CSJN, in re: “Ferrocarriil Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires”, 1925, Fallos: 143: 286; ver, asimismo: CSJN, in re: “Minas Petrus S.A. c/ Nación”, 1948, Fallos: 210: 855; CSJN, in re: “Bco. de la Nación c/ Poder Ejecutivo de la Prov. de Mendoza”, 1953; Fallos: 226: 408; ver también: CSJN, in re: “Fassi, José C. c/ Municipalidad de Córdoba”, 1988, Fallos: 311: 1435.-*

<sup>7</sup> Señalaba Marienhoff que el servicio público “...puede tener usuarios indeterminados, según que la utilidad que reporte sea genérica, para la población en general, o puede tener usuarios determinados, que reciben una utilidad concreta o particular, porque se benefician individualmente con la prestación. El primer supuesto comprende los servicios públicos ‘uti universi’ (vgr., defensa nacional, policía de seguridad, etc.) (...) El segundo caso comprende los servicios públicos ‘uti singuli’ (vgr. Teléfono, energía eléctrica, transporte, gas, agua corriente, educación primaria, etc.)... en los servicios ‘uti universi’ los gastos de la organización y funcionamiento son cubiertos, por principio, mediante el impuesto, en los servicios ‘uti singuli’ sólo excepcionalmente se pagan a través del impuesto: es lo que ocurre con la enseñanza primaria; en los demás casos... el pago de los mismos lo efectúa el usuario...”, Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”; Tomo II, op., cit., pág. 53 y 54. Como un típico ejemplo de servicio público general o “uti universi”, tenemos el caso de la defensa, cuya calificación como servicio público general ha recibido expreso reconocimiento por parte de la Corte Suprema nacional en diversas causas, en las cuales sostuvo que: “...en el sub lite el hecho dañoso está constituido por una acción bélica o hecho de guerra y, por lo tanto, los daños sufridos constituyen una consecuencia del cumplimiento de misiones específicas y legítimas de las fuerzas armadas, características del servicio público de defensa, que no origina responsabilidad del Estado Nacional por su actuación ilegítima ni legítima, más allá de la expresamente legislada en normas específicas...”, conf. CSJN, in re: C. A. 228 XXXII - “Azzetti, Eduardo Narciso c/ la Nación - Estado Mayor General del Ejército s/ accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad”, sentencia del 10/12/1998.

### 3. Servicios públicos “impropios” o servicios sociales

Los que pueden denominarse servicios públicos “impropios” o servicios sociales, implican la prestación de actividades caracterizadas por:

- 1.- Una intensa regulación estatal destinada a garantizar la disponibilidad de servicios mínimos para la población, pero sin titularizar la actividad (no hay “publicatio” de la actividad).
- 2.- El desarrollo de regulaciones que permiten la convivencia, dentro de cada actividad, de la iniciativa pública y privada.
- 3.- Una organización estatal de prestación de estos servicios de acceso libre por parte de la población, es decir, sin el pago de tarifas.

Debemos recordar, por su parte, que los servicios sociales han recibido expresa recepción constitucional, a partir de 1994, por medio de los Tratados internacionales de derechos humanos que han sido incorporados al sistema de fuentes.

En efecto, encontramos reconocimiento de derechos y garantías en relación con “servicios esenciales” o “servicios sociales”, al menos, en los siguientes Tratados internacionales de Derechos Humanos: a) Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); b) Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 11, 2. c. y 14, 2. h.); c) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art. 5, e. iv., y f); y d) Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24).

Los cuales se proyectan, desde ya, sobre las obligaciones del Estado y los derechos y garantías de los usuarios de servicios públicos reconocidos en el sistema de los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional.

Resulta muy valiosa, a los efectos de la delimitación de estos ámbitos conceptuales, la clasificación aportada por la jurisprudencia nacional que ha señalado que: “...*el servicio estatal comprende tres campos. En primer lugar, las funciones estatales básicas, tal es el caso de la seguridad, la justicia, o el servicio exterior, cuya titularidad es indelega-*

*ble pues el Constituyente atribuyó al Estado ciertas funciones con carácter exclusivo por tratarse de actividades estatales esenciales. El segundo campo comprende los servicios sociales, que son aquellos que deben ser prestados por el Estado, sin perjuicio de la participación concurrente de terceros. Es decir, los servicios sociales no son prestados, en ningún caso, en condiciones de monopolio, sino en situaciones de concurrencia entre el Estado y los particulares. A su vez, el servicio social satisface de modo directo derechos básicos y fundamentales, por ejemplo, el servicio de salud o educativo. El tercer y último campo es ocupado por los servicios públicos, los servicios que el Estado puede abstenerse de prestar y no simplemente compartir sus prestaciones con otros, sin perjuicio de garantizarlos. A su vez, este servicio de contenido económico reconoce derechos instrumentales, según el criterio del propio legislador, y permite hacer más ciertos los derechos fundamentales...”<sup>8</sup>*

Asimilándose, así, a los servicios sociales con los que, tradicionalmente, en nuestro país han sido definidos como servicios públicos “impropios”.<sup>9</sup>

En efecto, en algunos de estos supuestos, las actividades desarrolladas por los particulares satisfacen necesidades generales y, por ello, quedarán sujetas a un régimen jurídico similar al aplicable a los servicios públicos (tendiente a asegurar la continuidad, obligatoriedad, generalidad, igualdad y regularidad), en función de lo cual la doctrina los ha definido en su momento como servicios públicos “impropios”.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Del voto del Dr. Balbín, que forma la mayoría, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, in re: “G. de L. W. A. y otros c/GCBA (Hospital General de Agudos “José María Ramos Mejía”) y otros s/ daños y perjuicios”, causa N° 3746/0, sentencia del 27/06/2008.

<sup>9</sup> Mariorano propuso en su momento reemplazar la clasificación por la de servicio públicos estatales (los “propios”) y no estatales (los “impropios” o “virtuales”). De esta manera, la definición en cada caso pasaba por la titularidad estatal o privada del servicio de que se tratase. Ver: Mariorano, Jorge Luis, “Algunas reflexiones acerca de la noción de servicio público”, op., cit., pág. 28.

<sup>10</sup> En el caso de los servicios de seguridad privada o aquellos vinculados a actividades profesionales (farmacias y escribanías), existen regulaciones provinciales que, de una manera u otra, tienen a asimilarlos. Ver, en este sentido, a modo de ejemplo, las leyes de la Provincia de Buenos Aires 10.606 y sus modificatorias; y 12.990 y sus modificatorias, respectivamente. En todos los casos, sea por la cuestión profesional involucrada

No se trata de servicios públicos “propios” prestados por los particulares (de manera indirecta), porque en éstos la titularidad de la actividad corresponde al Estado (por medio de una *publicatio*).<sup>11</sup>

No obstante ello, en los servicios públicos “impropios”, existe cierta analogía con el régimen del servicio público en uno o más de sus caracteres.<sup>12</sup>

---

(farmacéuticos y escribanos) o por las características de la actividad (farmacias y seguridad), existen distintos tipos de restricciones en cuanto al acceso a la prestación de dichos servicios. En el caso de los servicios de seguridad privada, por ejemplo, existen restricciones en cuanto a la conformación societaria, exigiéndose –entre otras cuestiones- la condición de ciudadano argentino para los socios, conf. arts. 5, 23 y conc. de la ley 12.297 de la Provincia de Buenos Aires. Por su parte, en el caso de los servicios de comunicación audiovisual, el título de intervención estatal en su regulación es doble: a) por un lado, el poder de policía o regulatorio de las actividades privadas involucradas en el contexto de la libertad de expresión y el derecho a la información; y b) por otro, el dominio público, en tanto la regulación estatal debe garantizar un uso racional del espectro radioeléctrico, conforme a pautas que han ido cambiando en el tiempo, tanto por razones tecnológicas como de política social. Ver, en este sentido, las leyes 19.798, con las modificaciones del Decreto 764/2000, 22.285 y 26.522.

<sup>11</sup> Se ha señalado en este sentido que: “...un servicio gratuito de asesoramiento en materia penal se halla a disposición de todos los habitantes del suelo argentino. Por supuesto que si el inculpado en un ilícito desea algo mejor, lo obtendrá pero a su costa. Y esto es así en toda función que ejerce el Estado con carácter de servicio público. Los hospitales comunitarios (nacionales, provinciales y municipales) aseguran el servicio de salud en forma gratuita; más si alguien quiere una medicina de excelencia, la obtendrá a su costa confiando en prestadores privados. Lo mismo ocurre con la educación y la seguridad. Si un administrado una mayor protección o tranquilidad, como también una mejor educación, la nación jurídicamente organizada le brinda la oportunidad de contratarla. Pero nunca pueden gravitar esas costas extras sobre el resto de la comunidad, que se limita a ofrecer un mínimo igualitario y democrático...” Del voto del Dr. Piombo, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, in re: “Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en causa N° 203-1188”, causa C. 8.127, sentencia del 02/05/2006.

<sup>12</sup> Así, señala Juan Ramón de Estrada que “...gran parte de la doctrina nacional ha aceptado esta categoría jurídica e incluso la Procuración del Tesoro de la Nación, quien, señalando que el criterio vigente para determinar la existencia del servicio público es el funcional, interpreta que debe aceptarse la categoría del servicio público impropio, que constituye una actividad ‘privada’, situada entre la actividad pública y el comercio privado puro y simple, ‘lo cual le atribuye caracteres singulares que justifican su correlativo tratamiento jurídico’. Señala que entre el servicio público propio y el impropio existe analogía jurídica y lógica (...). No obstante la actividad calificada como servicio público ‘impropio’ es una actividad ‘privada’, si bien con un régimen peculiar; tal régimen no altera la titularidad de la actividad, que no puede ser calificada como estatal. Además, mediante el poder de policía, puede el Estado imponer limitaciones o conductas obligatorias para preservar el interés público de tales actividades...”, conf. De Estrada, Juan R., “Enseñanza privada y servicio



De esta forma, la circunstancia de que en algunos aspectos la regulación sea similar a la del servicio público –como podría ser la obligación de amparar la continuidad de la actividad o prestarla en forma igual para todos – no significa que en otros aspectos de la actividad deba aplicarse el régimen del servicio público.

Lo cual implicará, de cualquier manera, que la regulación de la actividad tendrá diferencias significativas respecto de cualquier otra actividad –sometida a una regulación de “policía”– que no responda a las características de un servicio social o servicio público impropio.<sup>13</sup>

---

público”; El Derecho, Tomo 119, pág. 955. Ver, en este sentido: Linares, “Concepto y definición de servicio público”, en Revista Argentina de Derecho Administrativo, N° 19, que califica de tal manera la actividad de taxis, las farmacias, los mercados – bajo ley 19.227 (ED, 40; 1081) – las radios – bajo ley 19.798 (ED, 46; 957) – e incluso la educación privada; Halperín, Isaac, “Seguro, empresa de seguro y servicio público impropio”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1971, pág. 151, quien califica de tal manera la actividad de las compañías de seguros; Marienhoff, Miguel S., “El servicio público y sus variadas expresiones: actividad bancaria, servicio fúnebre, actividad de consorcio, en JA, 29-1975-728; doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes, T. 106, pág. 190; doctrina de la CSJN en Fallos, 275-265.

<sup>13</sup> Al respecto, ya se ha señalado que, en lo relativo a la interpretación y alcance del derecho a trabajar y ejercer la industria lícita (que en términos amplios y generales enuncia el art. 14 CN), debe entenderse que: “...cuando se trata de habilitar a alguien para desplegar una actividad que en el más de los casos reviste, como ya se dijo, carácter de “servicio público impropio”, al estar comprometida la conducción de vehículos destinados al transporte de pasajeros —taxis, remises, micros de corta, mediana y larga distancia— (...) Tal situación amerita la obligación irrenunciable del Estado de ejercitar cuidadosa, responsable, prudente y atinadamente el “poder de policía” —en su acepción tradicional—, potestad con la cual la sociedad y el ordenamiento constitucional y legal lo han investido (...) Consecuentemente, el derecho constitucional de trabajar y ejercer toda industria lícita no es un derecho de todos los habitantes para todos los empleos, oficios o profesiones en que se descompone el vasto catálogo de quehaceres laborales, ya que, independientemente de las restricciones económicas a la demanda de trabajo —que injustamente resultan de un modelo productivo que genera marginalidad y exclusión— se suman las “razonables limitaciones jurídicas” que establecen condiciones, exigen aptitudes, imponen recaudos e, incluso, contemplan exclusiones, las cuales serán válidas desde la perspectiva superior del atalaya del ordenamiento normativo en tanto no estén inspiradas...” Agregándose, además, que: “... Tampoco resulta vulnerada la garantía de igualdad ante la ley puesto que, como es sabido, la protección de la igualdad no se debilita, ni mucho menos se quebranta, por el mero ejercicio de la potestad gubernamental de distinguir entre personas, o grupos de personas, en la creación y aplicación de leyes. Lo que se debe garantizar, es que el criterio de distinción no sea arbitrario, no responda a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinadas o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo. En el caso, como ha quedado expuesto, lo que se pretende con la limitación establecida por la

Como corolario de lo expuesto, y en base a nuestro actual régimen constitucional, creemos que, en lugar de tratar sobre servicios públicos “impropios”, debemos referirnos, directamente, a los servicios “sociales”.

### 3. 1. Educación pública

Tal como se adelantó, la educación constituye un ejemplo de los que podemos denominar como servicios “sociales”.

En el caso de la educación pública, debemos tener especialmente presente que, a la par que el art. 14 de la Constitución nacional reconoce el derecho a “...enseñar y aprender...”, el art. 75 establece, en los incisos 18 y 19, que Corresponde al Congreso nacional: “...18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria (...) por leyes protectoras de estos fines...”, y por el inc. 19: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores (...) a la investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento (...) y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales...”

A su vez, el art. 5 de la propia Constitución nacional impone a las provincias asegurar “...la educación primaria...”

---

*ley es determinar quienes podrán tener acceso a una actividad de relevante interés para la comunidad, como es el servicio público de transporte de pasajeros, que compromete tanto la seguridad pública como la integridad física de las personas. Dicha circunstancia justifica, sin duda alguna, la consideración de la conducta de los individuos y lejos de consagrar una discriminación prohibida, violatoria de la igualdad jurídica reconocida en el art. 16 de la C.N, y de los valores tutelados en el art. 11 de la CCBA; constituye un deber para las autoridades de la Ciudad...”, TSJ DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, in re: “Ambrosi, Leonardo c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 5859/08, sentencia del 24/11/2011; voto de los Dres. Casas y Conde).*

Las normas citadas imponen al Estado, por un lado, el respecto al derecho de “enseñar y aprender” y, correlativamente, la obligación de garantizar la “enseñanza primaria” y el dictado de leyes que garanticen, también, la educación superior, sobre la base de los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

La intervención del Estado en materia de educación implican, pues, por un lado, regular la actividad educativa para hacer efectivos los derechos a “aprender” y a “enseñar” y, por otro, a establecer una organización pública que garantice, de manera igualitaria, un mínimo de instrucción para todos los ciudadanos.

La libertad de enseñanza supone que el Estado sólo cumple una función supletoria y coadyuvante, no pudiéndose considerar a la educación como una actividad de “titularidad” estatal, ni mucho menos, por ende, como un monopolio estatal.<sup>14</sup>

Surge entonces de ello que la naturaleza jurídica de la actividad educativa prestada por los particulares, es una actividad cuya titularidad es ajena al Estado y que, por ende, sólo puede ser regulada a través del ejercicio del llamado “poder de policía” y no por la técnica del servicio público (en sentido estricto).

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia nacional, en ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la autonomía universitaria, afirmando que: *“...Si bien es verdad que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado a nuestra Ley Fundamental el principio de autonomía universitaria, no lo es menos que también otorgó jerarquía constitucional al Pacto*

---

<sup>14</sup> La jurisprudencia ha señalado en este sentido que: *“...La educación privada, más allá de su trascendencia no puede adjetivarse como un servicio público de importancia esencial para el Estado, por lo que tampoco podría considerarse a un conflicto suscitado por una huelga de trabajadores de la educación como generador de una crisis nacional con los alcances que establece el decreto 843/00. Para más, la facultad de la autoridad de aplicación no debe entenderse como la posibilidad de reglamentar con carácter general cualquier posible contienda colectiva, sino como la de declarar comprendido dentro de la tipología de servicio esencial un conflicto ya abierto por su eventual incidencia en intereses sociales y nacionales superiores involucrados como metodología para conjurarlo...”* CNTRAB, Sala I, in re: “Confederación de Trabajadores de la Educación de la Rep. Argentina CETERA c/ Estado Nacional s/ amparo”, Expte n° 20098/01, sentencia del 07/11/2002.

*Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 13 establece que la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno por cuantos medios sean apropiados. Por lo tanto, la autonomía y autarquía universitaria tienen el mismo rango constitucional que el acceso sobre la base de la capacidad, por lo que nada obsta a que el Congreso Nacional establezca un régimen de acceso a la enseñanza superior, pues según la norma del tratado internacional con jerarquía constitucional son los Estados los que tienen el poder y la obligación de garantizar el acceso en tales condiciones...”*<sup>15</sup>

Como así también que: *“...El objetivo de la autonomía universitaria es desvincularla de su dependencia del Poder Ejecutivo, mas no de la potestad regulatoria del Poder Legislativo, en la medida en que ella se enmarque en las pautas que fijó el constituyente emanadas de la Constitución Nacional. Antes o después de la reforma de la Carta Magna, la Universidad debe necesariamente estar condicionada por normas que fijen los principios básicos que reglen su actuación. Tales son los que emanan del art. 75 incs. 18 y 19 de la Constitución Nacional, mediante los cuales se le otorga competencia al Congreso para dictar planes de instrucción general y universitaria y sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional, que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales...”*<sup>16</sup>

Al Congreso nacional se le atribuyó, originalmente, la competencia para proveer a lo conducente al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria. Respetándose el principio de la “libertad” de enseñanza.

A lo que cabe agregar que, luego de la reforma constitucional de 1994, el Estado tiene la responsabilidad indelegable de garantizar: a) los

---

<sup>15</sup> CSJN, sentencia del 26 de diciembre de 1996; ED, 173-262, del voto de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano y López.

<sup>16</sup> CSJN, sentencia del 26 de diciembre de 1996; ED, 173-262, del voto del Dr. Vázquez.

principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y; b) la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

En función de lo cual, si bien no podría constitucionalmente monopolizar a la educación como servicio, si debe, ahora de manera obligatoria e indelegable, proveer a la satisfacción de los derechos anteriormente mencionados.

### **3. 2. Servicio público y salud**

La otra actividad que se desataca como servicio “social”, es la vinculada con la prestación de servicios de salud.

En nuestro país, esta actividad se encuentra organizada de manera tal que, si bien cuenta con aspectos que lo vinculan con el servicio público, puede decirse que constituye una actividad garantizada por el Estado a través de prestadores públicos y privados, en un régimen prestacional que tiene las siguientes características: 1) No existe una reserva de la actividad a favor del Estado, sino que ésta es desarrollada de manera concurrente con prestadores privados; 2) Los prestadores privados, al no existir reserva de la actividad, no actúan bajo las clásicas formas de delegación estatal (concesiones, licencias y permisos); 3) Existe un conjunto de prestaciones que se consideran básicas y que son obligatorias para todos los prestadores (Programa Médico Obligatorio), el cual es definido por el Estado, es esencialmente mutable y no puede ser contractualmente limitado por los prestadores; 4) no existe un régimen de tarifas o precios establecido por el Estado, salvo el control que se ejerce sobre las prestaciones que integran el PMO. El sistema, en realidad, se basa conceptualmente en un régimen de seguro colectivo a prorrata; 5) el vínculo entre prestadores (públicos y privados) es claramente reconocido como una “relación de consumo” de las incluidas en el art. 42 de la Constitución nacional.

Perfiles prestacionales que surgen, no sólo de la legislación sectorial aplicable, sino, fundamentalmente, de lo que ha ido estableciendo la jurisprudencia nacional, especialmente a partir de las sentencias dictadas

por la Corte Suprema nacional en las causas “Asociación Benghalensis”<sup>17</sup>, del año 2000, y “Cambio Péres de Nealón”<sup>18</sup>, del 2006.

Actualmente, y en base a dichos precedentes, se entiende que: “... el derecho a la salud es una lógica derivación del derecho a la vida sin el cual ningún otro derecho tiene sentido (doctrina de Fallos: 323:3229); y que está expresamente reconocido por normas de jerarquía constitucional (art. 42 de la Constitución nacional, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). No es el problema

---

<sup>17</sup> En este caso, la Corte Suprema estableció que: “...a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22. En este sentido, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. El art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. El art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que entre las medidas que los estados partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deberían figurar la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inc. c) y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad...” CSJN, in re: “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16986”, sentencia del 01/06/2000, Fallos: 323: 1339.

<sup>18</sup> En este caso, y en relación a la imposibilidad de reconocer límites meramente contractuales a los contenidos mínimos previstos para la satisfacción de derechos básicos como la salud, la Corte Suprema nacional ha señalado que: “...no debe olvidarse que si bien la actividad que asumen pueda representar determinados rasgos mercantiles “en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v. arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios”, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o, como ocurre en el sub-lite, invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley (v. doctrina de Fallos: 324:677), so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. doctrina de Fallos: 324: 677)...” CSJN, in re: “Cambio Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, sentencia del 28/08/2007, Fallos: 330: 3725.

*su protección jurídica -que se da por sentada- sino la definición para circunscribir su objeto. Sirve a ese fin reconocer que el hombre tiene no sólo derecho a vivir con plenitud física y mental sino también a perpetuarse a través de su progenie. Va de suyo que esta perspectiva, que se centra en la persona y que presupone su bienestar físico, no excluye otra de mayor trascendencia que involucra a uno de los elementos que hacen a la continuidad misma de la Nación, es decir, a su población (...) Su actividad no es la de cualquier comerciante ya que los servicios que ofrece y brinda conciernen al resguardo de la salud de las personas y, por ende, suscitan la intervención del Estado. Prueba de ello es la sanción de la ley 24.754 (B.O. del 2/1/97) que les exige a las EMP cubrir, por lo menos, las mismas “prestaciones obligatorias” que las obras sociales. El PMO que las establece constituye un estándar mínimo de protección, mas no una enumeración taxativa (Fallos: 323:1339; ídem, esta Sala, causa n° 2216/04 del 15/11/05 y Sala de FERIA, causa n° 8780/06 del 26 de julio de 2007)...”<sup>19</sup>*

Por otra parte, y en un aspecto directamente relacionado con estos principios, aparecen los servicios públicos hospitalarios.

---

<sup>19</sup> CNCIV Y COMFED, Sala III, in re: “R.; V. C. Y OTROS c/ GALENO SA s/ sumarísimo”, causa N° 9440/08, sentencia del 02/03/2010. Ver, sobre esto: Weltzer Malbrán, Ricardo, “Análisis crítico de dos importantes pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la cobertura de las empresas de medicina prepaga”, LA LEY, 2001-B, 687 y LA LEY, 2001-D, 361, con nota de Padilla, Miguel, “Las empresas de medicina prepaga, el sida y la droga”, y JA, 2001-III-378, con notas de Carnota, Walter, “Los dogmas de una inconstitucionalidad frustrada”, y de Rosales, Pablo, “La declaración de constitucionalidad de la ley 24.754 en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”; ver, asimismo: D’Argenio, Inés, “Protección jurídica de un usuario sin servicio público”, LA LEY, 2001-E, 19; Rosales, Pablo, “La Corte Suprema y la obligación de la cobertura de la discapacidad. Análisis de la reciente jurisprudencia del Alto Tribunal y las obligaciones del Estado Nacional, las obras sociales y las empresas de medicina privada”, en JA, 2002-II-431; Bidart Campos, Germán, “La dimensión de la salud como bien colectivo y los servicios de salud”, LA LEY, 2001-F-906; Ghersi, Carlos y Weingarten, Celia, “Amparo: plan médico obligatorio (P.M.O.)”, JA, 2001-IV-574; Carnota, Walter, “Los valores constitucionales y la medicina pre-paga”, LA LEY, 1998-F, 564.

### 3. 2. 1. Prestación de servicios públicos hospitalarios

Dentro del subsistema vinculado a la prestación de servicios de salud pública, se encuentran los servicios hospitalarios que han sido definidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional al señalar que: *“...La pretensión procesal subsume el caso, entonces, en un supuesto de responsabilidad del Estado local por la presunta falta de servicio -por acción o por omisión- en que habría incurrido un órgano de la Provincia de Santiago del Estero, que se sustenta en el cumplimiento irregular de las funciones estatales que le son propias y que corresponden al ámbito del derecho público, como lo es de la prestación del servicio público hospitalario; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, en los términos y con el alcance subrayados, de los gobiernos locales de conformidad con la cláusula constitucional citada precedentemente...”*<sup>20</sup>

Fundando, a su vez, dicha responsabilidad estatal, en los derechos sociales que nuestro sistema constitucional fue reconociendo a los ciudadanos.

En efecto, el servicio público, aquí, tiene directo fundamento y derivación constitucional, no ya en normas que atribuyen potestades al Estado sino en derechos de índole social reconocidos a los ciudadanos que deben, a la postre, ser garantizados por el Estado a través de un servicio público general.

En este sentido, sostuvo concretamente la Corte Suprema, con fundamento en el art. 14 bis de la Constitución nacional, que: *“...El hospital público es, pues, una consecuencia directa del imperativo constitucional que pone a cargo del Estado -en el caso, el provincial- la función trascendental*

---

<sup>20</sup> CSJN, in re: L. 171. XLI - “Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios”, sentencia del 11/07/2006. Agregándose allí que: *“...no existen discrepancias de que en asuntos de esta naturaleza lo que se pretende someter a juzgamiento y decisión de esta Corte en su instancia originaria, es la reparación de los daños que se invocan como injustamente sufridos por el peticionante como consecuencia del funcionamiento irregular de la actividad de la administración pública provincial, que se caracteriza para situaciones como la ventilada en el sub lite por brindar un servicio, una prestación concreta al administrado o a la colectividad para la satisfacción de una necesidad pública, consistente en el caso en la asistencia hospitalaria (conf. Fiorini, Bartolomé A., “Manual de Derecho Administrativo”, La Ley S.A. Editora e Impresora, Buenos Aires, edición 1968, segunda parte, libro quinto, págs. 645 y sgtes.)...”*



de la prestación de los servicios de salud en condiciones tales de garantizar la protección integral del ser humano, destinatario esencial de los derechos reconocidos por la Constitución y por diversos tratados internacionales con igual jerarquía, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud (arts. 14 bis, 33 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional)...”<sup>21</sup>

Concluyendo, en punto a la cuestión relativa al fundamento de la responsabilidad estatal, que: “...lo expuesto conduce -a fin de decidir si concurren en el caso los presupuestos fácticos y jurídicos que hacen viable la responsabilidad del Estado demandado- a que sea necesario considerar la existencia, o no, de la falta de servicio, entendida como funcionamiento irregular o defectuoso del servicio público hospitalario -llevado a cabo por un órgano integrante de la administración de la provincia demandada- por no cumplirse de manera regular las obligaciones emanadas de las normas jurídicas que lo establecen y reglamentan; materia que se encuentra incluida en un régimen de derecho público que tiene por propósito asegurar la adecuada prestación del servicio de salud pública, en función del fin para el que ha sido establecido. Este régimen encuentra su fundamento, pues, en principios extraños a los propios del derecho privado...”<sup>22</sup>

Conceptos que, a la postre, se consolidarán en la jurisprudencia nacional.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> CSJN, in re: “Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios”, sentencia del 11/07/2006. Fundando, a su vez, la sentencia en los precedentes registrados en Fallos: 317: 1921; y 322: 1393.

<sup>22</sup> Todo lo cual, llevará a la Corte Suprema a rechazar su competencia para intervenir en la causa, al considerar que: “...9º) Que como surge de los antecedentes y fundamentos expresados precedentemente como concepción general para los supuestos de dañosidad causada por la actuación de los estados locales y, además, con particular referencia a los casos de responsabilidad de las provincias por las consecuencias dañosas derivadas de la prestación del servicio público de salud por un órgano integrante de su administración, y con arreglo a los argumentos y conclusiones de los pronunciamientos mencionados en el considerando 2º -a los que cabe remitir por razones de brevedad- en el sub lite no se verifica una causa de naturaleza civil que, en procesos como el presente, corresponda a la competencia originaria reglada en el art. 117 de la Constitución Nacional y en el art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, por lo que el Tribunal debe inhibirse de conocer en este asunto.”; conf. CSJN, in re: “Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios”, sentencia del 11/07/2006.

<sup>23</sup> Así, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ha resuelto que: “...dado que dicha mala praxis

### 3. 3. Servicio público y sistema financiero

En lo que respecta a la actividad financiera, la jurisprudencia nacional ha establecido que: *“...La actividad bancaria tiene una naturaleza peculiar que la diferencia de otras de carácter comercial y se distingue especialmente por la necesidad de ajustarse a las disposiciones y al control del BCRA (conf. CSJN, Fallos: 275:265) (...) Esto es así, pues la actividad financiera reviste el carácter de un servicio público de los denominados “propios” que el Estado presta de manera indistinta, ya sea directamente o bien a través de entidades particulares en quienes, por motivos de eficiencia y funcionalidad delega atribuciones que se ha reservado jurídicamente (art. 75, incs. 6, 18 y 32 de la Constitución Nacional)...”*<sup>24</sup>

Como, asimismo, que el: *“...obrar negligente es atribuible al banco demandado por los principios generales de las obligaciones y de los contratos -reseñados precedentemente- que rigen la relación entre las partes, y que en las circunstancias de hecho del caso se encuentran acentuados por el carácter profesional de la actuación del banco como servicio público impropio en el marco de una autorización estatal restringida, donde el principio de buena fe en la ejecución de*

---

*ocurrió en el Hospital Alvarez y en oportunidad en que el codemandado se encontraba prestando tareas como agente de la Ciudad, su actuación debe imputarse directamente al Estado. En efecto, he dicho con anterioridad que “por aplicación de la teoría del órgano (reconocida expresamente por la Corte Suprema en la causa “Vadell”, Fallos 300:2036), la actuación de los médicos dependientes de los hospitales públicos se imputa directamente a la administración. Ello porque, al prestar un servicio público cuya titularidad corresponde al Estado -la salud integral-, el profesional actúa, en tal caso, como un órgano que integra la estructura estatal, formando parte de la organización de los recursos de la salud de la Ciudad y, como tal, atribuye responsabilidad directa al gobierno por los actos que ejecute en el cumplimiento aparente de sus funciones. (conf. mi voto en “Verseckas, Emilia María c. GCBA (Hospital General de Agudos “Cosme Argerich” - Secretaría de Salud) s/ daños y perjuicios”, expte. EXP 3902)...”, del voto del Juez Carlos Balbín, concurrente con la mayoría, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, in re: “M. H. N. c/GCBA y OTROS s/responsabilidad medica”, Expte. 5451, sentencia del 15/03/2005.*

<sup>24</sup> CNACAF, SALA, in re: “Cerviño, Guillermo Alejandro y otros c/BCRA - resol. 147/05 Expte 100657/02)”, Expte. N° 35.570/2005, sentencia del 29/04/2008.

*los contratos adquiere una aplicación diaria porque “casi siempre, el cliente queda en manos de la buena fe del banco, o de sus funcionarios o empleados” (v. Villegas, C.G. “Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria”, t. I, nros. 7, 10 y 88, págs. 16, 19 y 444, ed. 1985)...”<sup>25</sup>*

### **3. 4. Servicio público y actividad aseguradora**

Se ha afirmado, también, la relación existente entre el servicio público y la actividad aseguradora, al sostenerse que: *“...Lo real y cierto, y que aquí interesa, es que la forma en que procedió en relación a la anormalidad advertida por la denunciante no aparece exagerada en relación a la actividad bajo control de la Superintendencia de Seguros. En este sentido se ha dicho en relación a las empresas de seguro un concepto que es trasladable perfectamente a los productores de seguro: “la actividad de las empresas de seguro linda con la prestación de un servicio público, por lo que la autorización que se les otorga sería asimilable a una verdadera concesión del Estado, de lo que se deduce que la fiscalización externa no ha de reducirse al solo control de funcionamiento, veracidad de los balances y estado económico publicados, sino que se proyecta sobre la eficacia de la prestación del servicio” (Guastavino, Elías P., Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial, Buenos Aires, 1987. T. I, p. 329, donde se cita como fuente de la idea el fallo de la sala C de la Cám. Nac. Ap. en lo Comercial de la Capital Federal, in re “Impulso Soc. Coop. De Seguros Ltda.”, del 11/7/78, JA 1979-I-167; confr. asimismo la doctrina de Fallos: 317:1703)...”<sup>26</sup>*

---

<sup>25</sup> CNCOM, Sala D, in re: “Glasberg Esther contra B.B.V.A. Banco Francés S.A. sobre ordinario”, Reg. 77.212/03, sentencia del 07/08/2007.

<sup>26</sup> CNACAF, Sala I, in re: “Nadalig Alberto Ricardo c/ Resol. 26447/99 Superintendencia Seg.”, Expte. 3309/99, sentencia del 15/10/1999.

## 4. Los servicios esenciales

Los denominados “servicios esenciales” han tenido expresa recepción normativa en nuestro país.<sup>27</sup>

La calificación de servicio “esencial” corresponde, en nuestra legislación nacional, a determinadas actividades (que incluyen, desde ya, tanto a servicios sociales como a algunos servicios públicos económicos), a los efectos de establecer limitaciones al ejercicio del derecho de huelga y un régimen específico de tarifas para entidades de bien público.<sup>28</sup>

La ley 25.877, en su Capítulo III relativo a “Conflictos Colectivos de Trabajo”, establece en el art. 24 que: *“...Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. Se consideran esenciales*

---

<sup>27</sup> En el caso “CEPIS”, la Corte Suprema nacional señala que la titularización estatal de una actividad como servicio público a través de una *publicatio* (o calificación formal por parte del legislador), representa un medio o procedimiento para asegurar su prestación y, con ella, los derechos fundamentales reconocidos a los usuarios de servicios públicos, estableciendo en este sentido que: *“...las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación. Se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos...”* Del voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSL, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016.-

<sup>28</sup> La ley 27.218, que instituye un “Régimen Tarifario Específico de servicios públicos para Entidades de Bien Público...” (art. 1), establece en el TÍTULO IV la regulación de los que denomina “SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES”, incluyendo en esta categoría a: 1) el servicio de agua potable y desagües cloacales (art. 14); 2) el servicio público de electricidad (art. 15); 3) el servicio público de gas natural (art. 17 y 18); y 4) el servicio público de telefonía (art. 19 a 21). Estableciendo, a su vez, que: *“Todo servicio que en un futuro sea considerado servicio público esencial debe adecuarse al Régimen Tarifario aprobado por esta ley e incorporar la categoría “Entidades de Bien Público” en sus cuadros tarifarios.”* (art. 24).

*los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo. Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos: a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. b) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo...<sup>29</sup>*

Por su parte, el Decreto 272/2006 establece en su art. 2 que: “La Comisión prevista en el tercer párrafo del artículo 24 de la Ley N° 25.877 se denominará COMISION DE GARANTIAS y estará facultada para: a) Calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no enumerada en el segundo párrafo del artículo 24 de la Ley N° 25.877, de conformidad con lo establecido en los incisos a) y b) del tercer párrafo del citado artículo. b) Asesorar a la Autoridad de Aplicación para la fijación de los servicios mínimos necesarios, cuando las partes no lo hubieren así acordado o cuando los acuerdos fueren insuficientes, para compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga con los demás derechos reconocidos en la CONSTITUCION NACIONAL, conforme al procedimiento que se establece en el presente...”

---

<sup>29</sup> La ley 27.161 establece, por su parte, en su art. 1°, que: “La prestación de los servicios de navegación aérea en y desde el territorio de la República Argentina, constituyen un servicio público esencial, en los términos del artículo 24 de la ley 25.877.” Sobre la huelga en los servicios públicos, ver: López, Justo, La huelga en los “servicios esenciales”, El Derecho, T. 137 p. 918; Cassagne, Juan Carlos, “La huelga en los servicios esenciales”, Ed. Civitas, Madrid, 1993; Vanossi, Reinaldo Jorge, “La huelga en los servicios públicos”, en “Servicio público, policía y fomento”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 463 y sig.; y Simón, Julio, *La nueva regulación de derecho de huelga en servicios esenciales*, La Ley, 30/3/06, 1; entre otros.

Regulando, asimismo, todo lo atinente a los servicios mínimos que de manera obligatoria deben garantizarse, en los arts. 10 a 12.<sup>30</sup>

Normas que, por lo demás, y en función de la limitación de derechos que establecen, deben reputarse como de interpretación restrictiva.

## 5. Servicios públicos generales en el marco normativo legal

### 5. 1. Código Penal

Como ha sucedido desde las primeras normas reglamentarias de la Constitución nacional de 1853, tal como se ha visto en la primera parte de este trabajo, el servicio público ha calificado determinadas conductas a los efectos propios de establecer o agravar sanciones penales.

---

<sup>30</sup> El Art. 10 establece que: “Si las partes no cumplieran con las obligaciones previstas en los artículos 7º, 8º y 9º del presente Decreto, dentro de los plazos establecidos para ello, o si los servicios mínimos acordados por las mismas fueren insuficientes, la Autoridad de Aplicación, en consulta con la Comisión de Garantías, fijará los servicios mínimos indispensables para asegurar la prestación del servicio, cantidad de trabajadores que se asignará a su ejecución, pautas horarias, asignación de funciones y equipos, procurando resguardar tanto el derecho de huelga como los derechos de los usuarios afectados. La decisión será notificada a las partes involucradas y, en caso de incumplimiento, se procederá de acuerdo a lo previsto en el artículo 14 de la presente reglamentación.” Y los arts. 11 y 12 establecen, por un lado, que: “Cuando la actividad de que se trate no se encuentre comprendida dentro del párrafo segundo del artículo 24 de la Ley N° 25.877, el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, de oficio o a pedido de las partes involucradas en el conflicto, convocará a la COMISION DE GARANTIAS, para que proceda a evaluar si se dan los supuestos de los incisos a) o b) del artículo 24 de la Ley N° 25.877 y en su caso, califique excepcionalmente como esencial tal servicio.” Y, por otro, que: “La empresa u organismo prestador del servicio considerado esencial garantizará la ejecución de los servicios mínimos y deberá poner en conocimiento de los usuarios, por medios de difusión masiva, las modalidades que revestirá la prestación durante el conflicto, dentro del plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, antes del inicio de las medidas de acción directa, detallando el tiempo de iniciación y la duración de las medidas, la forma de distribución de los servicios mínimos garantizados y la reactivación de las prestaciones. Asimismo deberá arbitrar los medios tendientes a la normalización de la actividad una vez finalizada la ejecución de dichas medidas.”

En concreto, el actual Código Penal, establece en sus arts. 194 y 255, lo siguiente.

El art. 194 señala que: *“El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años.”*

Y el art. 255 indica que: *“Será reprimido con prisión de un (1) mes a cuatro (4) años, el que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el autor fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo...”*

## **5. 2. Código Civil y Comercial: servicio público y dominio público**

La relación originaria entre servicio público y dominio público ha sido tratada en la primera parte de este trabajo.

Dicha relación persiste en lo que hace al régimen dominial del Estado, aunque ha tenido profundas transformaciones por parte de la reforma constitucional de 1994 y, más recientemente, el Código Civil y Comercial.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> González Moras, Juan Martín, “El régimen dominial del Estado y los recursos naturales”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 374, Suplemento Especial, “II Congreso Nacional de Jóvenes Administrativistas”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2009, pág. 17 y sig.; *“El dominio público y los recursos naturales. El caso del mar territorial argentino”*, Publicado en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXIII – 396, “XXXVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2011, pág. 325 y sig.; y “Régimen dominial del Estado y ‘bienes colectivos’. El caso de las aguas.”, Publicado en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, N°12, RAP, Buenos Aires, marzo de 2012. Sobre la evolución de la dogmática del dominio público, en general, y sobre las consecuencias que en la materia ha implicado la reforma constitucional de 1994, en particular, ver especialmente la excelente obra de Liber Martín: “Derecho de

Abordaremos el estudio de la dogmática del dominio público desarrollada en el Código Civil y Comercial y sus normas complementarias, y sus relaciones con los marcos regulatorios, al momento de tratar el régimen jurídico de los servicios públicos nacionales.<sup>32</sup>

### 5. 3. Servicio público y responsabilidad del Estado

La responsabilidad estatal basada en la falta de servicio tiene, también, su fundamento en la noción de servicio público, y ha sido tradicionalmente concebida como un tipo de responsabilidad civil (antes basada en el art. 1112 del Código Civil y, ahora, por imperio del Código Civil y Comercial, en leyes especiales como la ley 26.944, que regula la responsabilidad del Estado nacional y sus funcionarios).

Pero sobre esto volveremos luego, cuando analicemos en detalle la cuestión de la responsabilidad de los distintos actores de la relación de servicio público (Estado concedente, prestador privado, entes de control y usuarios).

---

Aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pág. 61 y ss.; al cual agregamos, también, los siguientes ensayos: Rebas, Marcos y Carbajales, Juan José, “Los recursos naturales en la Reforma del ’94: aportes para una interpretación constitucional. (El caso de los hidrocarburos)”, en *La Ley*, Sup. Adm. 2011 (junio); Vera, Rodrigo, “El impacto del Artículo 124 de la Constitución Nacional en la dogmática del dominio público en la Argentina”, *Revista RAP* N°363, Buenos Aires, 2008, pág. 124.

<sup>32</sup> La ley 26.221 (Marco regulatorio de provisión de agua potable y cloacas para la concesionaria estatal Agua y Saneamiento S.A.), incluye en sus arts. 113 a 117 el régimen de los bienes comprendidos en el servicio público.



# El servicio público económico

## 1. Introducción

Señalamos anteriormente que, al margen de los principios protectores generales allí incluidos (derecho de acceso al consumo; derecho al trato equitativo y digno; protección de la salud; etc.), el ámbito conceptual que corresponde reservar para el servicio público receptado en el art. 42 de la Constitución Nacional, es el propio del “servicio público económico”; es decir, aquel vinculado estrictamente con actividades referidas o prestadas en condiciones de “mercado”.

Agregaremos, ahora, en primer término, que tanto el Derecho de la competencia como las normas de Defensa del consumo se encuentran subordinadas a los derechos y garantías que allí son reconocidas a los usuarios actuales y potenciales de los servicios públicos.

En segundo término, debemos recordar que dicho ámbito conceptual se encuentra fuertemente interpelado por los llamados “ordenamientos públicos globales”.<sup>1</sup>

En lo que hace a los ordenamientos internacionales de derechos humanos, el servicio público es referenciado como una técnica de cohesión e igualación social debida por los Estados nacionales, que, por su parte, implica, correlativamente, el deber de contribuir a su sostenimiento.<sup>2</sup>

En segundo lugar, y en lo que hace a las regulaciones internacionales del comercio (especialmente, las que lleva adelante la Organización Mundial del Comercio) y del Derecho de la Integración (en nuestro caso particular el Mercosur), el servicio público es regulado como un supuesto de excepción a la normativa del derecho de la competencia, y conceptualmente reducido a la categoría de “*servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales*”, cuyo significado se asimila al de “*todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios*.”

## 2. El concepto de “servicio público económico”

El “servicio público económico”, en nuestro régimen jurídico, y de acuerdo con los argumentos desarrollados hasta aquí, puede ser definido como: ***Toda actividad económica desarrollada con obligatoriedad por parte del Estado o por sujetos particulares especialmente habilitados, en un régimen de derecho público subordinado al cumplimiento efectivo de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, que tiene por objeto la presta-***

---

<sup>1</sup> Sobre la idea de “ordenamientos públicos globales” ver particularmente: Cassese, Sabino, “La crisis del Estado”, LexisNexis, Buenos Aires, 2003; como asimismo, González Moras, Juan M., “Poder de policía global. Intervención y autodeterminación social en el marco de los ordenamientos públicos globales”, op. cit., pág. 51 y sig.

<sup>2</sup> Tal como se adelantó, el art. XXXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que: “*Toda persona tiene el deber de pagar impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos.*”

***ción, mediante entrega de cosas y servicios, en forma continua y de acuerdo con las condiciones de cantidad y calidad que legalmente se impongan, a precios controlados y accesibles, con el fin de satisfacer necesidades materiales que por su incidencia económica o social se constituyan en medio, directo o indirecto, para alcanzar el bienestar general de la colectividad, y cuyo sujeto acreedor es el usuario actual o potencial del mismo, en el marco de una relación de consumo.***<sup>3</sup>

De esta manera, un servicio público económico implica:

1.- “*Toda actividad económica...*”

La calificación de “actividad económica” en sentido estricto, implica una limitación conceptual para esta noción de servicio público.

Estamos ante un concepto restringido de servicio público, que lo diferencia, básicamente, de los servicios públicos generales tratados en los

---

<sup>3</sup> Resulta muy importante destacar, por su amplitud y profundidad, la definición conceptual desarrollada por el Prof. Jorge Luis Salomoni, y de la cual tomamos algunos elementos para complementar la nuestra, donde se sostiene que servicio público “...es toda actividad económica, regular, continua y uniforme, que persigue el propósito público de satisfacer eficazmente las necesidades materiales colectivas a cuyo aseguramiento está obligado el Estado, tanto a través de la prestación per se o por particulares delegados, para alcanzar el bienestar general, y cuyo sujeto acreedor es el contribuyente del erario público, titular del derecho fundamental al acceso al servicio y como usuario a la prestación efectiva del mismo, con preponderancia de sus intereses económicos con relación al sistema de potestades estatales y los derechos del prestador privado del servicio, en un régimen especial de derecho público...” Agregando, a su vez, que: “...el concepto de servicio público, con la reforma de la Constitución de 1994, no es autónomo o enteramente disponible para el legislador *latu sensu*. Sino que está supeditado al sistema de derechos del contribuyente-usuario prescriptos por el artículo XXXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 42 de la CN...” conf. Salomoni, Jorge Luis, “El concepto actual de Servicio Público en la República Argentina”, op. cit. Por su parte, y al margen de las clásicas definiciones que han sido relevadas en la primera parte de este trabajo, pueden verse definiciones contemporáneas del servicio público, al menos, en: Mairal, Héctor A., “El concepto de servicio público en el derecho argentino actual”, en AAVV, “Servicio público, policía y fomento”, Jornadas de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 231; Cassagne, Juan Carlos, “El Contrato Administrativo”, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pág. 179 y sig.; Bianchi, Alberto B., “Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), “Servicio Público y Policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006, pág. 79 y 80; Balbín, Carlos F., “Curso de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2007, Tomo I, pág. 902 y sig.; Pérez Hualde, Alejandro, “El fundamento constitucional del régimen de los servicios públicos”, en AAVV, “Cuestiones de intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento”, Jornadas de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2011, pág. 740.

apartados anteriores, y que –en nuestro régimen constitucional (arts. 42 y 75, inc. 18)- puede ser sometida a un régimen jurídico especial, de derecho público, por medio del cual se persigue, por un lado, asegurar el desarrollo de la actividad y, al mismo tiempo, garantizar determinados derechos y garantías para los usuarios actuales y potenciales del mismo.

2.- “...desarrollada con obligatoriedad...”

La obligatoriedad, tal como luego veremos in extenso al desarrollar los denominados “caracteres” del servicio público, constituye y hace a la existencia de una actividad económica calificada como servicio público.

Constituye el límite constitucional a la regulación económica, entendida tradicionalmente en nuestro país como “poder de policía” (arts. 14, 16, 19, 28, 75, inc. 18, sig. y conc. de la Constitución nacional) respecto de las actividades privadas o, mejor, que permanecen dentro de la esfera de derechos de los particulares.

La obligatoriedad tiene –en el régimen jurídico del servicio público- consecuencias concretas que separan a este tipo de actividad de las típicamente administrativas (dentro de los cuales podemos incluir a muchos de los servicios públicos generales que tratamos en los apartados anteriores), en las cuales la “obligatoriedad” sólo es predicable, de manera general, respecto de las competencias que legalmente tengan atribuidas los órganos u organismos administrativos pero que, en caso de incumplimiento u omisión, no generan de manera directa la responsabilidad del Estado.

La obligatoriedad en la prestación de un servicio público económico, en cambio, supone el reconocimiento de derechos y garantías especificados para los usuarios del mismo y, por ende, un régimen de responsabilidad diferenciado, tanto para el Estado titular de la actividad como para el eventual prestador privado.

3.- “...por parte del Estado o por sujetos particulares especialmente habilitados...”

En nuestro régimen constitucional, el Estado es titular de la actividad económica que sea caracterizada como servicio público y es quien decide la modalidad de su organización y prestación.

La titularidad estatal supone, pues, una “publicatio”, consagración o reserva, que se manifiesta en una calificación (que en algunos casos es constitucional y, en su mayoría, legislativa) formal de que determinada actividad supone la prestación de un servicio público y, por tanto, queda fuera del comercio regulado por el derecho común y regulada por un régimen jurídico de derecho público.

Una vez consagrado, el servicio público puede ser prestado tanto por el Estado (a través de las formas y modalidades de organización que se crean convenientes, es decir, por “administración” o a través de algún tipo de empresa estatal), como por particulares que hayan sido especialmente habilitados para ello a través de alguno de los títulos que nuestro derecho constitucional y administrativo tradicionalmente han admitido: concesiones, licencias o permisos.

La otra figura, muy difundida en las provincias argentinas, es la de la organización y prestación de servicios públicos económicos a través de cooperativas de servicios.

4.- *“...en un régimen de derecho público subordinado al cumplimiento efectivo de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional...”*

El régimen jurídico del servicio público económico, que incluirá a: 1) los marcos regulatorios sectoriales; 2) normas de contratación pública; 3) contratos de concesión y licencias; 4) normativa de control externo; 5) normas de acceso a la información pública; 6) normas de defensa de la competencia y de los consumidores, etc.; se encuentra subordinado al cumplimiento efectivo de los derechos y garantías reconocidos a nivel constitucional (y para todas las jurisdicciones del país), en los arts. 41, 42 y 43.

Estos derechos y garantías especificados deben interpretarse, a su vez, a la luz de las normas internacionales de Derechos Humanos que han sido incorporadas al sistema de fuentes de nuestra Constitución nacional a través del art. 75, inc. 22.

5.- *“...que tiene por objeto la prestación, mediante entrega de cosas y servicios...”*

El objeto de la actividad económica de que se trate puede variar entre la puesta a disposición de los usuarios de bienes (caso de la electricidad, el gas, el agua, etc.) o servicios (el transporte bajo cualquier modalidad, las telecomunicaciones, el correo, etc.).<sup>4</sup>

De cualquier manera, aunque el objeto de la actividad esté vinculado, de manera inmediata, a la provisión o puesta a disposición del usuario de un bien concreto y determinado, siempre se encontrará en el marco de la prestación de un servicio (de allí que las condiciones mínimas de calidad y cantidad de servicio se apliquen en todos los casos), por oposición a lo que sería una actividad destinada únicamente a la producción de bienes.

El objeto de la actividad, desde ya, se encuentra vinculado de manera directa con una necesidad material que, a su vez, justifica y explica la finalidad de todo servicio público: garantizar su satisfacción a los usuarios.

Esta circunstancia hace (que la actividad) sea esencialmente contingente.

No existen en nuestro régimen jurídico (constitucional y legal), servicios públicos por *naturaleza* (como tampoco hay bienes del dominio público por *naturaleza*).

---

<sup>4</sup> Distinción que tomamos de la definición de servicio público de Linares (conf. Linares, Juan Francisco, “Concepto y definición de servicio público”, Revista Argentina de Derecho Administrativo, 1978- Nº19, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, pág. 33 y sig.), y que, creemos, tiene vigencia en razón de las características que poseen determinados bienes que resultan esenciales, no ya para la prestación del servicio público sino para la propia vida humana, como lo es el agua potable. Lo cual lleva a considerar directamente el derecho de acceso al bien y, secundariamente, al servicio público. De esta manera, el servicio público es reconocido claramente como un instrumento de garantía del cumplimiento o de la efectividad de un derecho humano fundamental, lo cual genera o tiene impacto en el régimen jurídico particular de los tradicionales servicios públicos de saneamiento. Así es como se encuentra tematizado esto, por ejemplo, en el Derecho internacional, tal como surge de la Resolución 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 28 de julio de 2010, a través de la cual reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento; la Observación General nº 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho al agua, de noviembre de 2002, entre otros instrumentos.

Que una actividad pueda ser considerada servicio público depende de una calificación (constitucional o legal) que atiende a una realidad cambiante.

Todas las actividades que actualmente son consideradas servicios públicos económicos surgieron como actividades privadas (incluido el correo que constituía una actividad reservada a la corona) pero que, por su influencia económica o social, en determinado momento fueron caracterizadas como servicio público y, por ende, trasladadas de la esfera de derechos de los particulares a la esfera de potestades del Estado.

La calificación o caracterización de una actividad privada como servicio público implica una suerte de expropiación o reserva general que el Estado realiza, no ya sobre un bien o conjunto de bienes, sino sobre una actividad económica.

Por último, y tal como ya lo hemos señalado, el servicio es “público” por un doble orden de razones.

En primer lugar, es “público” en razón de que la actividad ha sido titularizada por el Estado. Pública, entonces, es la actividad que constituye su objeto por oposición a cualquier actividad económica privada.

En segundo lugar, es “público” porque está dirigido y destinado al “público”, en condiciones que aseguren la mayor accesibilidad que, técnica y económicamente, resulten posibles.

6.- *“...en forma continua y de acuerdo con las condiciones de cantidad y calidad que legalmente se impongan...”*

La continuidad y regularidad del servicio público económico hacen a las condiciones concretas de prestación del mismo.

No basta que la actividad se organice y se preste de manera obligatoria sino que, además, deben asegurarse mínimas condiciones de calidad y cantidad de servicio.

Esto es lo que, básicamente, deben resguardar los marcos regulatorios sectoriales (que incluirán los denominados “reglamentos de servicio”), bajo las concretas condiciones impuestas por los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional.

7.- *“...a precios controlados y accesibles...”*

El precio del servicio público económico constituye un dato crucial respecto a la accesibilidad del “público” usuario al mismo.<sup>5</sup>

Ello implica, desde antiguo, un tratamiento diferenciado de la contraprestación que deben pagar los usuarios del mismo, dando lugar a un concepto: la “tarifa” del servicio público.

Tarifas que, conceptualmente, no son otra cosa que una especie del género “precios públicos” y que, en algunos casos, por razones de índole técnica y económica, son desplazadas por “tasas” (en este caso, especie del género “tributos”) mediante las cuales se prorratea el sostenimiento de determinados servicios.

Un servicio público económico requiere, por definición, que el usuario pague al prestador una contraprestación por la cantidad de servicio que ha consumido o que se le ha puesto a disposición.

La contraprestación debida por el usuario (calculada sobre la cantidad de servicio consumido), resulta esencial para calificar a un servicio público como económico. Es, concretamente, lo que hace que el mismo se ofrezca y preste en condiciones de “mercado”.

8.- *“...con el fin de satisfacer necesidades materiales que por su incidencia económica o social se constituyan en medio, directo o indirecto, para alcanzar el bienestar general de la colectividad...”*

Señalamos antes que el objeto y la finalidad del servicio público económico se relacionan y explican uno al otro.

Así como el objeto del servicio (de la actividad económica de que se trate) es esencialmente contingente, la finalidad del mismo, al margen de tender en todos los casos a la satisfacción del bienestar general de la comunidad, cambiará concretamente en el tiempo.

El servicio público económico tenderá así a satisfacer determinadas necesidades materiales directas de la comunidad y, también, a

---

<sup>5</sup> La “accesibilidad” al servicio público ha sido calificada como un principio “rector” por parte de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil II – Sala B, in re: “Bustos, Rebeca Andrea y otro c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo colectivo”, Expte. N° 21060/2016, sentencia del 4 de julio de 2016.



constituirse en garantía de satisfacción de otras necesidades o derechos que no se encuentran directamente implicados en la prestación del servicio.<sup>6</sup>

Las necesidades que satisface el servicio público económico son, pues, tanto directas como indirectas.

En un caso el servicio público económico satisface derechos y garantías especificados en relación directa con el servicio (los mínimos de cantidad y calidad de servicio que el Estado debe asegurar); y, en el otro, resulta una garantía (técnica indirecta para lograr la efectividad de algún derecho) para la satisfacción de derechos que no se encuentran en sí mismos asegurados por el propio servicio.

9.- *“...y cuyo sujeto acreedor es el usuario actual o potencial del mismo, en el marco de una relación de consumo.”*

El sujeto acreedor del servicio público económico es definido como el usuario actual o potencial del mismo, teniendo, a su vez, presente, su condición de contribuyente del erario público.

Y en el marco de una relación de consumo.<sup>7</sup>

Esto tiene varias aristas.

En primer lugar, todos los contribuyentes del erario público, como tales, tienen derecho a una serie de servicios públicos generales (que hemos tratado en los apartados anteriores).

En segundo lugar, algunos servicios públicos económicos, por cuestiones de índole técnica o económica o, incluso, sólo por costumbre,

---

<sup>6</sup> La función de garantía queda claramente expresada por la jurisprudencia nacional al señalar que los servicios públicos imprescindibles, en la actualidad, deben *“...garantizar un estándar mínimo para una satisfactoria calidad de vida...”*, Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil II – Sala B, in re: “Bustos, Rebeca Andrea y otro c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo colectivo”, Expte. N° 21060/2016, sentencia del 4 de julio de 2016.

<sup>7</sup> Tanto la “relación” como el “contrato” de consumo, se encuentran definidos y regulados, con carácter de derecho común o de fondo, por la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 65 de la Ley 24.240; arts. 2 y 5, y el Anexo II, de la ley 26.994, y doctrina de la CSJN de Fallos: 324:4349; 330:133; reiterada, luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, en la causa “Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de La Plata s/ acción meramente declarativa” FLP 43106734/2009, sentencia del 24/05/2016).

son organizados y prestados como verdaderos servicios públicos económicos pero bajo un régimen de contraprestación de tasas (de carácter tributario) por medio de las cuales se prorratea entre los usuarios su sostenimiento.

En este caso, los usuarios son tales, en tanto habitantes de determinado territorio y como contribuyentes del erario público.

Finalmente, los usuarios, como sujetos de derechos constitucionales especificados en los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional, no pueden ser limitados a aquellas personas que se encuentren “actualmente” en una “relación de consumo”.

De allí que debe precisarse que los usuarios son los actuales (aquellos en relación de consumo) o potenciales (aquellos que aspiran a acceder a una relación de consumo pero que, por las razones que fuere, aún no lo han conseguido).

El Estado, como titular del servicio, debe establecer las condiciones necesarias para que los usuarios potenciales puedan, efectivamente, transformarse en usuarios actuales.

Es decir, garantizar el derecho de acceso al consumo o, en nuestro caso puntual, al servicio público.

Cuestión central que tiene implicancias concretas en lo que hace: 1) a la expansión de los servicios; y 2) a las condiciones de acceso y permanencia en cada servicio público.

### **3. Recepción normativa en el ámbito nacional**

#### **3. 1. Marcos regulatorios de servicios públicos nacionales**

Los marcos regulatorios de los servicios públicos nacionales constituyen normas de carácter federal, por medio de las cuales el Estado nacional establece la calificación de una actividad económica como

servicio público (*publicatio*, consagración o reserva) y las condiciones y modalidades de su organización y prestación.

El Estado nacional, a través de estas normas (que califican a la actividad económica de que se trate como servicio público), se transforma en titular de la actividad, lo cual, por necesaria añadidura, implica que federaliza su régimen jurídico.

En efecto, en nuestro régimen constitucional, tal como lo hemos estudiado en la primera parte de este trabajo, y como ha sido interpretado hasta el presente por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, en nuestro régimen jurídico, el servicio público implica la titularidad estatal de la actividad.

Y, por ello, la jurisdicción federal, incluso en aquellos casos en que los servicios públicos sean prestados en territorio de las provincias.

Reseñaremos seguidamente las principales cuestiones atinentes a los actuales servicios públicos nacionales.

### **3. 1. 1. Servicio público nacional y jurisdicción federal: las potestades del Estado nacional para la creación y organización del servicio público**

En materia organización y prestación de servicios públicos, la regla es que la competencia corresponde a las Provincias y, en su caso, a los Municipios, en tanto son autónomas y tienen plenas facultades para darse sus instituciones, y se trata de una facultad no delegada a la Nación (conf. arts. 121, 122 y 123 de la Constitución nacional).<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> El artículo 121 de la Constitución nacional establece que: “*Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.*” Por su parte, el artículo 122 señala que: “*Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.*” Y, finalmente, el artículo 123 que: “*Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.*” Sobre la estructura competencial de las provincias en relación con el gobierno federal, ver: Viale, Claudio M., “La Provincia

La competencia de la Nación (o federal) resulta en la materia de excepción y se encuentra fundada en dos tipos de atribuciones: a) expresas (conf. arts. 42 y 75, incs. 14, 18 y 30, de la Constitución nacional); y b) implícitas (conf. art. 11, 12 y 75, inc. 13, de la Constitución nacional, en materia de regulación del comercio interprovincial).<sup>9</sup>

Señalándose acertadamente en este sentido que las: *“...facultades del Estado nacional, implícitas en materia de servicios públicos, que surgen de las explícitas otorgadas sobre comercio interprovincial, deben ser interpretadas incluyendo todos los poderes razonablemente comprendidos por la norma sin necesidad de introducir un cambio en la hermenéutica de excepción, que se ha visto respaldada por el nuevo contenido del inc. 30 del Artículo 75 CN, con pleno respeto al principio de no interferencia...”*<sup>10</sup>

Existen servicios públicos económicos cuya regulación federal está establecida en la Constitución nacional (servicio de correos; comunicaciones; ferrocarriles) y otros que han sido “federalizados” por

---

en la Constitución Nacional”, en AAVV, XXIX Jornadas nacionales de Derecho Administrativo, AADA, Revista RAP N°309, Buenos Aires, 2004, pág. 285 y sig. Sobre el alcance de la competencia municipal para la regulación de los servicios públicos en las Constituciones provinciales, ver: Pérez Hualde, Alejandro, “Competencia para la regulación de los servicios públicos”, en “Servicio público, policía y fomento”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 293 y sig. Sobre la recepción del concepto de servicio público en las Constituciones provinciales, ver: Buteler, Alfonso, “Derecho Administrativo Argentino”, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, pág. 391 y sig.

<sup>9</sup> Ver en este sentido: Pérez Hualde, Alejandro, “Competencia para la regulación de los servicios públicos”, op., cit., 289 y 290. Ver, además, las posiciones de: Perrino, Pablo Esteban, “Distribución de competencias entre el Estado Federal, las provincias y los municipios para la regulación de los servicios públicos”, en Revista de Derecho Administrativo, LexisNexis, Buenos Aires, 2002, pág. 37 y sig.; y Stortoni, Gabriela, “Federalismo y servicios públicos”, en AAVV, “El derecho administrativo hoy. 16 años después”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013, pág. 113 y sig. Massimo, Leonardo, “La responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos y del Estado”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 437, Buenos Aires, 2015. Sobre las problemáticas que plantea, en la práctica, el denominado “federalismo regulatorio”, ver: Massimo, Leonardo, “El régimen federal y los servicios públicos: los problemas del ‘federalismo regulatorio’”, Cuestiones de Intervención Estatal - Jornadas 2010 - Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2012, pág. 697 y sig.

<sup>10</sup> Pérez Hualde, Alejandro, “Competencia para la regulación de los servicios públicos”, op., cit., 291.

imperio de la denominada “cláusula de comercio” normada en el art. 75, inc. 13, en función de la interjurisdiccionalidad implicada en su organización y prestación.

La Corte Suprema nacional ha establecido, desde antiguo, tal como hemos visto en la primera parte de este trabajo, las bases constitucionales de este reparto de competencias entre la Nación y las Provincias.

De cualquier manera, en su jurisprudencia más reciente, ha sostenido -con toda claridad- que dicha solución se impone por imperio de las cláusulas constitucionales contenidas en los arts. 75, incs. 13, 18 y 30.<sup>11</sup>

Sosteniéndose que: *“...la prestación del servicio público eléctrico está incorporada en la expresión ‘comercio’ del artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional, como así también en los incisos 18 y 30 de ese artículo (Fallos: 305:1847; 320:1302; 322:2624; 323:3949 y 329:595). Ello justifica el sometimiento a la jurisdicción nacional de los contratos ejecutados a través del sistema argentino de interconexión, como así también aquéllos que se realizan por medio de la actuación de quienes*

---

<sup>11</sup> En efecto, ha señalado en este sentido que: *“...una ya arraigada doctrina ha establecido que lo atinente al régimen de la energía eléctrica se inscribe en un marco de regulación federal incorporado al concepto abarcativo que supone la interpretación del art. 75, inc. 13 de la Constitución. Así se lo recordó en Fallos: 320:1302 “En esa inteligencia” -se dijo entonces- “el Congreso dictó las leyes 15.336 y 24.065 y así lo admite la propia demandada al reconocer que es competencia de aquél dictar la legislación destinada a planificar, establecer pautas generales y ordenar la política energética”. Esas facultades -continuaba el fallo- inspiran el régimen legal vigente y a “la luz de tales principios es que debe resolverse si el régimen impositivo provincial, aplicado como lo hace la provincia demandada, pone en crisis ese régimen federal” (considerando 5º) (...) las finalidades de la legislación nacional energética han contemplado a lo largo de su evolución diversos sistemas de tratamiento impositivo, consagrando exenciones frente a la actividad fiscal local (...) La enumeración de la legislación nacional indica que el Congreso ha ejercitado sus facultades sobre la materia de manera compatible con los preceptos constitucionales que lo autorizan para “proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias” mediante “leyes protectoras de estos fines” (conf. inc. 18 del art. 75), al establecer un sistema de exenciones complementado con un régimen que, sin desconocer facultades impositivas provinciales, tiene alcances que obedecen, según los considerandos del decreto 12.588/60, al propósito “de mantener la unidad tarifaria en todas las jurisdicciones territoriales a que corresponden los servicios públicos de que se trata”. Sería, en suma, un comportamiento acorde al principio sentado por el Tribunal en el sentido de que quien tiene el deber de procurar determinado fin tiene el derecho de disponer los medios para su logro efectivo (Fallos: 304:1186)...” conf. CSJN, in re: “Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur S.A.) c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, sentencia del 26/10/1999.*

*operan en el mercado nacional, ya que se encuentra involucrado el comercio federal de energía...*<sup>12</sup>

### **3. 1. 2. Servicios públicos, jurisdicción federal y cláusula ambiental**

Por su parte, cabe resaltar que la Corte Suprema nacional ha debido re-interpretar esta tradicional doctrina a la luz de la incorporación, en la reforma constitucional de 1994, del art. 41.

Estableciéndose a este respecto la necesidad de compatibilizar -con fundamento en el art. 31 de la Constitución nacional y tal como luego analizaremos en profundidad-, las potestades del Estado nacional y las provincias vinculadas con: a) el dictado de normas de presupuestos mínimos ambientales; b) el dictado de normas complementarias por parte de las Provincias en ejercicio de su poder de policía; y c) la regulación de los servicios públicos nacionales.<sup>13</sup>

### **3. 2. Naturaleza de la relación jurídica emergente entre los sujetos del proceso de privatización**

Una cuestión que nos parece muy importante en relación con la aparición de los llamados “entes reguladores”, en el marco de la ley 23.696, está dada por lo que Jorge Salomoni definió como la “publicización” del régimen concesional.

Tal como hemos visto, durante el Primer período regulatorio (dominado por las constituciones de 1853 y 1949), nos encontramos con dos modelos prestacionales (primero, a cargo de particulares y, luego, de la administración fundamentalmente a través de empresas estatales) que, sin embargo, presentan una característica común muy peculiar: el

---

<sup>12</sup> CSJN, in re: E. 429. XL. - “Edesal S.A. c/ San Luis, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ nulidad de actos administrativos”, sentencia del 29/11/2011.-

<sup>13</sup> CSJN, in re: L 400 XXXI - “Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (LITSA) c/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa”, sentencia del 18/11/1999.

régimen legal entre usuario y prestador (tanto privado como público), se entendía regido por normas del derecho privado.

En efecto, a partir del fenómeno de nacionalización de los servicios públicos (enmarcado en la reforma constitucional de 1949), encontramos una unificación de titular y prestador del servicio público nacional en el Estado, utilizándose para dicha prestación, generalmente, entes descentralizados -entre ellos entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades mixtas, sociedades del Estado de la ley 20.705, etc.-, que -a los efectos de la prestación del servicio- excepcionaban en sus leyes de creación y/o estatutos a las normas de derecho público.<sup>14</sup>

El Segundo período regulatorio, iniciado con la ley 23.696, implicará en este aspecto, en parte, un regreso al modelo concesional (1853-1945), como, asimismo, un cambio importante con la incorporación de un modelo de licencias no contractuales (como en el caso de los servicios postales y las telecomunicaciones).

De esta manera, inicialmente, se entendió que el modelo regulatorio, en lo que hace al régimen jurídico aplicable a la relación usuario-prestador (privado), implicaba la necesidad de la aplicación exclusiva de normas del derecho privado.

Necesidad fundada, en este caso, en el argumento que tal exclusión era producto o derivación directa del proceso privatizador.

Sin embargo, Salomoni se encargará de establecer los límites de dicha interpretación, al sostener que la misma adolecía: “...*de una insalvable valla, que a su vez es su principal déficit invalidante, y es la supresión por omisión del ordenamiento jurídico aplicable a dichas concesiones, que en vez de continuar con el régimen de derecho privado, publicizó las*

---

<sup>14</sup> En función de lo cual, resultaba que el régimen jurídico aplicable a la relación usuario-prestador público -en los casos de servicios públicos ubicables dentro de los servicios calificados como “uti singuli” y facultativos, como, por ejemplo: correos y telégrafos, gas, electricidad, teléfono, ferrocarriles, etc.- se estandarizó en un “...*régimen contractual de derecho privado (civil o comercial según los casos), sin perjuicio de las notas de derecho público correspondientes a la índole de la actividad: servicio público...*”, conf. Marienhoff, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, Tº II, pág. 167, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

*relaciones jurídicas emergentes, más allá incluso, de las intenciones de quienes llevaron a cabo el proceso de privatizaciones...*<sup>15</sup>

En función de lo cual, la identificación de los sujetos emergentes del régimen de los servicios públicos privatizados, permitía concluir a este autor que: “...*forman parte necesaria de la relación de servicio público: 1.- Estado concedente- 2.- Concesionario- 3.- Ente regulador- 4.- usuario...*”<sup>16</sup>

La naturaleza de las relaciones implicadas en un régimen de servicio público indican, con toda claridad, dos cuestiones: a) en primer lugar, se establecerá la aplicación directa de la ley de Procedimientos Administrativos Nacional 19.549); b) en segundo término, la jurisdicción Contencioso Administrativa para la resolución de los conflictos que se susciten entre el usuario, el concesionario y el Ente Regulador.

A lo cual, hay que sumar a los artículos 116 y 117 de la ley 24.156, de creación y regulación de la Auditoría General de la Nación, en cuanto le atribuyen el carácter de ente de control externo parlamentario del sector nacional, e incluyen, dentro de su competencia, a la actividad de los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en todo lo relativo con el cumplimiento de las obligaciones emergentes de los respectivos contratos, con independencia de su no pertenencia a los cuadros de la administración.

En función de todo ello, se sigue que el régimen jurídico aplicable para la resolución de los reclamos que el usuario de un servicio público entable a un concesionario, en relación con cualquier cuestión vinculada a la prestación del servicio, estará constituido por normas y criterios propios del derecho administrativo.

---

<sup>15</sup> Salomoni, Jorge Luis, “Esbozo para la identificación del régimen jurídico aplicable a la relación entre los sujetos de un servicio público privatizado”, Revista Actualidad en el Derecho Público N°1/6, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pág. 101.-

<sup>16</sup> Salomoni, Jorge Luis, “Esbozo para la identificación del régimen jurídico aplicable a la relación entre los sujetos de un servicio público privatizado”, op., cit., pág. 102.-



### **3. 2. 1. La “publicización” del régimen jurídico de los servicios públicos nacionales y la competencia del fuero contencioso administrativo federal**

En una primera instancia, en pleno desarrollo de la “reforma” del Estado, la Corte Suprema nacional se pronunciaría a favor de la competencia de la justicia federal en lo civil y comercial.

En la causa “Davaro, Saúl c/ Telecom S.A.”, sentencia de fecha 08/09/1992, se discutió una cuestión de competencia, suscitada en un pleito en el cual un usuario del servicio telefónico privatizado reclamaba contra la empresa concesionaria por una supuesta sobrefacturación.

La Corte, por mayoría y siguiendo lo dictaminado por el Sr. Procurador General, estableció que la causa correspondía a la competencia del fuero federal en lo civil y comercial en tanto no aparecían “... cuestionados actos emanados de la administración nacional o de entes públicos estatales...” que permitieran habilitar la competencia en lo contencioso administrativo federal.

En la disidencia de los Jueces Barra y Fayt, se desarrolló conceptualmente el alcance de la privatización del servicio público a los efectos de comprender el régimen jurídico que le es aplicable a las relaciones entre concesionarios y usuarios. Concluyéndose que, en el caso de la telefonía, la privatización del servicio público no modificaba, en lo sustancial, la regulación de todas las relaciones jurídicas involucradas en su prestación, por normas y principios de derecho administrativo.

Ahora bien, dicho criterio jurisprudencial cambiará con el paso de los años.

### **3. 2. 2. Competencia contencioso administrativa federal en materia de servicios públicos y Entes Reguladores**

La Corte Suprema nacional, ha resuelto que en las causas que los usuarios entablen a efectos de hacer responsables a las empresas pres-

tadoras de servicios públicos privatizados, a fin de obtener el pertinente resarcimiento de daños y perjuicios por la irregular prestación del servicio, de conformidad con las obligaciones que imponen a los prestadores los marcos regulatorios nacionales, corresponde a la jurisdicción federal y, dentro de ésta, a la competencia de los tribunales en lo contencioso administrativo.<sup>17</sup>

En efecto, la Corte Suprema ha sostenido, en general, que corresponden a la competencia del fuero en lo contencioso administrativo federal, aquellas causas en las que “...a los efectos de resolver la pretensión, será necesario examinar las disposiciones que rigen la concesión del servicio y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada, todo lo cual remite a la aplicación de normas y principios propios del derecho público...”<sup>18</sup>

Lo cual ha sido ratificado, posteriormente, en casos en que se encontraba involucrada la responsabilidad de los Entes reguladores creados para prevenir los incumplimientos denunciados por usuarios de servicios públicos nacionales.

Sosteniéndose en este sentido que: “...el fuero en lo contencioso administrativo federal resulta competente para conocer en esta causa. Ello es así, toda vez que la demanda se dirige a obtener una reparación por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento irregular de los entes reguladores en las obligaciones que les son propias en las tareas de verificación y seguridad (v. fs. 98) (...) En tales condiciones, es mi parecer que para la resolución del sub lite se deberán aplicar, de manera sustancial, principios propios del derecho público, atento a que debe examinarse la

---

<sup>17</sup> Sobre esto, en general, ver: Salvatelli, Ana, “La competencia contencioso administrativa”, en Tawil, Guido S. (Director), “Derecho Procesal Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 170; Ávalos, Eduardo, “El proceso contencioso administrativo federal”, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2009, p. 105 y sig.; Hubeñak, Juan Manuel, “La competencia contencioso administrativa y la relación concesionario-usuario para la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, LA LEY, 2001-A, 350.

<sup>18</sup> Del Dictamen del Procurador que la Corte Suprema, por mayoría, hace suyo; CSJN, in re: “Metrovías S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Asociación Vecinal Belgrano C. Manuel Belgrano y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ amparo”, sentencia del 28/07/2005, Fallos: 328: 2716.

*responsabilidad del ENRE y del ENARGAS en el marco de su actuación como organismos de control del servicio público (...) No empece a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público que regulen la materia, se apliquen subsidiariamente disposiciones del derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, prima facie, se encuadra el presente caso (Fallos: 320:1999)...”<sup>19</sup>*

El cambio jurisprudencial, a favor de la competencia del fuero en lo contencioso administrativo federal, salvo en algunos supuestos (casos los que se discuten cuestiones estrictamente contractuales entre usuarios y concesionarios), puede verse, en síntesis, en la jurisprudencia del fuero federal en lo Civil y Comercial.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> CSJN, in re: “Giraldo, Verónica Lorena c/ Edesur S.A. y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 12/06/2007. En la causa, la Corte Suprema hace suyo el Dictamen de la Procuradora Fiscal. La conclusión sostenida partió de la consideración de que: “... de los términos de la demanda se desprende que el objeto de la acción dirigida contra las empresas distribuidoras de electricidad y de gas y contra los entes nacionales de regulación de tales actividades, es obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados por explosión de una caja de distribución de electricidad, que ocasionó la muerte del concubino de la actora y su conocimiento corresponde a la competencia de la justicia federal, puesto que, para resolver la cuestión debatida en autos, deberán analizarse normas de naturaleza federal como son los Marcos Regulatorios de la electricidad y del gas, aprobados por las leyes 24.065 y 24.076...” (Del Dictamen de la Procuradora Fiscal confirmado por la Corte Suprema).

<sup>20</sup> A modo caso testigo, podemos citar lo resuelto en la causa “Proconsumer c/AMX Argentina SA s/ sumarísimo”, Causa n° 7203/11, resuelto por la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial, Sala II, en sentencia del 05/06/2013. Aunque no se registran casos en la jurisprudencia del fuero que lo traten específicamente, este criterio (es decir, el de aceptar implícita y residualmente que existirían cuestiones entre prestadores y usuarios regidas por normas del derecho privado), pareciera ser el receptado en el caso de la Provincia de Buenos Aires, ya que la competencia del fuero contencioso administrativo incluye expresamente en el art. 2, inc. 2° del Código Contencioso Administrativo, a las causas “...que se susciten entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas y usuarios, en cuanto se encuentren regidas por el derecho administrativo”. En general, sobre el alcance de la competencia contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires, ver: Caiella, Pascual y Pittatore, Pamela, “Alcances del nuevo proceso contencioso administrativo bonaerense. Hacia la justiciabilidad plena de la actuación administrativa”, en García Pullés, Fernando (Director) “El contencioso administrativo en la Argentina: Análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Tomo I, 1a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 91 y sig.

Por su parte, es dable destacar que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, fundó la competencia contencioso administrativa para el tratamiento de una disputa en torno a un contrato celebrado por Aguas Bonaerenses SA, concesionario del servicio público de provisión de agua potable y saneamiento en distintos partidos de la Provincia de Buenos Aires, en la noción de que dicho servicio implica asegurar el acceso a bienes que constituyen un “*derecho humano fundamental*”.<sup>21</sup>

### **3. 3. El régimen jurídico del servicio público y las leyes de Defensa del consumidor y de la competencia. Ámbitos de aplicación e implicancias mutuas**

La aplicabilidad de las leyes de Defensa del consumidor y de Defensa de la competencia a los servicios públicos con marcos regulatorios nacionales o provinciales y con específicos entes reguladores o de control, ha generado controversias de distinto tipo.

---

<sup>21</sup> Sosteniendo que: “...si bien la prestación del servicio de agua potable ha sido concedida a una sociedad anónima creada por el decreto 517/2002 su transporte, distribución y provisión, es decir, su acceso por parte de la población, debe entenderse como un derecho humano fundamental (arts. 75 inc. 22, Constitución nacional; 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación General 15 de las Naciones Unidas sobre el derecho al agua, 29º período de sesiones, 2002 especialmente párrafos 1 a 6), que impone a los gobiernos la responsabilidad por su concreción progresiva a través de un marco legislativo y regulador que rija la acción de todos los suministradores del servicio, públicos y privados (ver Informe sobre Desarrollo Humano 2006 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –P.N.U.D. especialmente capítulo 2 Agua para el consumo humano y párr. 17 a 29 de la Observación General 15, cit.) (...) El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de una cantidad suficiente de agua salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico (párr. 2 de la O.G. 15) (...) Finalmente, en el citado informe del P.N.U.D. se destaca que “la infraestructura del agua” objeto del contrato que motiva las presentes actuaciones es crucial para reducir la impredecibilidad y mitigar el riesgo que provoca las profundas desigualdades en el acceso al agua potable (...) Desde esa plataforma, no puedo dejar de destacar que, si bien en la relación jurídica que motiva las presentes actuaciones contrato de locación de obra intervienen dos personas jurídicas no estatales, la finalidad pública que posee el objeto del contrato determina la intervención de los órganos del fuero en lo contencioso...”, SCBA, causa A. 69.021, in re: “Utiliducto S.A. contra Aguas Bonaerenses S.A. Pretensión anulatoria”, sentencia del 8 de julio de 2008.

Las cuales, desde ya, deben ser abordadas de manera sistemática y a la luz de lo normado en el sistema protectorio establecido por el art. 42 de la Constitución nacional, la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial.

### **3. 3. 1. Ley de Defensa del Consumidor y Código Civil y Comercial**

Hemos señalado ya que el efecto más profundo que los “nuevos derechos y garantías” reconocidos por los arts. 41 a 43 de la Constitución nacional vienen a producir, es el de la “nacionalización” del régimen del servicio público en lo concerniente, justamente, a los derechos y garantías de los usuarios.

Esto porque, a partir de dicho plexo normativo, los derechos y garantías allí reconocidos, resultan directamente exigibles en cualquier jurisdicción del país, tanto provincial como federal.

Todo lo cual viene a ser complementado por el sistema protectorio establecido, como derecho de común o de fondo, primero por la Ley de Defensa del Consumidor y, ahora, por el Código Civil y Comercial de la Nación.<sup>22</sup>

Normativa que consolida, por su ámbito de aplicación nacional, una marcada homogeneización de los derechos y garantías de los usuarios de servicios públicos en cada una de las distintas jurisdicciones en que se encuentra dividido el país.

---

<sup>22</sup> El art. 3º de la Ley de Defensa del Consumidor, conforme la redacción dada por la ley 26.361, establece: “*Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley Nº 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.*”

Jurisdicciones que, sin embargo y en lo sustancial, mantendrán sus competencias para regular todo lo atiente con la organización y prestación de los servicios públicos.

Homogeneización de derechos y garantías, con base en las normas incluidas en la Constitución nacional y el sistema normativo de Defensa del Consumidor, que supone, en definitiva, el establecimiento de mínimos (de derechos y garantías) a los que quedan sometidas las regulaciones específicas en las distintas jurisdicciones del país.

El servicio público, desde el punto de vista de las potestades estatales necesarias para organizarlo y ponerlo en funcionamiento, continúa siendo local, es decir, se encuentra primariamente en manos de las provincias y municipios y, sólo por excepción, en manos del Estado nacional. Pero, ahora, en las condiciones establecidas en el marco constitucional nacional y la normativa de fondo establecida por la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial.

El Código Civil y Comercial resulta de aplicación a las relaciones de consumo en las que se encuentre involucrada la prestación de un servicio público (tanto federal como provincial o municipal), en función de que: a) la ley de Defensa del Consumidor es una norma de orden público (art. 65 de la ley de Defensa del Consumidor); y, b) es una norma de derecho común, complementaria del Código Civil y Comercial.<sup>23</sup>

De esta manera, y tal como luego veremos con mayor profundidad, entre los derechos que se garantizan a los usuarios de servicios públicos, en el marco de las relaciones de consumo, encontramos, en general, todo lo vinculado con las disposiciones relativas a los “Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas” (arts. 984 a 989, conforme lo dispuesto por el art. 1117 y sig., con las limitaciones del art. 1121), y, en particular, los reconocidos a los consumidores en los contratos de consumo (arts. 1092 a 1122).

---

<sup>23</sup> Conforme lo normado en los arts. 2 y 5, y el Anexo II, de la ley 26.994, y la doctrina de la CSJN de Fallos: 324:4349; 330:133; reiterada, luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, en la causa “Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de La Plata s/ acción meramente declarativa” FLP 43106734/2009, sentencia del 24/05/2016.

Derechos que resultarán aplicables a un caso concreto conforme lo indicado en los arts. 963 y 964; 7, 12, 1094 y 1095, del propio Código Civil y Comercial.

En el marco de estas relaciones de consumo el Estado (nacional o provincial y municipal), podrá encontrarse, a su vez, en diferentes posiciones. Podrá ser concedente, prestador o ente regulador o de control. Asumiendo, en función de esas diferentes posiciones, diversas obligaciones. Si es prestador, será deudor directo de las mismas; si, en cambio es concedente u órgano de control o regulador, tendrá la doble obligación de: a) contemplarlas al dictar normas regulatorias, como por ejemplo, en la aprobación de los reglamentos de servicio, los cuadros tarifarios, etc.; y b) hacerlas cumplir por parte de los prestadores, tanto públicos como privados.

En cualquier caso, la legislación específica que rige la prestación de servicios públicos, en todas las jurisdicciones, debe adecuarse a los estándares y principios establecidos en el sistema protectorio de la Ley de Defensa del consumidor y el Código Civil y Comercial.<sup>24</sup>

La Corte Suprema nacional, por su parte, sostuvo que: “...el carácter de orden público de la ley nacional de protección al consumidor (art. 65)

---

<sup>24</sup> CNCAF, sala II, in re: “Ciancio, José M. c/Enargas”, LL 1999 B-526. Desde la doctrina, y en lo tocante a la interpretación del art. 25 de la ley 24.240, se sostenía que: “...nos parece que debe diferenciarse la situación que se plantea: -Como regla general, el Derecho del consumidor, como microsistema autónomo de rango constitucional, tiene precedencia lógica respecto de otros subsistemas, lo que quiere decir que debe buscarse siempre la solución conforme a sus propias normas, si éstas dan una solución clara, aunque sea contraria a otras legislaciones especiales. - En el Derecho argentino rige la interpretación más favorable (art. 3º, ley 24.240) y la precedencia normativa constitucional, así como la integración con otras normas en el supuesto de ausencia de regulación específica. - La referida ley es de aplicación principal a la relación interna de la empresa con el Estado, y al control, que es el término referido por la norma. - Para el caso de falta de solución, puede integrarse con los principios constitucionales y con las normas relativas a otras legislaciones especiales en base al criterio de la armonización y de la aplicación supletoria...” Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, 1º edición, Santa Fe, 2003, pág. 48 y 49. Sobre la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a los servicios públicos luego de la reforma de la ley 26.361, ver: Massimino, Leonardo, “La ley de Defensa del Consumidor y su incidencia en los contratos públicos”, en Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2014, pág. 57 y sig.; y Perrino, Pablo E., “Algunos comentarios acerca del régimen jurídico de protección de los usuarios de servicios públicos”, ídem, pág. 75 y sig.

*no impide que las provincias e incluso las municipalidades, dentro de sus atribuciones naturales, puedan dictar normas que tutelen los derechos de los usuarios y consumidores, en la medida que no los alteren, supriman o modifiquen en detrimento de lo regulado en la norma nacional...*<sup>25</sup>

El Juez Lorenzetti, adhiriendo en su voto a lo sostenido por el Procurador, agregó que: “...cuando el art. 25 de la ley 24.240 dispone que ‘los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose esa ley supletoriamente’, ello significa que la supletoriedad debe ser entendida como su aplicación en ausencia de previsión, pero no una subordinación del microsistema del consumo. En supuestos de pluralidad de fuentes, no cabe la solución jerárquica, sino la integración armónica...”<sup>26</sup>

Posteriormente, y ya dictada la ley 26.361, el fuero contencioso administrativo federal agregó que: “...si bien como principio, el prestador se halla obligado al cumplimiento de las normas de defensa del consumidor (...) se debe también resguardar la competencia asignada al ente regulador de la actividad de que se trate, que se encuentra específicamente asignada a los efectos de vigilar, mediante los dispositivos adecuados, el cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias vigentes en orden al cumplimiento y desenvolvimiento del servicio involucrado en la cuestión (...) Así, la Secretaría de Industria y Comercio tiene a su cargo el control del servicio cuyo incumplimiento motiva la denuncia, en todos aquéllos aspectos que se relacionen con la atribución conferida de velar por los derechos del consumidor a la luz de las previsiones contenidas en la ley 24.240, y en tanto no se vinculen directamente con la prestación misma del servicio, cuya supervisión se encuentra a cargo del ente regulador correspondiente, a quien incumbe el control de la actividad desarrollada por las empresas que comercialicen el servicio de que se trate (conf. CN-

---

<sup>25</sup> Del Dictamen del Procurador Fiscal Subrogante, que hace suyo la Corte Suprema; CSJN; Causa E. 115. XXXIX, “Edelar S.A. s/inconstitucionalidad”, sentencia del 8 de mayo de 2007.-

<sup>26</sup> CSJN, causa E. 115. XXXIX, “Edelar S.A. s/inconstitucionalidad”, sentencia del 8 de mayo de 2007. Voto del Juez Lorenzetti, concurrente con el de la mayoría.



*Cont. Adm., Sala II, fallo del 5/5/09 “CTI PCS SA c/DNCI-Disp. 138707 (ex. S01:298879/02)”;* esta Sala fallo del 6/8/02 “*Telefónica Comunicaciones Personales S.A. c/DNCI-Disp. 524/01 (ex. 607/84/98)”;* Sala IV fallo del 9/6/10 “*CTI PCS SA c/DNCI-Disp. 273/07 (ex. S01:235050/04)”...*”<sup>27</sup>

A su vez, y en lo que hace a las autoridades de aplicación locales de la ley 24.240 y la competencia provincial o federal para entender en las acciones que se deduzcan en contra de sus actos administrativos, la Corte Suprema, en fecha 1 de noviembre de 2011<sup>28</sup>, resolvió, por mayoría, seguir el criterio de la Procuradora Fiscal que manifestó al respecto que cuando: “...una empresa prestadora del servicio telefónico impugna la imposición de una multa por parte de la autoridad local del régimen de defensa de usuarios y consumidores, la Corte asignó el conocimiento de la causa a la justicia federal (conf. Fallos: 327:5771 y 330:11)...”, sin perjuicio de lo cual correspondía examinar si las reformas que la ley 26.361 introdujo al régimen de la ley 24.240 modificaban esta conclusión.

En este sentido, entendió que: “...Una primera y literal visión de las normas involucradas parecería indicar que, a partir de las últimas modificaciones legales, las autoridades locales, estarían habilitadas para controlar a las empresas sujetas a un régimen específico de carácter federal e incluso para aplicarles sanciones por su incumplimiento.

*Sin embargo, una conclusión como la recién indicada desconocería el sistema de distribución de competencias entre el Estado Nacional y las jurisdicciones locales en orden a la regulación y control de servicios sometidos a legislación federal, en los que existen órganos específicos de control, con riesgo incluso de desarticular el régimen de estos servicios, circunstancia que exige un examen más profundo de esta situación que atienda a todas las cuestiones en juego...”*

---

<sup>27</sup> CNAF, Sala III, in re: “EDESUR SA c/DNCI-Disp. 452/11(Expte. 39872/10)”, causa N° 43001/2011, sentencia del 25/09/2012.

<sup>28</sup> CSJN, in re: “Telefónica de Argentina SA c/Dirección de Fisc. Cont. Y Def. del Consum. s/ recurso de queja”, sentencia del 1 de noviembre de 2011. El voto de la mayoría señaló que, en el caso, resultaba de aplicación la doctrina de los precedentes “Telefónica Argentina SA s/ deduce inhibitoria” (Fallos: 327:5771 y 330:2115), a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad. Los jueces Lorenzetti y Argibay se remitieron a las disidencias que suscribieron en la causa registrada en Fallos: 330:2115.

Para, finalmente, concluir que: *“..la opción contemplada en la ley 24.240, con la reforma de su similar 26.361, a favor de los usuarios de los servicios de presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por la legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la ley de defensa del consumidor, no puede significar que se sustituya al ente regulador en el ejercicio de las competencias que le son propias y que le fueron asignadas por el legislador federal, pues no parece lógico concluir que los marcos regulatorios de regímenes específicos queden sujetos a la interpretación de las distintas y más diversas autoridades o organismos locales.*

*Lo expuesto de ninguna manera implica entender que se deba excluir la aplicación de la ley de defensa del consumidor a los servicios públicos sino que, por el contrario, los reclamos de los usuarios basados en normas de derecho común serán propios de la competencia de las autoridades locales, mientras que aquellos otros en los que sea necesario la interpretación y aplicación de los marcos regulatorios de los servicios sometidos a legislación federal serán resueltos por los órganos federales.”<sup>29</sup>*

### **3. 3. 1. 1. El “Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo” creado por la Ley 26.993**

La última normativa relevante en la materia está dada por la creación del “Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo”, aprobado por la ley 26.993 del 18 de septiembre de 2014.

Norma que estableció: a) el “Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC)...”, de actuación a “...a nivel nacional mediante su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las

---

<sup>29</sup> La Corte Suprema nacional, luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, ha señalado que: *“...al haber intervenido en el sub lite una autoridad provincial, que se limitó exclusivamente a aplicar una norma de derecho común, complementaria de los preceptos contenidos en el Código Civil y Comercial (Fallos: 324:4349 y 330:133), corresponde que su apelación tramite ante la justicia provincial, de acuerdo con el procedimiento específicamente establecido en esa jurisdicción...”*, CSJN, “Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de La Plata s/ acción meramente declarativa” FLP 43106734/2009, sentencia del 24/05/2016.

*dependencias, delegaciones u oficinas fijas o móviles que se establezcan en el resto del país.*” (art. 1°); b) el “Registro Nacional de Conciliadores en las Relaciones de Consumo en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos” (art. 4°); c) la “Auditoría en las Relaciones de Consumo”, en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, que será ejercida por los Auditores en las Relaciones de Consumo, los cuales se constituirán como autoridad independiente, con carácter de instancia administrativa, respecto de las controversias que correspondan que versen sobre la responsabilidad por los daños regulados en el Capítulo X del Título I de la ley 24.240 y sus modificatorias, promovidas por los consumidores o usuarios comprendidos en el artículo 1° de la citada ley, hasta la suma equivalente al valor de quince (15) Salarios Mínimos, Vitales y Móviles. (arts. 22 y 27)<sup>30</sup>; y d) la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo, con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde la ejercerán los Jueces Nacionales de Primera Instancia en las Relaciones de Consumo y la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo; y en el resto del país, a través de las Cámaras de Apelaciones que correspondan, para los casos previstos en los incisos b) y c) del artículo 45 de la ley 26.993 (arts. 41 a 49).<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Conforme el art. 27 de la ley: “En el marco de dichas controversias, el Auditor se encuentra facultado para revisar la desestimación de las causales de justificación de la incomparecencia del proveedor o prestador a la audiencia celebrada en el COPREC y, excepcionalmente, para revocar la multa impuesta de conformidad con lo establecido en el artículo 16; en ningún caso, ello importará la reapertura del procedimiento conciliatorio ante el COPREC.”

<sup>31</sup> El art. 42 establece, a su vez, que: “La Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo será competente en las causas referidas a relaciones de consumo regidas por la ley 24.240, sus modificatorias y toda otra normativa que regule relaciones de consumo y no establezca una jurisdicción con competencia específica, en aquellas causas en las cuales el monto de la demanda, al tiempo de incoar la acción, no supere el valor equivalente a cincuenta y cinco (55) Salarios Mínimos, Vitales y Móviles.” Y el art. 45 que: “La Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo actuará: a) Como Tribunal de Alzada de los Juzgados Nacionales creados por el artículo 43 de la presente ley; b) Como Tribunal competente en el recurso directo previsto en el artículo 39 de esta ley; c) Como instancia judicial revisora de las sanciones administrativas aplicadas en el marco de las leyes 22.802, 24.240 y 25.156, y sus respectivas modificatorias, o las que en el futuro las sustituyan. A tal efecto, no se encontrará limitada por el monto establecido en el artículo 42 de la presente ley.”

El “Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo” se establece como una normativa complementaria de la ley de Defensa del Consumo y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que resulta de aplicación supletoria, salvo en materia de plazos, que se cuentan por días hábiles administrativos (art. 5°).

En el caso de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo, solo puede intervenir una vez agotada la instancia previa de conciliación, se establece un procedimiento ágil, que reconoce legitimación amplia<sup>32</sup>, con patrocinio jurídico gratuito del consumidor o usuario, y gobernado por los principios de “...celeridad, intermediación, economía procesal, oralidad, gratuidad y protección para el consumidor o usuario, de conformidad con lo establecido por el artículo 42 de la Constitución Nacional y por la ley 24.240 y sus modificatorias...” (arts. 50 a 57).

### 3. 3. 2. Defensa de la Competencia y servicio público

La protección de los usuarios será, también, el concepto que ordenará la aplicación de la legislación de Defensa de la Competencia al ámbito de los servicios públicos nacionales.

Ello es lo que establece claramente la Ley de Defensa del Consumidor en su art. 3 al señalar que: “...Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial...”

---

<sup>32</sup> El art. 51 establece que: “Se encuentran legitimados para iniciar las acciones o interponer los recursos previstos en esta ley: a) Ante los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en las Relaciones de Consumo, las personas enunciadas en los artículos 1° y 2° de la ley 24.240 y sus modificatorias, la autoridad de aplicación de dicha ley y de las leyes 22.802 y 25.156 y sus respectivas modificatorias, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y debidamente registradas, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público; b) Ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo, las personas enunciadas en los artículos 1° y 2° de la ley 24.240 y sus modificatorias, la autoridad de aplicación de dicha ley y de las leyes 22.802 y 25.156 y sus respectivas modificatorias, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y debidamente registradas, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público.”

La Cámara Nacional en lo Civil y Comercial estableció a este respecto que la intervención que le corresponde a los entes reguladores de servicios públicos creados por los marcos regulatorios nacionales (y prevista en el 16 de la ley 25.156), está justificada por la obligación que pesa sobre los mismos de “proteger adecuadamente los derechos de los usuarios” asegurando la “operación” y “confiabilidad” del servicio, lo que incluye el cumplimiento de los contratos de concesión y la fijación de tarifas justas y razonables.

Contando, pues, con facultades para intervenir a efectos de cumplir con su competencia en el caso de las “reglas del mercado” permitieran la adquisición de una empresa prestadora de servicios públicos que no se encuentre en condiciones técnicas (acreditación de la condición de operador técnico de quien esté a cargo del servicio) de asegurar la adecuada prestación del servicio público.

La Cámara sostuvo concretamente que: *“...quien no tiene la tecnología ni la experiencia en la explotación del servicio público que pretende controlar no reúne las condiciones para ingresar al mercado en términos competitivos, sino porque además, esa falencia se traducirá, tarde o temprano, en la afectación del interés de los usuarios, cuya protección le incumbe -por mandato legal expreso- al Secretario de Comercio Interior (...). No en vano, el constituyente ha prescripto la protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en el mismo artículo en que exige la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y, asimismo, la eficacia del marco regulatorio de los servicios públicos (art. 42 de la Constitución nacional), ello, como un modo de implicar la acción coordinada de todas las agencias del gobierno federal en la prosecución armónica de esos trascendentes objetivos...”*<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> CNCIV Y COMFED, Sala III, in re: “PETROBRAS ENERGIA S.A. y otro s/ apel. resol. Comisión Nac. Defensa de la Compet.”, Expte. N° 2341/07, sentencia del 21/06/2007. La Cámara consideró que: *“...Profundizando el desencuentro entre el objeto social de la controlante y la actividad relativa al servicio público involucrado en la operación, el ente explica que, si bien es cierto que toda la actividad económica es especulativa, no lo es menos que la cuestión central radica en establecer dónde se acentúa tal especulación; y es -prosigue- desde el marco regulatorio que debe darse respuesta a ese interrogante teniendo en cuenta que la evolución de las cuestiones financieras se impone -en el caso de los Fondos- sobre otras, tales*

## 4. Actuales servicios públicos económicos nacionales

Seguidamente, efectuaremos una breve reseña de las normas de creación y organización de los actuales servicios públicos económicos nacionales.

### 4. 1. Telecomunicaciones

El régimen del servicio público de telecomunicaciones deriva del originalmente consagrado para el servicio de telégrafos.

Actualmente, la regulación de este servicio público incluye a las siguientes normas nacionales: a) La ley 19.798; b) el Decreto N°764/2000 y sus normas reglamentarias<sup>34</sup>; y c) la ley 27.078 y sus normas reglamentarias.

Trataremos el esquema regulatorio del servicio de telecomunicaciones dentro del capítulo destinado al “Servicio Universal”.

---

*como el riesgo asumido por el accionista comprometido con la actividad y las vicisitudes propias de esta última (...) Es decir que, según el ENRE, el contexto económico y regulatorio en el que se desarrolla la actividad del transporte de energía cede, en el caso de los Fondos, frente a negocios meramente especulativos (...) Entre los objetivos de política nacional en materia de transporte de electricidad se encuentran los de “Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios”, al igual que la “operación” y “confiabilidad” de los servicios e instalación de transporte y distribución de electricidad; también el de “Regular las actividades del transporte y la distribución de electricidad, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables”, lo que armoniza con “Incentivar el... transporte de la electricidad fijando metodologías tarifarias apropiadas” (art. 2, incisos a, c, d y e de la ley 24.065) (...) Por otro lado, el ENRE está expresamente facultado a hacer cumplir tales objetivos y, entre otras cosas, a “Requerir de los transportadores y distribuidores los documentos e información necesaria para verificar el cumplimiento de esta ley, su reglamentación y los respectivos contratos de concesión” (art. 56, incisos a, y n, ley cit., el subrayado no es del original); su directorio puede, además de asesorar al Poder Ejecutivo en materias de su incumbencia, “realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de las funciones del ente y los objetivos de la presente ley” (art. 63, incisos c y g de la ley cit.)...*

<sup>34</sup> En lo que hace al espectro radioeléctrico, debe recordarse que el Decreto N°768/00, en su art. 13 establece: “...A los efectos de la planificación estratégica del uso del Espectro Radioeléctrico y de la gestión de posiciones orbitales para satélites de telecomunicación, la Autoridad de Aplicación realizará las siguientes acciones: ...1) Priorizar las asignaciones para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, de resultar necesario el uso del Espectro Radioeléctrico...”

## 4. 2. Servicios públicos de provisión de agua potable y cloacas

Por ley 26.221 se determinó el carácter de servicio público de la prestación del servicio de provisión de agua potable y cloacas en un ámbito territorial que incluye a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a 14 municipios de la Provincia de Buenos Aires.

En efecto, el art. 2 de la Ley 26.221 señala: “*Caracterízase como servicio público a la prestación del servicio de provisión de agua potable y colección de desagües cloacales teniéndose como concesionaria a la Sociedad Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima en los términos del artículo 1º del Decreto N° 304 de fecha 21 de marzo de 2006, ratificada mediante Ley N° 26.100.*”<sup>35</sup>

## 4. 3. Transporte y distribución de electricidad

La ley 24.065, aprobada en medio del proceso de “reforma” del Estado, segmentó la actividad, deslindando la generación, el transporte y la distribución de energía eléctrica.

---

<sup>35</sup> Por su parte, en el Anexo II, marco regulatorio del servicio, se establece: “*CAPITULO I: GENERAL. ARTICULO 1º. — DEFINICION DEL SERVICIO: El servicio público regulado por el presente Marco Regulatorio se define como la captación y potabilización de agua cruda, transporte, distribución y comercialización de agua potable; la colección, transporte, tratamiento, disposición y comercialización de desagües cloacales, incluyéndose también aquellos efluentes industriales que el régimen vigente permita se viertan al sistema cloacal y su fiscalización. Estarán igualmente alcanzados por esta norma y sus principios, los servicios de carácter social definidos por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios en los Planes de Acción u otros relacionados con esta prestación.*” A su vez, el art. 7º establece lo que denomina las “CONDICIONES DE PRESTACION” del servicio, señalando que: “*El servicio público de abastecimiento de agua potable y desagües cloacales debe ser prestado en condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, calidad, y generalidad, de manera tal que se asegure su eficiente prestación a los Usuarios y la protección del medio ambiente, en los términos de este Marco Regulatorio, y las reglamentaciones técnicas vigentes. La Autoridad de Aplicación, con intervención del Ente Regulador, aprobará y/o intervendrá, según corresponda, en las modificaciones a dichas reglamentaciones, las que podrán ser requeridas por la Concesionaria.*”

En este marco, sólo el transporte y la distribución de electricidad permanecerán regulados como servicio público.

En efecto, el art. 1º de la ley 24.065 establece: *“Caracterízase como servicio público al transporte y distribución de electricidad. Exceptúase, no obstante su naturaleza monopólica, el régimen de ampliación del transporte que no tenga como objetivo principal la mejora o el mantenimiento de la confiabilidad que, en tanto comparta las reglas propias del mercado, será de libre iniciativa y a propio riesgo de quien la ejecute. La actividad de generación, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público será considerada de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo.”*<sup>36</sup>

#### **4. 4. Transporte y distribución de gas natural**

La ley 24.076 establece un sistema similar al de la ya comentada ley 24.065.

Señala en su art. 1º que: *“La presente ley regula el transporte y distribución de gas natural que constituyen un servicio público nacional, siendo regidos por la ley 17.319 la producción, captación y tratamiento. La ley 17.319 solamente será aplicable a las etapas de transporte y distribución de gas natural, cuando la presente ley se remita expresamente a su normativa.”*<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Cabe señalar que el Decreto 1398/92, en su Anexo I, indica: *“ARTICULO 1º: Atribúyese el carácter de servicio público a la actividad de distribución de energía eléctrica por su condición de monopolio natural. Su regulación deberá consistir en la fijación de las tarifas a aplicar y en el control de la calidad de la prestación del servicio. Caracterízase a la actividad de transporte como un servicio público por su naturaleza monopólica. No obstante lo cual, comparte las reglas propias del mercado por las particularidades que presenta en lo atinente a su expansión (...) La actividad de generación de energía eléctrica por responder al libre juego de la oferta y la demanda debe ser sólo regulada en aquellos aspectos y circunstancias que afecten el interés general...”*

<sup>37</sup> El art. 4º establece que: *“El transporte y distribución de gas natural deberán ser realizados por personas jurídicas de derecho privado a las que el Poder Ejecutivo Nacional haya habilitado mediante el otorgamiento de la correspondiente concesión, licencia o permiso previa selección por licitación pública, excepto aquellos derivados de la aplicación del artículo 28 de la ley 17.319. En esta ley el término “habilitación” comprenderá la concesión, la licencia y el permiso, y el término “prestador” comprenderá al concesionario,*



## 4. 5. Servicio público de correos

El servicio público de correos es el más antiguo de nuestro país.

De hecho, tiene un reconocimiento constitucional propio en el art. 4 y el actual art. 75, inc. 14.<sup>38</sup>

Actualmente, es uno de los servicios públicos nacionales que ha sido desmonopolizado y cuya prestación comparten: a) un concesionario estatal (Correo Argentino S.A.), sin exclusividad; y b) Licenciatarios privados.

Todos en régimen de competencia, de conformidad con lo establecido en el actual marco regulatorio regulado por los Decretos N°1187/93 y N°115/97 y sus normas de aplicación.

Lo cual será analizado posteriormente, al tratar sobre el “Servicio Universal”.

---

*al licenciatario y al permisionario. El Poder Ejecutivo Nacional determinará, en cada caso, la modalidad a adoptar. El Estado nacional y las provincias, por sí, o a través de cualquiera de sus organismos o empresas dependientes, sólo podrán proveer servicios de transporte y distribución en el caso de que, cumplidos los procedimientos de licitación previstos en la presente ley no existieren oferentes a los que pudiere adjudicarse la prestación de los mismos o bien si, habiéndose adjudicado tales servicios, se extinguiere la habilitación por alguna de las causas previstas en la misma y se diere aquella situación.”*

<sup>38</sup> El art. 4 de la Constitución nacional establece: “El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.”; por su parte, el art. 75, inc. 14 señala que corresponde al Congreso de la Nación: “Arreglar y establecer los correos generales de la Nación.” Debe tenerse presente que el Decreto 1075/2003, por medio del cual se rescindió por culpa del Concesionario el Contrato de Concesión suscripto entre el Estado Nacional y la empresa Correo Argentino S.A., destacó en sus considerandos que: “...es importante tener en cuenta que el correo es un servicio público esencial remunerado, que la CONSTITUCION NACIONAL ha puesto originariamente en cabeza del Estado Nacional, particularmente del Congreso de la Nación, para su “arreglo y regulación”. Que atento a la naturaleza del servicio prestado, como servicio público esencial, debe interpretarse que el canon constituye una renta debida al Estado Nacional, que se suma a los restantes recursos públicos con los cuales éste hace frente al cumplimiento de las necesidades básicas de la Nación. Que atento al carácter esencial que reviste el servicio público de correo, resulta indispensable asegurar la continuidad de su prestación. Que asimismo, en resguardo de los intereses del Estado Nacional, deben adoptarse las acciones conducentes a la preservación de los bienes afectados al referido servicio público...”

## 4. 6. Transporte automotor y ferroviario de pasajeros

Los servicios de transporte de pasajeros tienen particular importancia en materia ferroviaria y automotor.<sup>39</sup>

### 4. 6. 1. Servicios de transporte automotor urbano de pasajeros

La regulación del transporte automotor de pasajeros se dará con el dictado del Decreto N°656/94.

El Decreto, en su art. 6° clasifica los servicios de transporte automotor en: a) Servicios Públicos; b) Servicios de Oferta Libre.

Por su parte, en el art. 7° establece que: *“Constituyen servicios públicos de transporte de pasajeros urbano o suburbano, todos aquellos que tengan por objeto satisfacer con continuidad, regularidad, generalidad, obligatoriedad y uniformidad, en igualdad de condiciones para todos los usuarios, las necesidades comunitarias de carácter general en materia de transporte...”*

Y en el art. 8° que: *“Los servicios de transporte automotor de pasajeros urbano y suburbano no comprendidos en los alcances del artículo 7° del presente decreto, constituyen servicios de oferta libre de transporte automotor de pasajeros en el ámbito urbano y suburbano. Estas prestaciones deberán adecuarse a las modalidades previstas en el presente decreto y a las normas complementarias que para su implementación y ejecución dicte la Autoridad de Aplicación de Aplicación.”*

A su vez, en el art. 17, se establece al *permiso* como la modalidad de delegación del servicio público.

En efecto, allí se indica que: *“La explotación de los Servicios Públicos se desarrollará mediante permisos otorgados por la Autoridad de Aplicación. Los permisos tendrán una vigencia de DIEZ (10) años renovables*

---

<sup>39</sup> El proceso de privatización del transporte terrestre ha sido estudiado en profundidad en: Canosa, Armando N., “Régimen administrativo del transporte terrestre”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.

*automáticamente por períodos iguales a petición de los interesados, salvo que la Autoridad de Aplicación considere fundadamente que existen causales vinculadas al desempeño del operador o a la funcionalidad o estructura futura del sistema de transporte, que aconsejen la no renovación del permiso.*<sup>40</sup>

## **4. 6. 2. Transporte automotor interurbano de pasajeros**

El Decreto N°958/92, con las modificaciones introducidas por el Decreto N°808/95, estructuró el ordenamiento reglamentario vigente en materia de transporte por automotor interurbano de pasajeros de jurisdicción nacional incorporando criterios de mayor desregulación en materia de prestación y operación de servicios.<sup>41</sup>

Ello, en el marco de la ley 12.346 y sus modificaciones, la ley 23.696 de reforma del Estado, los Decretos reglamentarios N°27.911, del 17 de

---

<sup>40</sup> El art. 23 del Decreto 656/94 establece que: “Son obligaciones del permisionario: a) Dar cumplimiento a todas las obligaciones que se deriven del permiso, y en virtud de ello prestar el servicio bajo las pautas de continuidad, regularidad, generalidad, uniformidad en igualdad de condiciones y obligatoriedad. b) Respetar las pautas tarifarias establecidas. c) Contratar los seguros que amparen los riesgos vinculados con la prestación del servicio, con los usuarios y con terceros transportados y no transportados. d) Habilitar técnicamente la totalidad de los vehículos asignados a los servicios. e) Poseer la totalidad de los conductores la Licencia Nacional Habilitante vigente. f) Disponer de instalaciones adecuadas tanto para el descanso del personal como para la internación de los vehículos que conforman el parque móvil asignado a los servicios. Tales instalaciones deberán adecuarse a las normas de higiene y seguridad del trabajo y a las disposiciones municipales de ordenamiento urbano en vigencia. g) Presentar ante la Autoridad de Aplicación la información estadística y contable que se requiera. h) Dar cumplimiento a las obligaciones fiscales y previsionales correspondientes. i) Facilitar a la Autoridad de Aplicación la información vinculada con la operación general de los servicios a cargo del permisionario. j) Acreditar el pago correspondiente a la Tasa Nacional de Fiscalización del Transporte. k) Demás obligaciones que determine la Autoridad de Aplicación.”

<sup>41</sup> Concretamente, el Decreto N°958/92 establece en su art. 1°, que: “El presente Decreto de aplicará al transporte por automotor de pasajeros por carretera que se desarrolle en el ámbito de la jurisdicción nacional, que comprende el transporte interjurisdiccional: a) Entre las Provincias y la Capital Federal; b) Entre Provincias; c) En los Puertos y aeropuertos nacionales, entre ellos, o entre cualquiera de ellos y la Capital Federal o las Provincias. Queda excluida de la aplicación del presente el transporte de personas que se desarrolle exclusivamente en la Región Metropolitana de la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo con las delimitaciones que establezca la autoridad de aplicación del presente.”

abril de 1939, y N°1929, del 3 de diciembre de 1987, sus modificatorios y complementarios y el Decreto N°2284, del 31 de octubre de 1991.<sup>42</sup>

En el art. 3°, el Decreto 958/92 indica que: “*El transporte automotor definido en el artículo 17 se clasifica en: a) Servicios públicos. b) Servicios de tráfico libre. c) Servicios ejecutivos. d) Servicios de transporte para el turismo...*”

En el art. 13, se establece que: “*Constituye servicio público de transporte de pasajeros, todo aquel que tenga por objeto satisfacer con continuidad, regularidad, generalidad, obligatoriedad y uniformidad en igualdad de condiciones para todos los usuarios, las necesidades de carácter general en materia de transporte. La autoridad de aplicación tomará intervención en la reglamentación de los servicios públicos, en el otorgamiento de permisos, en la determinación de recorridos, frecuencias, horarios y tarifas máximas, y en la fiscalización y control de los mismos.*”<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> En la Resolución 995/2013 del Ministerio del Interior y Transporte, se considera que: “...el transporte interurbano de pasajeros por el modo automotor constituye un servicio esencial para la comunidad, cuya prestación el ESTADO NACIONAL debe asegurar en forma general, continua, regular, obligatoria y uniforme, en igualdad de condiciones para todos los usuarios. Que el Decreto N° 958 de fecha 16 de junio de 1992 con las modificaciones introducidas por el Decreto N° 808 de fecha 21 de noviembre de 1995 y sus normas complementarias constituye el marco regulatorio del transporte automotor de pasajeros por carretera de carácter interjurisdiccional de jurisdicción nacional, el cual contiene criterios de amplia desregulación en materia de prestación y operación de los servicios involucrados. Que los servicios de transporte interjurisdiccional son un elemento clave que permite la conexión entre aproximadamente NOVECIENTAS (900) ciudades, en forma directa y a través de combinaciones, donde el permiso para su prestación constituye un acto jurídico de naturaleza contractual por el cual el ESTADO NACIONAL satisface necesidades públicas, a través de la participación de particulares en la prestación de los mismos...”

<sup>43</sup> Y, en el art. 18: “...La explotación del servicio público de transporte automotor de pasajeros será adjudicada a través de un permiso previo, cuya vigencia tendrá un plazo de DIEZ (10) años. La adjudicación de un permiso bajo el régimen de servicio público, implicará para el permisionario la obligatoriedad de prestar los servicios en las condiciones establecidas por la autoridad de aplicación, y le permitirá asimismo acceder, en libertad de condiciones, a la explotación de cualquier servicio de tráfico libre de jurisdicción federal.” Finalmente, por el art. 20 se establece que: “La autoridad de aplicación establecerá los nuevos servicios de carácter público que se requieran en los distintos recorridos, teniendo en cuenta las necesidades y demandas de transporte y los pedidos o reclamos de los usuarios. La autoridad de aplicación podrá otorgar más de un permiso sobre un mismo recorrido...”

### 4. 6. 3. Transporte ferroviario de pasajeros y cargas

En la primera parte de este trabajo hemos analizado el origen de este servicio en el país.<sup>44</sup>

El servicio de transporte ferroviario de pasajeros se encuentra regulado por las disposiciones contenidas en: a) la ley 2873 que establece el régimen de los ferrocarriles nacionales, modificada por el Decreto-ley 8302, del 19 de julio de 1963, la ley 17.172 y la ley 22.647; b) la ley 5315, sobre el régimen de concesiones ferroviarias; c) la ley 12.346 sobre coordinación de los transportes; d) la ley 19.076 reglamentada por el Decreto N°1693 del 7 de junio de 1971, para la construcción de silos y elevadores en terrenos del área ferroviaria y e) el Reglamento General de Ferrocarriles aprobado por el Decreto 90.325 del 12 de setiembre de 1936.

Dichas normas, a su vez, fueron modificadas –al momento de la privatización de los servicios- por los Decretos N°1140/91 y 1141/91, en el marco de lo dispuesto por los arts. 10, 15 inc. 13 de la ley 23.696.<sup>45</sup>

Cabe destacar que la ley 26.352, del año 2008, dispuso la creación de las sociedades “Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado” (ADIF S.E.) y “Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado” (SOF S.E.), y dispone en el art. 1° que: *“...El objeto de esta ley es el reordenamiento de la actividad ferroviaria, ubicando como pieza clave de toda la acción, de los nuevos criterios de gestión y de rentabilidad, la consideración del usuario, conforme a las pautas que se fijan.”*

---

<sup>44</sup> Sobre la regulación del servicio ferroviario, tanto de pasajeros como de cargas, ver especialmente: Canosa, Armando N., “Régimen administrativo del transporte terrestre”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002; Altamira Gigena, Julio Isidro, “El servicio público ferroviario en la Argentina”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001, pág. 99 y sig.; y Bianchi, Alberto B., “La cláusula de progreso (con especial referencia a los ferrocarriles)”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Nro. 398, pág. 15 y sig., Buenos Aires, 2016.

<sup>45</sup> Sobre la evolución del régimen jurídico del transporte ferroviario a partir de la sanción de la ley 23.696, ver especialmente: Canosa, Armando N., “La nueva regulación en materia de ferrocarriles y transporte”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 361, pág. 337 y sig., Buenos Aires, 2012.

El usuario pasa a constituirse en la “pieza clave” de toda la acción estatal y los criterios que orientan la organización y prestación del servicio.

#### *4. 6. 3. 1. La ley 27.132 y la modalidad de “acceso abierto” para la prestación de servicios de transporte ferroviario*

La ley 27.132, sancionada en abril de 2015, vino a establecer: a) los nuevos principios generales para la política ferroviaria nacional; b) la apertura de la red ferroviaria nacional para la operación de los servicios de transporte de cargas y de pasajeros; c) la modificación de la estructura estatal prevista para la administración de la infraestructura y la operación de servicios (creación de Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado); y d) la delegación, conforme su art. 3º, en el Poder Ejecutivo nacional, para crear un Registro de Operadores de Carga y de Pasajero y para resolver, desafectar bienes, rescatar, reconvenir o en su caso renegociar los contratos de concesión vigentes.<sup>46</sup>

Para ello, a su vez, introduce varias modificaciones a la ley 26.352, del año 2008, en lo que hace a las funciones y competencias de ADIF S.E. y SOF S.E.

Los principios generales de la política ferroviaria nacional se enumeran en los arts. 1, 2 y 4 de la ley 27.132.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Por el art. 3 de la Ley 27.132, se delega en el Poder Ejecutivo nacional la adopción de “...las medidas necesarias a los fines de reasumir la plena administración de la infraestructura ferroviaria en todo el territorio nacional y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes, pudiendo a tal fin resolver, desafectar bienes, rescatar, reconvenir o en su caso renegociar los contratos de concesión suscritos con Nuevo Central Argentino Sociedad Anónima, Ferroexpreso Pampeano Sociedad Anónima y Ferrosur Roca Sociedad Anónima, aprobados por los decretos 994 del 18 de junio de 1992, 1.144 del 14 de junio de 1991 y 2.681 del 29 de diciembre de 1992, respectivamente; los contratos de concesión de transporte de pasajeros suscritos con Metrovías Sociedad Anónima y Ferrovías Sociedad Anónima Concesionaria, aprobados por los decretos 2.608 del 22 de diciembre de 1993 y 430 del 22 de marzo de 1994, así como los contratos de concesión suscritos con las provincias en el marco del decreto 532 del 27 de marzo de 1992 actualmente vigentes.”

<sup>47</sup> El art. 1º de la Ley 27.132 establece: “Decláranse de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina la política de reactivación de los ferrocarriles de pasajeros y de cargas, la renovación y el mejoramiento de la infraestructura ferroviaria

De dicha enumeración, surge que el sistema ferroviario nacional debe asegurar: 1.- Que el Estado nacional administre la infraestructura ferroviaria; 2.- La gestión pública y privada de la prestación y operación de los servicios de transporte público ferroviario, tanto de cargas como de pasajeros; 3.- Lograr la interconexión de los sistemas ferroviarios y la intermodalidad de los servicios de transporte y promover las condiciones de libre accesibilidad a la red nacional ferroviaria de cargas y de pasajeros, basada en los principios de objetividad, transparencia y no discriminación; 4.- Maximizar las inversiones (públicas y privadas), con incorporación de nuevas tecnologías y modalidades de gestión, para asegurar la prestación de un servicio ferroviario en condiciones de eficiencia y seguridad, y la protección de los derechos de los usuarios; 5.- Establecer la modalidad de acceso abierto a la red ferroviaria nacional para la operación de los servicios de transporte de cargas y de pasajeros.<sup>48</sup>

En cuanto a la infraestructura ferroviaria y la gestión del sistema de circulación de trenes, la ley 27.132 introduce algunas modificaciones a

---

*y la incorporación de tecnologías y servicios que coadyuven a la modernización y a la eficiencia del sistema de transporte público ferroviario, con el objeto de garantizar la integración del territorio nacional y la conectividad del país, el desarrollo de las economías regionales con equidad social y la creación de empleo.” Y el art 2º: “Establécense como principios de la política ferroviaria los siguientes: a) La administración de la infraestructura ferroviaria por parte del Estado nacional; b) La participación pública y privada en la prestación y operación de los servicios de transporte público ferroviario; c) La interconexión de los sistemas ferroviarios y la intermodalidad de los servicios de transporte; d) La maximización de las inversiones y de los recursos empleados para la prestación de un servicio ferroviario en condiciones de eficiencia y seguridad; e) La incorporación de nuevas tecnologías y modalidades de gestión que contribuyan al mejoramiento de la prestación del servicio ferroviario; f) La protección de los derechos de los usuarios, con atención especial a las personas con discapacidad o con movilidad reducida, garantizando sus derechos al acceso a los servicios de transporte ferroviario en adecuadas condiciones de calidad; g) La promoción de condiciones de libre accesibilidad a la red nacional ferroviaria de cargas y de pasajeros, basada en los principios de objetividad, transparencia y no discriminación.”*

<sup>48</sup> El art. 4 de la Ley 27.132 dispone: “Establécense la modalidad de acceso abierto a la red ferroviaria nacional para la operación de los servicios de transporte de cargas y de pasajeros. La modalidad de acceso abierto para la operación de los servicios ferroviarios de cargas permitirá que cualquier operador pueda transportar la carga con origen y destino en cualquier punto de la red, independientemente de quien detente la titularidad o tenencia de las instalaciones del punto de carga o destino. A los fines de lo dispuesto en el presente, el Poder Ejecutivo nacional creará un (1) Registro de Operadores de Carga y de Pasajeros.”

la ley 26.352, que redundan en la posibilidad de que: 1.- ADIF S.E. se haga cargo de la infraestructura ferroviaria por sí; 2.- ADIF S.E. acuerde de “...con los operadores de cargas o de pasajeros la autorización para la ejecución de las obras de mejoramiento o de renovación de los sectores de la red sobre los que prestan servicios...”; 3.- ADIF S.E. ejerza el “...control e inspección de la infraestructura ferroviaria que administre”; 4.- ADIF S.E. acuerde con los operadores de cargas o de pasajeros el “control e inspección de la infraestructura ferroviaria...” que no administre, es decir, que se encuentre delegada a aquellos; y 5.- ADIF S.E. puede delegar en los operadores de cargas o de pasajeros “...el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes...” (Tal como se establece en el caso de la SOF S.E., y del Belgrano Cargas, conf. arts. 16, 18 y 19 de la ley 27.132).<sup>49</sup>

En relación con la gestión de los sistemas de circulación de trenes, la ley 27.132 establece que: 1.- ADIF S.E. puede asumir la “...gestión de los sistemas de control de circulación de trenes y el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria por sí...”; 2.- ADIF S.E. puede realizar dicha gestión “...por intermedio de los operadores ferroviarios a los que se les asigne dicha tarea...”; 3.- ADIF S.E. debe realizar la diagramación y/o la aprobación de los diagramas presentados por los operadores de carga o de pasajeros.

---

<sup>49</sup> El art. 16 de la Ley 27.132 establece que: “Sustitúyese el artículo 7° de la Ley 26.352, el que quedará redactado de la siguiente forma: Artículo 7°: Créase la sociedad Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado con sujeción al régimen establecido por la Ley 20.705, disposiciones pertinentes de la Ley 19.550 y modificatorias, que le fueren aplicables y a las normas de su estatuto, la que tendrá a su cargo la prestación de los servicios de transporte ferroviario de pasajeros, en todas sus formas, que le sean asignados, incluyendo el mantenimiento del material rodante, el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria que utilice para la operación del servicio ferroviario a su cargo y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes, estas dos últimas funciones en caso de que les sean asignadas por la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado...” Por su parte, el art. 18 indica que: “Incorpóranse al artículo 8° de la Ley 26.352, como incisos e) y f), los siguientes: e) Mantener la infraestructura ferroviaria que le sea asignada por la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado; f) Gestionar los sistemas de control de circulación de trenes que le sean asignados por la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado.”



La modalidad de “acceso abierto” a la red ferroviaria para el transporte de pasajeros y cargas impuesto por la ley 27.132 no ha sido implementada hasta el presente.

Contamos solo con la reglamentación parcial de la misma por los Decretos N°1661/15 (en cuanto a las competencias de la CNRT), y N°1924/2015, que creó el “Registro Operadores” y encomendó su regulación a la Secretaría de Transporte.

## 4. 7. Servicio público de practicaje y pilotaje

La Ley de navegación 20.094, establece en su SECCION 3ª, SERVICIOS AUXILIARES, Practicaje, art. 99 que: *“El practicaje en aguas jurisdiccionales nacionales constituye un servicio público regulado y controlado por la autoridad marítima.”*<sup>50</sup>

Correlativamente, los arts. 100 y 101 señalan, respectivamente, que: *“La autoridad marítima impondrá la obligación de utilizar prácticos por los buques argentinos y extranjeros, en toda zona donde sea necesario”,* y que: *“La reglamentación fijará la forma en que será prestado el servicio de practicaje, así como las tarifas correspondientes.”*

Por su parte, el Decreto N°2694/91 estableció, respecto del régimen del servicio de practicaje y pilotaje, las siguientes cuestiones.

---

<sup>50</sup> En relación con este servicio público nacional, la jurisprudencia ha establecido que: *“...VI.- Que si el actor tiene derecho a trabajar, tal derecho no es absoluto y puede ser reglamentado por la normativa; máxime cuando se trata de la prestación de un servicio público (...). En tal sentido fijar una edad tope tanto para el inicio como para la finalización del ejercicio de la profesión de práctico resulta a todas luces lógico y la edad de setenta años fijada para la jubilación no parece desacertada (...). VIII.- Que, a mayor abundamiento, la prueba producida en la causa no hace sino demostrar la regulación estricta que envuelve la prestación de este servicio público y a la importancia que para la seguridad de bienes y personas adquiere la profesión de práctico; por lo que de allí deviene acertada la decisión del Estado de determinar una edad para el retiro de aquellos que conservan la navegabilidad de nuestras aguas y guían a los barcos por el dificultoso derrotero de nuestros ríos...”*, CNACAF, Sala V, in re: *“Bravo Domingo Arturo c/ EN-M° E Y OSP - Secretaría Transporte-DTO 2694/91- PNA s/ proceso de conocimiento”, CAUSA 23206/2000, sentencia del 22/02/2006.*

El mencionado decreto menciona en sus considerandos que: “...el practicaje y pilotaje constituyen un servicio público impropio que es prestado por profesionales, en tanto el Estado Nacional ejerce actualmente a través de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, las funciones de administración y provisión de apoyo logístico para su ejercicio...”

Estableciendo, luego, en su Anexo I, lo siguiente: “Artículo 1º - El practicaje y el pilotaje son las tareas que realiza a bordo de los buques el personal habilitado para asesorar al capitán en navegación, maniobras y reglamentación, en las zonas declaradas de practicaje o pilotaje obligatorio o facultativo. A los efectos de las disposiciones establecidas en este reglamento, aquellas tareas que se realizan en puerto se denominan “practicaje” y las de navegación en ríos, pasos y canales se denominan “pilotajes”...”

Y en el artículo 2º que: “El practicaje y pilotaje constituyen un servicio público, de interés para la seguridad de la navegación, siendo ejercido por personas que habiendo cumplido las condiciones previstas en el reglamento de formación y capacitación del personal embarcado de la marina mercante (REFOCAPEMM) o las del presente según corresponda, habilita la autoridad competente con la denominación de prácticos...”

## **4. 8. Servicios de transporte aerocomercial de pasajeros. Código aeronáutico**

El Código Aeronáutico<sup>51</sup>, establece en su art. 97 que: “La explotación de servicios de transporte aéreo interno será realizada por personas físicas o sociedades comerciales que se ajusten a las prescripciones de este código. Las sociedades mixtas y las empresas del Estado quedan sujetas a dichas normas en cuanto les sean aplicables...”

Por los arts. 102 y 103, se establece que: “Los servicios de transporte aéreo serán realizados mediante concesión otorgada por el Poder Ejecutivo si se trata de servicios regulares, o mediante autorización

---

<sup>51</sup> Aprobado por Ley N° 17.285.

*otorgada por el Poder Ejecutivo o la autoridad aeronáutica, según corresponda, en el caso de transporte aéreo no regular...” y que: “Las concesiones serán otorgadas con relación a rutas determinadas y por un período que no excederá de quince años. Sin embargo, si subsistiesen las razones de interés público que motivaron la concesión, esta podrá ser prorrogada por lapsos no mayores al citado a requerimiento de la empresa...”<sup>52</sup>*

Por su parte, en el art. 108 se establece que: *“La autoridad aeronáutica establecerá las normas operativas a las que se sujetarán los servicios de transporte aéreo.”*, y en el art. 109 que: *“Los itinerarios, frecuencias, capacidad y horarios correspondientes a los servicios de transporte aéreo regular y las tarifas en todos los casos, serán sometidos a aprobación previa de la autoridad aeronáutica.”*

## **4. 9. Servicio público aeroportuario**

Dentro del marco normativo de la actividad del aerotransporte de pasajeros, se destaca el régimen de concesión del sistema nacional de aeropuertos.

Por medio del Decreto N°375/97, se llamó a licitación pública nacional e internacional para otorgar la concesión de la explotación, ad-

---

<sup>52</sup> El art. 104 indica que: *“La concesión para operar en una ruta no importa exclusividad.”*, y el art. 105 que: *“No se otorgará concesión o autorización alguna sin la comprobación previa de la capacidad técnica y económico- financiera del explotador y de la posibilidad de utilizar en forma adecuada los aeródromos, servicios auxiliares y material de vuelo a emplear.”* En relación con estos servicios, debe recordarse que la ley 26.466, que declaró de utilidad pública y sujetas a expropiación las acciones de las empresas Aerolíneas Argentinas Sociedad Anónima y Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur Sociedad Anónima y de sus empresas controladas, estableció en su art. 2° que: *“...Para garantizar la continuidad y seguridad del servicio público de transporte aerocomercial de pasajeros, correo y carga; el mantenimiento de las fuentes laborales y el resguardo de los bienes de las empresas mencionadas en el artículo 1° de la presente ley, en los términos de los artículos 57 y 59 de la Ley 21.499, el Poder Ejecutivo nacional, a través del organismo que designe, ejercerá desde el momento de la entrada en vigencia de la presente ley todos los derechos que las acciones a expropiar le confieren.”*

ministración y funcionamiento del conjunto de aeropuertos que forman parte del Sistema Nacional de Aeropuertos.

Por su parte, y por Decisión Administrativa N°60/98, se otorgó la adjudicación de la referida licitación y por el Decreto N°163/98 se aprobó el contrato de concesión celebrado entre el Estado Nacional y la firma “Aeropuertos Argentina 2000”.

En función de las normas citadas, y del contrato de concesión celebrado, la actividad concedida ha sido calificada por la jurisprudencia nacional como servicio público.

En efecto, se ha establecido en este sentido que: *“...es evidente que lo principal de la concesión no ha sido la construcción de nuevos aeropuertos; el mantenimiento de los mismos, la conservación de las instalaciones o las obras que deban realizarse para la mejor atención a los pasajeros, sino que se otorgó a la actora la explotación del servicio público; con el correspondiente cargo; que no deja de ser accesorio, de tener que efectuar las obras necesarias, para atender en condiciones exigidas por los organismos internacionales (OACI e IATA) el flujo de pasajeros que utilizan el transporte aéreo tanto para rutas nacionales como para rutas internacionales (...) En conclusión, la obra realizada por AA2000 en el caso de autos no es el cumplimiento de un contrato de obra pública, sino un trabajo secundario al objeto principal, cual es la prestación del servicio público de transportes de pasajeros en condiciones de seguridad y de óptima calidad (...) A fuer de reiterativo, podría decirse lo mismo de un contrato de concesión de prestación del servicio público de pasajeros por tren, donde -obviamente- puede estar a cargo de la concesionaria el mantenimiento de las estaciones y en modo alguno puede concluirse lógicamente, que se trata allí de una obra pública (como contrato) y no de la realización de algo necesario pero accesorio a la concesión de la prestación del servicio público de pasajeros...”*<sup>53</sup>

Ideas confirmadas posteriormente por la propia Corte Suprema nacional.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> CNACAF, Sala V, in re: “AA 2000 SA c/EN - AFIP DGI resol71/09 (expte 1339/00 ATEC) s/Dirección General Impositiva”, Expte. N° 293/2010, sentencia del 26/02/2013.

<sup>54</sup> La Corte Suprema nacional ha sostenido que: *“...el Acta Acuerdo del 3 de abril de 2007, por la cual se renegó el contrato de concesión para la explotación, administración y funcionamiento del Grupo “A” del Sistema Nacional de Aeropuertos, constituyó el medio necesario que el Estado Nacional empleó para preservar y garantizar “la continuidad*

## 4. 10. Servicio público de navegación aérea

La ley 27.161 establece, en su art. 1, que: “*La prestación de los servicios de navegación aérea en y desde el territorio de la República Argentina, constituyen un servicio público esencial, en los términos del artículo 24 de la ley 25.877.*”<sup>55</sup>

En cuanto al alcance de este servicio, se establece por el art. 2° que: “*El servicio público de navegación aérea comprende: a. La Gestión del Tránsito Aéreo (ATM), incluyendo los Servicios de Tránsito Aéreo (ATS). b. La Gestión de Afluencia del Tránsito Aéreo (ATFM) y la Gestión del Espacio Aéreo (ASM). c. Los Servicios de Información Aeronáutica (AIS). d. El Servicio de Comunicaciones Aeronáuticas (COM). e. El Sistema de Comunicaciones, Navegación y Vigilancia (CNS). f. El Servicio de Búsqueda y Salvamento (SAR) y g. El Servicio Meteorológico para la Navegación Aérea (MET).*”

En lo que hace a los prestadores, el art. 6 de la ley 27.161 dispone la creación de la “*Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado*”, con sujeción al régimen establecido por la ley 20.705, disposiciones pertinentes de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (t.o. 1984) y sus modificaciones que le fueren aplicables y a las normas de su Estatuto, la que tiene por objeto la prestación del Servicio Público de Navegación Aérea, de conformidad con el citado art. 2° de la ley, con con excepción de los servicios de navegación aérea prestados por

---

*y calidad” de la prestación del servicio público aeroportuario imprescindible para la comunidad (v. considerando del Acta Acuerdo, fs. 720 y argo causa D.88S.XL “Distribuidora de Gas Cuya na S.A. c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ contencioso administrativo”, considerando 12)...”, CSJN, A. 377. XLV. ORI, in re: “Aeropuertos Argentina 2000 S.A. c/ Buenos Aires, provincia de s/acción declarativa”, sentencia del 11/12/2014.-*

<sup>55</sup> Puntualizándose, asimismo, en el art. 5, que: “*El Servicio Público de Navegación Aérea se desarrolla en el territorio de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales, el espacio aéreo que los cubre y los espacios aéreos extraterritoriales, cuando por convenios internacionales se acuerde que dichos espacios se encuentran bajo jurisdicción de la República Argentina.*”

el Ministerio de Defensa en los aeródromos que por razones de defensa nacional se enuncian en el Anexo I de la misma ley.<sup>56</sup>

Y por el art. 15 se pone en cabeza del Servicio Meteorológico Nacional (SMN) la prestación del Servicio Meteorológico para la Navegación Aérea (MET) a la Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado.

## 5. Otras normas nacionales que receptan el concepto de servicio público

Finalmente, debe señalarse que la necesidad de establecer los alcances conceptuales del servicio público radica en el hecho de que el mismo es receptado en numerosas normas, todas de orden nacional, que suponen su existencia y le dan, por ello, consecuencias legales de distinto tipo.

Entre ellas, destacan:

1.- El Régimen nacional de contrataciones, establecido por el Decreto delegado N°1.023/2001, art. 4º, inc. b)<sup>57</sup>.

2.- Régimen de “Compre trabajo argentino”, aprobado por la ley 25.551<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Por el art. 23 se indica que: “La Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado (EANA S.E.) se rige por las normas y principios de derecho privado, por lo que no le son aplicables las disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 y sus modificatorias, del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establecido por el decreto 1.023 de fecha 13 de agosto de 2001 y sus modificatorios, de la Ley de Obras Públicas 13.064 y sus modificatorias y en general, normas o principios de derecho administrativo, sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156 y sus modificatorias.”

<sup>57</sup> Como ya hemos visto, dicha norma indica que se incluyen expresamente como contratos administrativos alcanzados por el régimen de contrataciones, a las “...Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.”

<sup>58</sup> La ley 25.551, establece en su art. 1º que: “La administración pública nacional, sus dependencias, reparticiones y entidades autárquicas y descentralizadas, las empresas del Estado y las sociedades privadas prestadoras, licenciatarias, concesionarias y permisionarias de obras y de servicios públicos, en la contratación de provisiones

3.- Régimen de las sociedades comerciales: 1) ley 20.705<sup>59</sup>; ley 19.550<sup>60</sup>; ley 24.522 de Concursos y Quiebras<sup>61</sup>.

4.- Ley de Defensa del consumidor 24.240<sup>62</sup>.

5.- Ley de Defensa de la competencia 25.156<sup>63</sup>.

---

*y obras y servicios públicos y los respectivos subcontratantes directos otorgarán preferencia a la adquisición o locación de bienes de origen nacional, en los términos de lo dispuesto por esta ley.”*

<sup>59</sup> La ley 20.705, de 1974, estableció en su art. 1° que: “*Son sociedades del Estado aquellas que, con exclusión de toda participación de capitales privados, constituyan el Estado Nacional, los Estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las sociedades que se constituyan en orden a lo establecido por la presente ley, para desarrollar actividades de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos.*”

<sup>60</sup> La ley 19.550, al regular la “Fiscalización Estatal” de las sociedades comerciales, establece: “*Fiscalización estatal permanente. ARTICULO 299. — Las asociaciones anónimas, además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos: (...) 5°) Exploten concesiones o servicios públicos...*”

<sup>61</sup> Por su parte, la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras, indica en su art. 189: “*Continuación inmediata. El síndico puede continuar de inmediato con la explotación de la empresa o alguno de sus establecimientos, si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio, si se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse o entienda que el emprendimiento resulta económicamente viable (...) Empresas que prestan servicios públicos. Las disposiciones del párrafo precedente y las demás de esta sección se aplican a la quiebra de empresas que explotan servicios públicos imprescindibles con las siguientes normas particulares: 1) Debe comunicarse la sentencia de quiebra a la autoridad que ha otorgado la concesión o a la que sea pertinente; 2) Si el juez decide en los términos del Artículo 191 que la continuación de la explotación de la empresa no es posible, debe comunicarlo a la autoridad pertinente; 3) La autoridad competente puede disponer lo que estime conveniente para asegurar la prestación del servicio, las obligaciones que resulten de esa prestación son ajenas a la quiebra; 4) La cesación efectiva de la explotación no puede producirse antes de pasados TREINTA (30) días de la comunicación prevista en el inciso 2).*”

<sup>62</sup> La ley 24.240 hace expresa mención a los servicios públicos domiciliarios, en su art. 6 y en los arts. 25 a 31, y resulta complementaria del Código Civil y Comercial.

<sup>63</sup> La ley 25.156 establece en su art. 1° que: “*Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas.*” Y en su art. 2° que: “*Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1°, constituyen prácticas restrictivas*

6.- La ley de Administración financiera del Estado nacional 24.156<sup>64</sup>.

7.- Régimen nacional de Acceso a la Información Pública, Decreto N°1.172/2003 y Ley 27.275, art. 7, inc. i).

8.- Régimen nacional de medidas cautelares, aprobado por ley 26.854<sup>65</sup>.

---

*de la competencia: a) Fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto; (...) II) Suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público...*

<sup>64</sup> La ley 24.156, ha previsto un sistema de control de aplicación de recursos públicos en el marco de contratos de prestación de servicios públicos a cargo “entes privados adjudicatarios de procesos de privatización”, conf. arts. 8, último párrafo, 104, inc. m), 117, y concordantes.

<sup>65</sup> La ley 26.854, establece en su art. 17: “*Tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos. Cuando de manera actual o inminente se produzcan actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpen o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos, el Estado nacional o sus entidades descentralizadas que tengan a cargo la supervisión, fiscalización o concesión de tales servicios o actividades, estarán legitimados para requerir previa, simultánea o posteriormente a la postulación de la pretensión procesal principal, todo tipo de medidas cautelares tendientes a asegurar el objeto del proceso en orden a garantizar la prestación de tales servicios, la ejecución de dichas actividades o la integridad o destino de los bienes de que se trate. Lo expuesto precedentemente no será de aplicación cuando se trate de conflictos laborales, los cuales se registrarán por las leyes vigentes en la materia, conforme los procedimientos a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su carácter de autoridad de aplicación.*”



# El servicio público como servicio universal

## 1. Introducción

El concepto de “Servicio Universal” no constituye más que una variación o especie del concepto de servicio público económico.

El servicio universal aparece allí donde el Estado regula la prestación de servicios públicos en un régimen de competencia más o menos plena.

Es decir que el concepto de servicio universal se reserva para aquellos servicios públicos que han sido desmonopolizados y respecto de los cuales existe la necesidad de resguardar un mínimo o núcleo duro de la actividad bajo los estándares propios del servicio público.

El servicio universal, en definitiva, intenta preservar –aunque de manera acotada- la caracterización que impone el servicio público, sólo para alguna de las actividades económicas desarrolladas por los prestadores en competencia.

Constituye, al mismo tiempo, la justificación de la imposición de “obligaciones de servicio público” a los prestadores bajo regímenes en competencia.

De esta manera, siguiendo a Clarich, puede señalarse que el servicio universal se presenta como una noción flexible, sectorial y evolutiva, que pretende incorporar los desarrollos tecnológicos y las nuevas exigencias de los usuarios, inspirado en los principios de paridad, continuidad, universalidad, transparencia en la gestión, en la tarifación y en el financiamiento, y que desempeña un papel importante en aquellos sectores de servicios públicos económicos “liberalizados”, es decir, prestados en competencia, traducéndose en especiales y particulares “obligaciones de servicio público” que los prestadores son constreñidos a cumplir, a fin de satisfacer los mínimos de cantidad y calidad de servicio que se consideren básicos o indispensables para el sector de la actividad, en particular, de que se trate.<sup>1</sup>

## **2. Servicio público de correos**

### **2. 1. Desmonopolización del régimen del servicio público de correos nacional**

El cambio en la organización del servicio de correos comenzó a operarse a partir de los Decretos N°214/92 y 1187/93, basados a su vez en la ley 23.696 y el Decreto N°2284/91 de desregulación económica.

En realidad, el comienzo de la apertura en el mercado de actividades postales se dio a partir de la ley 22.005, la cual permitió el desarrollo en el país de una amplia actividad privada con variedad de prestadores y servicios, contribuyendo positivamente a la mejora de los servicios postales en general, y permitiendo el establecimiento de empresas pri-

---

<sup>1</sup> conf. Marcello Clarich en “Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi”, en *Diritto Pubblico*, 1998, pág. 184.

vadas, tanto de capitales nacionales como extranjeros. Experiencia que sería recogida al momento de actuarse la “reforma” del Estado, y derivaría en definitiva en la sanción del Decreto N°1187/93 de desmonopolización del sector postal.

### **2. 1. 1. Desmonopolización de servicios públicos prestados por empresas estatales. Decretos N°1842/87 y 214/92**

Por el Decreto N°1842 del año 1987, que ya hemos reseñado en capítulos anteriores, se sentarían las bases generales de continuidad del principio desmonopolizador que había introducido para el sector postal la ley 22.005 de 1979.

Pero la norma que pondrá en práctica lo preceptuado por las leyes de “reforma” del Estado, sería el Decreto N°214/92, por el cual se crea la autoridad de aplicación del sector, y se establecen las nuevas condiciones de prestación de los servicios postales.

Finalmente, y por el Decreto N°1187/93, se desmonopolizará la actividad postal y establecerán las condiciones mínimas de acceso al mercado postal para los prestadores privados que desearan participar de él en condiciones de concurrencia, creándose para ello el Registro Nacional de Prestadores de Servicios Postales.

### **2. 1. 2. Decreto N°1187/93: Supresión del monopolio postal. Creación del Registro Nacional de Prestadores de Servicios Postales**

El monopolio postal fue suprimido por el Decreto N°1187/93.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Dicha norma estableció: “Art. 1º.- *Suprímese el monopolio postal. El mercado postal local e internacional será abierto y competitivo (...)* Art. 4º.- *Defínese a los fines de este decreto como actividad del mercado postal, a las actividades que se desarrollen para la admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de correspondencia, cartas, postales, encomiendas de hasta cincuenta (50) kilogramos, que se realicen dentro de la República*

Este régimen podía alentar algunas sospechas respecto a la continuidad del servicio público postal, especialmente cuando manifiesta que el otorgamiento de la calidad de prestador de servicios postales se realizará, una vez cumplidos ciertos requisitos, en forma *automática*.

El acceso al mercado postal, en estas condiciones, es prácticamente ilimitado (sin deslindarse los supuestos, como en caso español, en que las licencias o habilitaciones pueden otorgarse *automáticamente*, esto es, básicamente, en casos de prestación de servicios excluidos del concepto de servicio universal, y por lo tanto liberalizados en forma casi absoluta).

En función de ello, y ante la falta de delimitación de los distintos tipos de servicios postales –universal o básico y servicios en competencia-, lo que cobrará virtualidad e importancia en el nuevo sistema será: a.- Por un lado, las propias condiciones que se impondrán como necesarias para el ingreso al Registro; b.- La definición de determinados servicios como universales, básicos u obligatorios, que no podrán ser desatendidos; c.- El propio marco regulatorio de la actividad cuando se trate efectivamente de la prestación del servicio universal, o de la interpretación de las obligaciones de los prestadores de cualquier clase de servicios postales en competencia.

## **2. 2. Marco regulatorio de la actividad postal. La continuidad del régimen de servicio público**

Respecto del marco regulatorio de las actividades postales, el propio Decreto N°1187/93, había ya previsto algunas normas significativas,

---

*Argentina y desde o hacia el exterior. Esta actividad incluye la actividad desarrollada por los llamados curriers, o empresas de curriers y toda otra actividad asimilada o asimilable (...) Art. 5.- Toda persona de existencia visible o ideal podrá transportar y entregar su propia correspondencia (...) Art. 10.- Créase el Registro Nacional de Prestadores de Servicios Postales el que estará a cargo de la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos... Toda persona de existencia ideal que desee transportar y/o entregar correspondencia de terceros, ya sea como actividad principal o accesorio, en forma regular u ocasional, nacional y/o internacional deberá inscribirse en el Registro Nacional de Prestadores de Servicios Postales (...) Art. 14...Cumplidos los requisitos previstos precedentemente, se concederá automáticamente la calidad de Prestador de servicios postales."*

vinculadas precisamente a la aplicación de la ley marco 20.216, y puntualmente a la responsabilidad de los prestadores privados.<sup>3</sup>

Norma que nos está dando una muy importante pauta interpretativa del sistema instaurado, y ello porque: a.- en primer lugar, y para cualquier clase de servicios postales que se hubiera ofrecido, da continuidad a la ley 20.216, lo cual conlleva la vigencia de un régimen de servicio público, aunque atenuado en sus condiciones de ejercicio. b.- deslinda responsabilidades entre el Estado y los prestadores particulares, haciendo responsables a éstos, en primera instancia, de las obligaciones postales a que se hubieran comprometido, general (al solicitar la inscripción en el Registro) o particularmente, al pactar un servicio determinado con un cliente. c.- Impone una obligación de información a los usuarios (o clientes, como expresa la norma), respecto del tipo y calidad de los servicios ofrecidos. d.- Prevé la posibilidad de aplicar sanciones ante incumplimientos por parte de los prestadores, y hasta su exclusión del Registro por un término de, al menos, 5 años.

Lo que sí se establece es una amplia libertad para la determinación de los servicios a ofrecer por parte de los prestadores postales, lo cual representa una de las características más salientes de la normativa que indica las condiciones particulares de acceso al Registro.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> En efecto aquel Decreto previó que: “...Art. 16.- Los prestadores de servicios postales privados estarán sujetos al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 6° de la ley 20.216 y en ningún caso podrán prestar al cliente un servicio inferior al descrito en su solicitud de inscripción. La Empresa Nacional de Correos y Telégrafos Sociedad Anónima (ENCOTESA) y los prestadores de servicios postales privados, en materia de responsabilidad, estarán exclusivamente sujetos a lo dispuesto en la ley 20.216, salvo que medie pacto expreso con el cliente que amplíe dicha responsabilidad. Es obligación del prestador de servicios postales informar al cliente por escrito sobre la calidad del servicio que se compromete a prestar. En ningún caso el Estado nacional será responsable por las obligaciones que deje de cumplir el prestador de servicios postales. La falta de cumplimiento respecto de uno o varios clientes de las condiciones de calidad y servicio postal indicados en el momento de su inscripción o posteriormente o del pactado acarreará la aplicación de las siguientes sanciones...: a) suspensión de tres (3) a sesenta (60) días. b) Multa de entre mil pesos (\$1000) y veinte mil pesos (\$20.000). c) Exclusión del Registro; lo que implicará la inhabilitación por el plazo de cinco (5) años para inscribirse como prestador de servicios postales...”

<sup>4</sup> En efecto, dentro de las condiciones requeridas normativamente como esenciales para el acceso al Registro Nacional de Prestadores de Servicios Postales, se encuentran aquellas vinculadas a los servicios que serán ofrecidos al público, habiéndose regulado

Pero, más allá de lo establecido primigeniamente por el Decreto N°1187/93, el marco normativo de la actividad postal será definido por el Decreto N°115/97.

Por el art. 1° del mismo, se estableció que: “...la prestación de los servicios postales así como el desarrollo de la actividad postal, se regirá por las siguientes disposiciones: a) Ley de correos 20.216, modificada por sus similares 21.138, 22.005 y 23.066, y sus reglamentaciones, con los alcances establecidos por el art. 7° del dec. 1187/93; b) Ley 24.425 aprobatoria del acuerdo general sobre comercio de servicios de la Organización Mundial del Comercio; c) Dec. 1187/93, con las modificaciones efectuadas por el dec. 2247/93 a los arts. 3° y 8°, y por el presente a los arts. 8°, 10, 11, 16, 17 y 18; y d) Res. 3/93, 101/94, 111/95, 119/95, 298/95, 1/96, 3/96, 5/96, 7/96, 21/96, 65/96, 74/96, 126/96, 172/96, 180/96 y 316/96 dictadas por la ex Comisión Nacional de Correos y Telégrafos.”

Queda aquí definitivamente aclarado el panorama respecto al marco normativo de la actividad postal; marco normativo que bien puede presentarse como el de un servicio público en régimen de competencia, con las particularidades que ello implica.

Fundamentalmente las vinculadas con las condiciones de acceso al mercado postal, y a los servicios que puedan prestarse, incluyendo esto la temática del servicio universal, también receptado por el mismo marco normativo.

Siendo, por otra parte, un hecho saliente –dentro del panorama del servicio público en nuestro país- el de la coexistencia de dos regímenes de delegación del servicio en particulares (dos técnicas de habilitación):

---

puntualmente sobre este aspecto a través de diversas resoluciones de la ex Comisión Nacional de Correos y Telégrafos, recogidas a su turno y en Anexo I, por el Dec. 115/97. El aspirante deberá, entre otras obligaciones vinculadas al servicio postal que se ofrece, suministrar la siguiente información: *denominación comercial del servicio; tipo de servicio: pactado o público; descripción general de los mismos; frecuencia; tiempo estimado de entrega: estimado/comprometido; constancia de recepción; condiciones especiales de seguridad y registros; área geográfica de cobertura: cobertura nacional o internacional, con medios propios o convenios de redespacho.* La información suministrada se convierte, una vez lograda la inscripción, en el servicio mínimo a cumplir por parte del prestador. Lo cual, por otra parte, deberá ser conocido por los usuarios.

la concesión, para el caso del correo oficial (ahora re estatizada), y la autorización o licencia, para el caso de los demás prestadores postales.

## 2. 2. 1. La concesión del Correo oficial y la prestación del servicio postal universal

ENCOTESA, empresa continuadora de ENCOTEL, fue concesionada bajo un régimen sin exclusividad, y encargada de la prestación obligatoria de ciertos servicios postales básicos.<sup>5</sup>

Los principios en base a los cuales se concesionó la actividad postal oficial, y las prestaciones obligatorias fueron, a su turno, establecidas, en el “Reglamento de control del Correo Oficial”, por Decreto N°431/98.

No hay una verdadera definición del “Servicio Universal” –como, por ejemplo, en el caso español-, sino más bien una asimilación del concepto de universalidad con el de *obligatoriedad*.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Por Decreto 265/97, se convocó: “Art. 1°... a licitación pública nacional e internacional a los fines de otorgar la concesión de todos los servicios postales, monetarios y de telegrafía que hoy presta la Empresa Nacional de Correos y Telégrafos Sociedad Anónima (ENCOTESA), los restantes que está obligada o facultada a realizar y todos aquellos que resulten afines con estos servicios en el marco jurídico vigente, incluyendo además la obligación de brindar el servicio postal básico universal de carta simple de hasta veinte (20) gramos, telegramas simples de hasta veinte (20) palabras y los giros postales de hasta \$1000 en todo el ámbito geográfico que en la actualidad cubre la misma.” Sustituyéndose, a su vez, por su Art. 6°, el art. 8° del Dec. N°1187/93, modificado por los Dec. N°2247/93 y N°115/97, por el siguiente: “En todo el territorio de la República Argentina, el Correo Argentino como prestador oficial de servicios postales, telegráficos y monetarios prestará sin exclusividad y en forma obligatoria el servicio postal universal de correspondencia simple de hasta veinte (20) gramos por unidad, telegramas simples de hasta veinte (20) palabras y los giros postales de hasta \$1000. El precio de estos servicios no podrá ser superior a los que actualmente tiene ENCOTESA...”

<sup>6</sup> Estableciéndose en el art. art. 5° que: “...La autoridad de aplicación controlará que el correo oficial preste los siguientes servicios obligatorios: a) Servicio postal básico universal; b) Comunicaciones fehacientes, incluyendo los telegramas y cartas documento regulados por las leyes 23.789 y 24.487; c) Emisión de sellos postales y prestaciones filatélicas; d) Servicio electoral nacional, provincial y/o municipal, siempre y cuando le sea requerido; e) Servicio telegráfico, mientras sea considerado un servicio insustituible; f) Encomiendas; g) Los servicios gratuitos de cecogramas; h) Los servicios incluidos en el convenio postal universal de acuerdo con las normas acordadas en dicho convenio y en su reglamento de ejecución; i) Los servicios indicados en el acuerdo de la Unión Postal Universal (UPU) de encomiendas postales, según las normas convenidas en dicho acuerdo y en su reglamento de ejecución.”

El “Servicio Universal”, como tal, solo ha sido descripto por el art. 3 del Decreto N°115/97, el cual sustituye el art. 8° del Decreto N°1187/93 en estos términos: “Art. 3.- *En todo el territorio de la República Argentina la Empresa Nacional de Correos y Telégrafos SA, prestará sin exclusividad y en forma obligatoria el servicio postal universal de correspondencia simple interprovincial de hasta veinte (20) gramos por unidad..., los telegramas simples de hasta veinte (20) palabras...y los giros postales de hasta pesos un mil (\$1000)...*”

En definitiva, los servicios que *obligatoriamente* debe prestar el concesionario del correo oficial, deben integrarse al concepto de “Servicio Universal”, constituyendo obligaciones de servicio público.<sup>7</sup>

### 3. Servicio público de telecomunicaciones

El Decreto N°764/2000, fundado en las normas generales de “desmonopolización” (Decreto N°1842/87; art. 10 de la ley 23.696;

---

<sup>7</sup> En relación con las condiciones de regularidad del servicio, en una causa en la que la cuestión debatida giraba en torno a si la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) tenía competencia para el dictado de normas como la Resolución N°3252/2004 -sobre los requisitos que deben cumplirse para la prestación del servicio de “carta documento”- con el objeto de proteger los derechos del consumidor, la vigencia de una efectiva competencia y las normas de lealtad comercial, imponiendo obligaciones respecto a la cobertura geográfica nacional con que debían contar los prestadores, la jurisprudencia nacional estableció que: “...*puede apreciarse que se trata de un criterio del regulador, que guarda estricta relación con el aseguramiento de mejores condiciones en el servicio y con la preservación de los derechos de los usuarios (mejor calidad y mayor cobertura geográfica) (...)* Asimismo, debe señalarse que no se advierte que la norma contrarie los objetivos de desmonopolización de las empresas del sector público que se iniciara con el decreto 1842/1987 (y el decreto 1187/93 específico para el sector). Por un lado, porque como se sostuvo en la sentencia recurrida, no se ha acreditado que no exista ninguna empresa en condiciones de cumplir con las exigencias impuestas. Por otra parte, porque también se ha tenido en cuenta que el Correo Oficial debe prestar el denominado “servicio universal” (con carácter obligatorio), y que ello impacta en sus costos, con lo cual esta exigencia para las empresas privadas viene también a generar una competencia genuina e integral (...) no advirtiéndose la exigencia como irrazonable o arbitraria, corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad efectuado y, en consecuencia, rechazar la demanda...”, CNACAF, Sala IV, in re: “Pluriservicios Sociedad Anónima c/ CNC- Resol 1425/05 y 3252/04 (Expte. 552/03) s/ proceso de conocimiento”, Causa N° 17.170/2005, sentencia del 08/07/2008.



Decreto 2284/91), “privatización” (ley 23.696; Decreto N°731/89; Decreto N°62/90) y “desregulación” de los mercados (art. 42 de la Constitución nacional y ley 25.000, aprobatoria del “Cuarto Protocolo Anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Organización Mundial del Comercio (OMC)”)), estableció modificaciones en el marco regulatorio del sector de telecomunicaciones (establecido por la ley 19.798 de Telecomunicaciones), a los efectos de lograr –en un sector de servicios ya privatizado- un esquema sustentado en los principios de “...libertad de comercio, el libre acceso al mercado, la fluida y libre circulación de toda información útil, la ausencia de intervenciones que lo distorsionen y la exclusión del ordenamiento jurídico de toda disposición que favorezca los monopolios y/o privilegios...”

Estableciendo, así, modificaciones sustanciales en lo relativo al acceso al mercado de servicios de telecomunicaciones por parte de los prestadores, sobre la base de considerar que “...con relación al régimen de licencias, en un mercado liberalizado, éste debe ser lo suficientemente flexible como para facilitar la entrada de prestadores competitivos de servicios de telecomunicaciones, de manera que garantice una competencia efectiva (...) la apertura a la competencia debe traducirse en una amplia oferta de servicios disponibles para los consumidores, aumento de la productividad por el mayor acceso a la información y a la tecnología y fomento del desarrollo económico, en beneficio de la comunidad en general...”

Estimándose necesario establecer un régimen que permita a todo prestador responsable que esté en condiciones de invertir y contribuir a aumentar la oferta de servicios y la posibilidad de elección de los clientes y consumidores, que pueda hacerlo sin restricción alguna, tal como lo disponen los compromisos internacionales recientemente asumidos y ratificados por el Estado argentino.

De esta manera, el Decreto N°764/2000 aprueba: 1) el Reglamento de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones (ANEXO I); 2) el Reglamento Nacional de Interconexión (ANEXO II); 3) el

Reglamento General del Servicio Universal (ANEXO III)<sup>8</sup>; y 4) el Reglamento Sobre Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico (ANEXO IV).

Normas que actualmente hay que complementar con lo dispuesto en la ley 27.078, de “Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” (TIC), promulgada el 18 de diciembre de 2014.

### **3. 1. Condiciones de prestación del servicio en el marco del Decreto N°764/2000**

En lo que hace a las condiciones de prestación de los servicios cuya delegación se produce en base al régimen de licencia única anteriormente descrito, el Decreto N°764/2000 señala que *“...el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Reglamento, a verificar por la Autoridad de Control, garantizan que los servicios se presten en condiciones de regularidad, continuidad, calidad y de manera no discriminatoria y que los prestadores aseguren no sólo el cumplimiento de las normas y especificaciones técnicas en materia de equipos y aparatos, sino también el debido cumplimiento de las reglas del buen arte y calidades del servicio exigidas por las normas vigentes, así como las metas de calidad y eficiencia que defina la Autoridad de Aplicación.”*

Todo lo cual se traduce en las obligaciones establecidas el artículo 10 “Obligaciones de los Prestadores” del Reglamento de Licencias que, en lo sustancial, impone a los prestadores lo siguiente.

Por el art. 10.1, inc. a), los prestadores están obligados a *“Iniciar la prestación de los servicios registrados, dentro del plazo de DIECIOCHO (18) meses, contados a partir de la fecha de su registración, salvo que la Autoridad de Aplicación haya otorgado prórroga expresa. Los servicios registrados deberán prestarse en condiciones de regularidad, continuidad, calidad y respetando el principio de no discriminación.”*

---

<sup>8</sup> El Anexo III del Decreto 764/2000 fue sustituido por art. 1° del Decreto N° 558/2008 B.O. 4/4/2008.

Por el art. 10.1, inc. b), se obligan a “Suministrar anualmente a la Autoridad de Control, datos relevantes acerca de la prestación de sus servicios, como ser su cobertura, número de Clientes por Área del Prestador, minutos de tráfico, ingresos totales y toda otra información que la Autoridad de Aplicación o de Control le solicite en forma general.”

Por el art. 10.1, inc. f), deben “Realizar las inversiones para el desarrollo del Servicio Universal, a brindar por sí o por intermedio de terceros, por los montos y conforme los mecanismos establecidos en el Reglamento de Servicio Universal vigente.” Y por el inc. k) “Cumplir con las obligaciones derivadas del Reglamento General del Servicio Universal, del Reglamento General de Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico, del Reglamento Nacional de Interconexión, del Plan Fundamental de Numeración, del Plan Fundamental de Señalización, del Reglamento de Tarifas cuando fuere aplicable, del Reglamento de Calidad de Servicio, y toda otra norma y/o Reglamento aplicable a los servicios de telecomunicaciones.”

Por su parte, y en relación con la obligatoriedad del servicio, debe señalarse que en el art. 16.2 del Reglamento de Licencias, se establece que “La Autoridad de Aplicación podrá declarar la caducidad de las licencias conferidas en los términos del presente Reglamento, ante el acaecimiento de alguna de las siguientes causales: 16.2.1. La verificación de que el Prestador no brinde al público uno o más de los servicios registrados, pasados DIECIOCHO (18) meses desde la fecha de su registración, salvo que la Autoridad de Aplicación haya otorgado prórroga expresa, en cuyo caso, dicho plazo se computará a partir de su vencimiento. 16.2.2 La interrupción total de los servicios...”<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> El art. 14 de la ley 27.078 establece correlativamente que: “La Autoridad de Aplicación podrá declarar la caducidad de la licencia o registro respectivo, conforme lo dispuesto por la presente ley, los decretos, reglamentos y demás normativa vigente en la materia, contemplando el procedimiento establecido por aquélla. Serán causales de caducidad: a) La falta de prestación del o de los servicios registrados conforme la normativa vigente. b) La falta de inicio de la prestación del o de los servicios registrados dentro del plazo que establezca la normativa vigente y de conformidad con la normativa que al efecto dicte la Autoridad de Aplicación...”

De esta manera, puede afirmarse que, aún en el marco de la liberalización del servicio de telecomunicaciones impuesto por el Decreto N°764/2000, se encuentran presentes los clásicos caracteres del servicio público: obligatoriedad, regularidad, continuidad y universalidad.<sup>10</sup>

A lo que cabe agregar lo normado por la ley 27.078 en relación con los derechos de los usuarios y obligaciones de los licenciatarios de servicios en el marco de las “Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> La ley 27.078 establece en su art. 54 que: “El Servicio Básico Telefónico mantiene su condición de servicio público.” Y, por su art. 55, que: “El Servicio de TIC comprende la confluencia de las redes tanto fijas como móviles que, mediante diversas funcionalidades, proporciona a los usuarios la capacidad de recibir y transmitir información de voz, audio, imágenes fijas o en movimiento y datos en general. A los efectos de resguardar la funcionalidad del Servicio de TIC, éste deberá ser brindado en todo el territorio nacional considerado a tales efectos como una única área de explotación y prestación. El Servicio Básico Telefónico, sin perjuicio de su particularidad normativa, reviste especial consideración dentro del marco de la convergencia tecnológica. Es por ello que la efectiva prestación del servicio debe ser considerada de manera independiente a la tecnología o medios utilizados para su provisión a través de las redes locales, siendo su finalidad principal el establecimiento de una comunicación mediante la transmisión de voz entre partes.” La jurisprudencia nacional ha señalado al respecto que: “...la licenciataria del servicio público telefónico tiene no sólo el control cuasi unilateral de lo facturado y de la forma de prestación del servicio, sino también la posibilidad de perseguir su cobro por la vía ejecutiva y de cortar el suministro, mientras que el usuario no posee los elementos técnicos necesarios para comprobar la no prestación del servicio, más allá de la prueba de indicios. La prestación del servicio telefónico deberá ser suministrada con “calidad y eficiencia” (art. 42 de la Constitución Nacional Argentina) y en condiciones de continuidad, regularidad e igualdad de conformidad con lo dispuesto por el Anexo III relativo a los “Derechos y Obligaciones de los Clientes del Servicio Básico Telefónico”. Es que la protección que la Carta Magna brinda al usuario de servicios públicos no se trata de frases que sirven para exhibir linduras literarias, sino de normas jurídicas obligatorias y vinculantes. La obligación de las autoridades de proveer protección a los derechos de usuarios y consumidores para proteger a la vez la calidad y eficacia de los servicios públicos alcanza sin duda alguna a los jueces, que también son autoridades en cuanto órganos del Poder Judicial (conf. Sala III, causa n° 10395/07 del 11/12/12 y sus citas)...”, CNCIV Y COMFED, SALA II, Causa n° 10616/2009, in re: “C., R. A. c/ Telefonica de Argentina SA s/incumplimiento de servicio de telecomunicac.”, sentencia del 18/05/2015.-

<sup>11</sup> Por el art. 59 de la ley 27.078 se establece que: “El usuario de los Servicios de TIC tiene derecho a: a) Tener acceso al Servicio de TIC en condiciones de igualdad, continuidad, regularidad y calidad. b) Ser tratado por los licenciatarios con cortesía, corrección y diligencia. c) Tener acceso a toda la información relacionada con el ofrecimiento o prestación de los servicios. d) Elegir libremente el licenciatario, los servicios y los equipos o aparatos necesarios para su prestación, siempre que estén debidamente homologados. e) Presentar, sin requerimientos previos innecesarios, peticiones y quejas ante el licenciatario

## 3. 2. Régimen General del “Servicio Universal”

En el marco del Decreto N°764/2000, la regulación del denominado “Servicio Universal” tiende a “...desarrollar todas las acciones tendientes a asegurar que la prestación del Servicio Universal se desarrolle con la apertura del sector, así como determinar su alcance y los costos asociados a su prestación y financiamiento...” Para “...asegurar el acceso de los habitantes de la Nación a los servicios esenciales de telecomunicaciones,

---

y recibir una respuesta respetuosa, oportuna, adecuada y veraz. f) La protección de los datos personales que ha suministrado al licenciatario, los cuales no pueden ser utilizados para fines distintos a los autorizados, de conformidad con las disposiciones vigentes. g) Que el precio del servicio que recibe sea justo y razonable. h) Los demás derechos que se deriven de la aplicación de las leyes, reglamentos y normas aplicables.” Y por el art. 62 que: “Los licenciatarios de Servicios de TIC tienen las siguientes obligaciones: a) Brindar el servicio bajo los principios de igualdad, continuidad y regularidad, cumpliendo con los niveles de calidad establecidos en la normativa vigente. b) No incluir en los contratos cláusulas que restrinjan o condicionen en modo alguno a los usuarios la libertad de elección de otro licenciatario o que condicionen la rescisión del mismo o la desconexión de cualquier servicio adicional contratado. c) Garantizar que los grupos sociales específicos, las personas con discapacidad, entre ellos los usuarios con problemas graves de visión o discapacidad visual, los hipoacúsicos y los impedidos del habla, las personas mayores y los usuarios con necesidades sociales especiales tengan acceso al servicio en condiciones equiparables al resto de los usuarios, de conformidad con lo establecido en la normativa específica. d) Contar con mecanismos gratuitos de atención a los usuarios de conformidad con lo dispuesto por la Autoridad de Aplicación. e) Proporcionar al usuario información en idioma nacional y en forma clara, necesaria, veraz, oportuna, suficiente, cierta y gratuita, que no induzca a error y contenga toda la información sobre las características esenciales del servicio que proveen al momento de la oferta, de la celebración del contrato, durante su ejecución y con posterioridad a su finalización. f) Garantizar a los usuarios la confidencialidad de los mensajes transmitidos y el secreto de las comunicaciones. g) Brindar toda la información solicitada por las autoridades competentes, especialmente la información contable o económica con la periodicidad y bajo las formas que se establezcan, así como aquella que permita conocer las condiciones de prestación del servicio y toda otra información que pueda ser considerada necesaria para el cumplimiento de las funciones. h) Disponer del equipamiento necesario para posibilitar que la Autoridad de Aplicación pueda efectuar sus funciones; encontrándose obligados a permitir el acceso de la Autoridad de Aplicación a sus instalaciones y brindar la información que le sea requerida por ella. i) Atender los requerimientos en materia de defensa nacional y de seguridad pública formulados por las autoridades competentes. j) Respetar los derechos que les corresponden a los usuarios de acuerdo con la normativa aplicable. k) Cumplir con las obligaciones previstas en las respectivas licencias, el marco regulatorio correspondiente y las decisiones que dicte la Autoridad de Aplicación. l) Actuar bajo esquemas de competencia leal y efectiva de conformidad con la normativa vigente. m) Cumplir las demás obligaciones que se deriven de la presente ley y reglamentación vigente.”

*sin importar sus circunstancias económicas, localización geográfica o limitaciones físicas.”*

En función de ello, en el “Reglamento General del Servicio Universal” aprobado se establece que el “...*propósito del Servicio Universal es lograr que aquella parte de la población que no podría recibir los servicios esenciales de telecomunicaciones en condiciones normales del mercado, tenga acceso a ellos.*”

De esta manera, el régimen del “Servicio Universal”: 1) establece las zonas de altos costos y deficitarias cuyos clientes son elegibles a los fines de la percepción de los subsidios del “Servicio Universal” y 2) define: a) aquellos clientes o grupos de clientes que, por sus características de consumo, son deficitarios a los efectos de la prestación del servicio telefónico fijo, independientemente de su localización geográfica, incluyéndose a aquellos clientes que, por sus impedimentos físicos, requieren una prestación más onerosa del servicio y b) aquellos servicios de telecomunicaciones que, por razones de política nacional, el Estado decide promover -fijando por ejemplo las tarifas- y generando con ello condiciones de prestación ajenas a los estándares comerciales.

El “Servicio Universal” persigue facilitar el acceso de la población al servicio telefónico fijo, así como subsidiar aquellos servicios no rentables cuyo déficit tiene su origen en los mayores costos derivados de: 1) las características regionales específicas del área de prestación del servicio (zonas de altos costos) o 2) el bajo consumo de los clientes, en especial el de jubilados y/o pensionados, o 3) las condiciones de promoción tarifaria u otras condiciones de prestación definidas por el Poder Ejecutivo Nacional o 4) las condiciones onerosas de la prestación del servicio debido a las limitaciones físicas de los clientes.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> En lo que hace al financiamiento específico del Servicio Universal, el Reglamento establece en su art. 7 que: “*Los prestadores de servicios de telecomunicaciones en el país, deberán aportar el UNO POR CIENTO (1%) de la totalidad de los ingresos devengados por la prestación de los servicios de telecomunicaciones, netos de los impuestos y tasas que los graven. Dichos aportes integrarán el Fondo Fiduciario del Servicio Universal. La Autoridad de Aplicación y los prestadores, en el marco de sus respectivas responsabilidades, llevarán adelante las acciones correspondientes, a los fines de su efectiva implementación, de conformidad con lo establecido en el presente régimen.*” Estableciendo en los arts. 8,

Sobre esta base conceptual, el “Reglamento General del Servicio Universal” establece sus alcances en los arts. 2 y 3.

En efecto, el art. 2 define al “Servicio Universal” indicando que: *“Es el conjunto de servicios y programas, variables en el tiempo, definidos por el ESTADO NACIONAL, destinados a la población en general con una determinada calidad y a precios accesibles, a los que se deberá tener acceso, con independencia de su localización geográfica y sus condiciones sociales, económicas y las referidas a impedimentos físicos. Para efectuar la calificación de los servicios y programas, la Autoridad de Aplicación podrá considerar la totalidad de los servicios de telecomunicaciones, sin importar tecnologías. La Autoridad de Aplicación podrá modificar, adaptar e incorporar servicios y programas, conforme las necesidades de la población lo requieran...”*<sup>13</sup>

Y el art. 3, relativo a los “Principios generales” que informan al Servicio Universal establece que: *“Son principios generales a los fines de la implementación del Servicio Universal: igualdad de oportunidades, flexibilidad y adaptabilidad, consistencia interna, eficiencia, transparencia y estabilidad.”*

---

9, 10 y sig. las condiciones y modalidades de funcionamiento del Fondo Fiduciario del Servicio Universal. Por su parte, por la Resolución N° 7, de fecha 14 de enero de 2009, de la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, aprobó el modelo de contrato de fideicomiso por el que se implementará el Fondo Fiduciario del Servicio Universal.

<sup>13</sup> En lo relativo al alcance del concepto de “Servicio Universal”, debe tenerse presente que en el Decreto 764/2000, se consideró que *“...la experiencia internacional demuestra que la prestación del Servicio Universal ha comenzado a comprender servicios de mayor complejidad, abarcando en algunos casos servicios de acceso a Internet (...) en nuestro país, el estado de desarrollo de las redes y servicios no hace aconsejable extender inicialmente el Servicio Universal a otros servicios que no sean el servicio básico telefónico, sin perjuicio de que se instrumenten mecanismos de revisión de los servicios que se encuentran comprendidos, cuando el desarrollo de la competencia y la evolución tecnológica tornen imperativo garantizar el acceso de la población a un conjunto mayor de servicios de telecomunicaciones.”* De cualquier manera, la Secretaría de Comunicaciones, por las Resoluciones 147/2010 y 148/2010, aprobó los Programas “INTERNET PARA ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS” e “INTERNET PARA BIBLIOTECAS POPULARES”, respectivamente, cuya financiación se incluyó en el Fondo Fiduciario del Servicio Universal.

Como se adelantó, la ley 27.078 vendrá a complementar, también, el régimen del “Servicio universal”.

En relación con el “Servicio Universal” se establece que: a) El Estado nacional garantiza el “Servicio Universal”, entendido como el conjunto de Servicios de TIC que deben prestarse a todos los usuarios, asegurando su acceso en condiciones de calidad, asequibilidad y a precios justos y razonables, con independencia de su localización geográfica. (art. 18); b) El “Servicio Universal” es un concepto dinámico cuya finalidad es posibilitar el acceso de todos los habitantes de nuestro país, independientemente de su domicilio, ingreso o capacidades, a los Servicios de TIC prestados en condiciones de calidad y a un precio justo y razonable. (art. 19); y c) que corresponde al Poder Ejecutivo nacional, a través de la Autoridad de Aplicación, definir la política pública a implementar para alcanzar el objetivo del “Servicio Universal”. Sin perjuicio de ello, el “Servicio Universal” se regirá por los principios, procedimientos y disposiciones de la presente ley y, en particular, por las resoluciones que a tal efecto dicte la Autoridad de Aplicación. (art. 20).

Por su parte, el Título IV, Capítulo II, de la ley 27.078, establece en los arts. 21 a 25, las condiciones de integración y funcionamiento del “Fondo Fiduciario del Servicio Universal”.

### **3. 2. 1. Servicios no incluidos en el régimen originario de “telefonía básica” y servicio público**

Respecto del alcance conceptual de los servicios de telecomunicaciones no incluidos en el régimen originario de la “telefonía básica”, y que se prestan por licencias otorgadas bajo el régimen del Decreto N°764/2000, como por ejemplo el de internet, la jurisprudencia nacional ha avanzado en su inclusión en el régimen del servicio público.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Debe recordarse que el Estado nacional ha declarado la existencia de un interés nacional en el acceso a la red de los habitantes de la República Argentina a la red mundial Internet, conforme los Decretos N°554/97 y N°1279/97, que incluyó en la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión al servicio de Internet, expresando que “...el servicio de Internet permite a los habitantes de la República Argentina acceder a



Así, ha señalado que toda interpretación en contrario implicaría: *“...una limitación del actual concepto de servicio de telecomunicaciones que, apeándose al instituto del servicio básico telefónico al que aludían las normas regulatorias originales del mismo, importa -cuanto menos- un retroceso en la evolución del servicio pues, tal como se estableció en los considerandos del decreto 764/2000 -por el que se consagró la desregulación del servicio de telecomunicaciones y se aprobaron los reglamentos de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones, Nacional de interconexión, General del Servicio Universal y Sobre Administración, Gestión y Control de Espectro Radioeléctrico, sistema normativo que rige en la actualidad el servicio que nos ocupa, sustituyendo al marco regulatorio establecido en los orígenes de su privatización- el régimen vigente hasta entonces “establecía divisiones de servicios que no se correspondían con la evolución real de su prestación en el mundo, observándose por ejemplo, que se establecían distingos entre el servicio telefónico, los servicios de telecomunicaciones -excepto telefonía- y los servicios de valor agregado” y que esas distinciones no respondían “a tendencias cada vez más actuales toda vez que, poco a poco, Interne -denominada red de redes- podría transformarse en servicio básico y configurarla red básica, absorbiendo en su prestación a los demás servicios de datos y de telefonía en un período relativamente corto’...”*

Agregando que, actualmente, bajo el régimen del Decreto N°764/2000: *“...el título habilita al prestador a brindar cualquier tipo de servicio de telecomunicaciones, con o sin infraestructura propia, en todo el territorio de la Nación Argentina, su otorgamiento es independiente de la asignación de los medios requeridos para la prestación del servicio, optando así por un “régimen de licencia única”, abierto, no discriminatorio, con un procedimiento de adjudicación “a demanda”, sobre la base del*

---

*un amplio intercambio de información y centro de datos mundiales sin censura previa (...)* el servicio de Internet es un medio moderno por el cual la sociedad en su conjunto puede expresarse libremente, como asimismo recabar información de igual modo...”, de allí que considera comprendido a tal servicio dentro de la garantía constitucional que ampara la expresión correspondiéndole en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social.

*cumplimiento de requisitos documentales y de información enumerados en el Reglamento, cuyo contenido no impone condicionamientos que obstaculizan el acceso al mercado de las telecomunicaciones...*<sup>15</sup>

Criterio confirmado por la Corte Suprema nacional en la causa “NSS S.A. c/GCBA”, con sentencia del 15 de julio de 2014, donde se afirmó, en relación con la ley 19.798, que: “...*mal podría considerarse que el legislador ha circunscripto la dispensa únicamente al servicio público de telecomunicaciones conocido al momento de promulgación de la norma, en el mes de agosto de 1972, impidiendo que ella abarcase también a los demás servicios que, producto de la innovación tecnológica en la materia, pudieran inventarse...*”

---

<sup>15</sup> CNACAF, Sala V, in re: “IMPSAT SA c/ GCABA -LEY 19798 s/ proceso de conocimiento”, Causa N° 4478/2004, sentencia del 26/02/2008. En el mismo sentido, se ha sostenido que: “...*Es en ese marco declarativo del interés público comprometido, consistente en que todo habitante pueda acceder a Internet, que podría predicarse válidamente que existe un derecho subjetivo del usuario de usar el servicio que se torna de tal manera en público, desde la obligación asumida por el Estado de tutelar dicho interés público y darle satisfacción. La obligatoriedad y generalidad propias de los servicios públicos, son fundamento del derecho de ese sujeto a utilizar el servicio...*” Agregándose que: “...*la materia de telefonía e Internet, en tanto medios de comunicación social son, entonces, un servicio público “domiciliario” en los términos contemplados por el art. 25 de la Ley 24.240. Cuando la ley indica tal distingo atinente a “domiciliarios” cabe interpretar que particulariza sus disposiciones respecto a aquellos servicios públicos que se suministran en forma continua y permanente en los domicilios, la prestación se efectúa a través de instalaciones o artefactos específicos, el consumo se controla por unidades de medición y se fija una tarifa referenciada (Conf. arts. 28, 30 y 31 de la ley 24.240). En tal caracterización es perfectamente englobable la prestación del servicio de acceso a Internet (“Internet Service Provider -ISP-) comprometida por la demandada en autos (...). Tal tesis implica postular que se tomará como pautas de interpretación de mínima en la materia, la contempladas en el art. 42 de la Carta Magna Nacional y la ley 24.240, como así también lo que concordantemente, prevé el art. 33 de la Constitución de la provincia. De esta inteligencia se traduce que, como regla general, el derecho del consumidor, como microsistema autónomo de rango constitucional, tiene precedencia lógica respecto de otros subsistemas, lo que quiere decir que debe buscarse la solución conforme a sus propias normas, si éstas dan una solución clara, aunque sea contraria a otras legislaciones especiales...*” Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial del Noreste del Chubut - SALA B, in re: “Dirección Defensa Del Consumidor c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Contencioso Administrativo (Ley 24.240)” (Expte. N° 20.528 - año 2005), sentencia del 26/12/2005.

# Régimen jurídico del servicio público económico

## 1. Creación y supresión del servicio público. *Publicatio*, consagración o reserva de la actividad al servicio público

La titularidad estatal del servicio público supone una *publicatio*, consagración o reserva, que se manifiesta en una calificación (que en algunos casos es constitucional y, en la mayoría, legislativa) formal de que determinada actividad económica implica la prestación de un servicio público y, por tanto, queda fuera del comercio regulado por el Derecho común y bajo un régimen jurídico de Derecho público.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> La “consagración” al servicio público es de hecho la figura mencionada en la más antigua jurisprudencia nacional; ver: CSJN, in re: “Don Luis Lamas y Hunt, contra la Empresa de Mensajerías y Correos Nacionales, por cobro de cantidad de pesos”, sentencia del 9 de mayo de 1864; Causa XXVI, Fallos de la Suprema Corte, T°1, Primera Serie, pág. 161 y sigs. En el mismo sentido, Marienhoff recuerda que la Corte Suprema nacional ha

La *publicatio*, consagración o reserva, ha tenido, en nuestro Derecho público, un desarrollo más específico en materia de dominio público que de servicio público.<sup>2</sup>

Aunque, en realidad, el acto estatal por el cual una actividad o un bien o conjunto de bienes son consagrados para su desarrollo o utilización públicas, guardan -conceptual y jurídicamente- estricta identidad.

Afirmándose respecto de esta figura que: “...lo único que implica la *publicatio* es la transferencia -fundada en la necesidad y trascendencia social- de la titularidad privada a la pública (...) la *publicatio* no implica atribuir al Estado derecho real alguno. En rigor, ella traduce la incorporación de una actividad al sistema del derecho público y tal solo expresa la decisión estatal de que una determinada actividad se sujete a las potestades administrativas mediante un régimen especial...”<sup>3</sup>

No existe, pues, diferencia conceptual entre la *publicatio* de una actividad para la creación de un servicio público y la consagración y afectación de un bien al dominio público.<sup>4</sup>

El concepto de *reserva* -que también puede utilizarse a los mismos fines-, ha sido desarrollado más contemporáneamente con la aprobación de las primeras Constituciones nacionales de varios países europeos, con posterioridad a la segunda guerra mundial.<sup>5</sup>

---

utilizado acertadamente la figura de la “consagración” en Fallos: 146: 304, 147: 330; 182: 380; ver: Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, segunda edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, Tomo V, pág. 177, cita en nota 7.-

<sup>2</sup> Por todos, ver: Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, segunda edición actualizada, op., cit., pág. 175 y sig.

<sup>3</sup> Cassagne, Juan Carlos, “El Contrato Administrativo”, op., cit., pág. 183. Ver, asimismo: Grecco, Carlos M., “Prolegómenos para el Estudio de los servicios públicos privatizados”, en Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos M., “Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 375 y sig. Ver, asimismo: García Pullés, Fernando, “Lecciones de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, pág. 625.-

<sup>4</sup> Ello, siempre que entendamos al “dominio público” como un título de intervención estatal que implica el sometimiento de “bienes” a un régimen jurídico especial de derecho público, y no un “tipo” especial de propiedad. Ver, en este sentido: González Moras, Juan M., “El régimen dominial del Estado y los recursos naturales”, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 374, Suplemento Especial, “II Congreso Nacional de Jóvenes Administrativistas”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2009, pág. 17 y sig.

<sup>5</sup> Ejemplo de ello son Italia y España. En el caso Italiano, tenemos que el art. 43 de la Constitución de 1947, señala que: “La ley podrá, con finalidades de interés general, reservar a título originario o transmitir mediante expropiación y con indemnización al Estado, a antes

Respecto de lo cual se ha afirmado que: “...La idea de servicio público surge no solo conectada a la obra pública y al contrato administrativo, sino también como procedimiento para que una determinada actividad particular quede sometida más fuerte y directamente a la potestad doméstica de la administración. La estimación, sin embargo, de las necesidades públicas que deben pasar a la categoría de servicio público, como técnica en la que la potestad doméstica es máxima y de suyo mutable, obedeciendo esta mutabilidad no solo a la naturaleza del propio servicio, sino a los avances técnicos, al mayor nivel de vida, a la necesidad de fuertes inversiones y en definitiva a una serie de factores extrajurídicos que hacen imposible que a lo largo de la historia de la Administración sea estático el ámbito de las actividades declaradas como servicio público...”<sup>6</sup>

En nuestro régimen constitucional no existe una mención expresa a las figuras de la *publicatio*, consagración o reserva.

Tanto el art. 42 como el 75, inc. 18, de la Constitución nacional, suponen la existencia de una actividad de servicio público, pero no establecen reglas concretas respecto a las condiciones o modalidad de su *publicatio*, consagración o creación.

Dicho acto estatal, necesario e imprescindible para el sometimiento de una actividad económica a un régimen jurídico de servicio público, carece, pues, de un contenido preestablecido específico.

Debe sólo ostentar, tal como anteriormente vimos, el carácter de ley formal.

---

*públicos o comunidades de trabajadores o de usuarios determinadas empresas o categorías de empresas que exploten servicios públicos esenciales o fuentes de energía o situaciones de monopolio y tengan carácter de interés general predominante*”. Sobre la interpretación de esta norma, ver, por todos: Cassese, Sabino, “La nuova costituzione económica”, Roma-Bari, 1995, 5<sup>o</sup> reimpr. de 1998. Por su parte, la Constitución española de 1978, establece en el Título VII, Economía y Hacienda, artículo 128: “1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.” Sobre el modelo económico de la Constitución española y, en particular, la inserción del servicio público, ver: Sendín García, Miguel Ángel, “Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos”, Editorial Comares, Granada, 2003, pág. 144 y sig.

<sup>6</sup> Villar Ezcurra, José Luis, “Servicio público y técnicas de conexión”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 59.

Es por ello que, en definitiva, la *publicatio*, consagración o reserva, se integran, de manera inescindible, con el régimen jurídico al que sea sometida la actividad económica que pretenda prestarse como un servicio público.

De esta manera, aunque desde ya no deje de constituir una anomalía, puede incluso aceptarse que en ciertos casos dicha declaración formal se encuentre incluida de manera tácita en el régimen jurídico que se dicte para regular determinada actividad económica.

Al contrario, la sola y única circunstancia de que a determinada actividad se la denomine o califique como servicio público, sin que el régimen jurídico que la regule cuente con las características elementales que aseguren su prestación como tal, no autorizará a entender que dicha actividad efectivamente ha sido consagrada como servicio público.

En definitiva, la *publicatio*, consagración o reserva, son indispensables para la creación de un servicio público, pero no se traducen sólo en una calificación o denominación.

El *nomen iuris* es condición necesaria pero no suficiente para que efectivamente exista un servicio público.

Finalmente, la *publicatio*, consagración o reserva, son esencialmente contingentes.

Razón por la cual, la actividad económica que en determinado momento fue consagrada como servicio público puede ser, en cualquier momento sucesivo, *devuelta* al mercado.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Un claro ejemplo de esto se dio con la sanción de la ley 24.065, que establece en su art. 1º: “Caracterízase como servicio público al transporte y distribución de electricidad. Exceptúase, no obstante su naturaleza monopólica, el régimen de ampliación del transporte que no tenga como objetivo principal la mejora o el mantenimiento de la confiabilidad que, en tanto comparta las reglas propias del mercado, será de libre iniciativa y a propio riesgo de quien la ejecute. La actividad de generación, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público será considerada de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo.” Conforme a esta norma, la caracterización como servicio público permanece, respecto de la normativa regulatoria anterior, salvo en lo que hace a la generación de energía, que pasa a ser una actividad privada calificada como de interés público.

## 2. La titularidad del servicio público

### 2. 1. Titularidad estatal del servicio público en la doctrina de la Corte Suprema nacional

En la primera parte de este trabajo hemos desarrollado el estudio de las bases constitucionales, legales y jurisprudenciales, sobre las cuales se forjó el régimen jurídico del servicio público nacional.

Dentro de ese régimen (constitucional, legal y reglamentario), ha quedado claro que la titularidad del servicio público corresponde (desde la Constitución del 1853 y hasta la Constitución de 1994), al Estado (nacional o provincial, según la jurisdicción de que se trate).

La titularidad estatal del servicio público (de la actividad económica que, en cada caso, sea objeto de la prestación de un servicio público), ha sido reconocida, desde el mismo origen de nuestro régimen jurídico nacional, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

En la actualidad, dichos conceptos no sólo han sido mantenidos sino que, hay que señalarlo, han sido reforzados con posteridad a la “reforma” del Estado, desarrollada a partir de 1989.

En primer lugar, cobra especial significado que la Corte Suprema nacional afirme que: *“...todo servicio público reconoce un titular, pero nada más que uno: el Estado o poder concedente, que tan sólo delega la prestación. El servicio, pues, se halla bajo la inspección y el control de ese poder concedente, con exclusión de toda voluntad extraña, lo cual resulta comprensible o, más bien, inevitable, por cuanto dentro de la coordinación armónica de intereses entre concedente -o titular- y concesionario -o delegado- no cabe la intromisión de otra autoridad soberana (Fallos: 188:247; 183:429; 189:272, y 316:2892, considerando 6º)...”*<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> CSJN, in re: B. 195. XXXVI - “Buenos Aires, Provincia de c/Edenor S.A. s/ remoción de electroductos”, sentencia del 23/10/2007. Conforme la doctrina que se cita en el fallo, la propia Corte Suprema había establecido que: *“...debe quedar sentado que la prestación del servicio público telefónico está incluido en la expresión ‘comercio’ del inc. 12 del art. 67 de la Constitución Nacional (Fallos: 154:104; 198:445; 257:169; 299:149) como así también en los supuestos de los incs. 13 y 16 del mismo; todo ello, por lo demás, concorde con el propósito del*

La Corte Suprema ratifica, así, que el modelo regulatorio constitucional se basa, desde el punto de vista de las potestades, en los conceptos de: 1) titularidad estatal del servicio público; 2) el concesionario como delegado del Estado; 3) la delegación que incluye sólo la prestación del servicio, no su titularidad; 4) la jurisdicción federal sobre los servicios nacionales; 5) su derivación de los arts. 75, inc. 13 y 18, de la Constitución nacional; 6) el régimen jurídico incluye los caracteres de obligatoriedad, regularidad y continuidad del servicio público concedido; 7) los usuarios como beneficiarios directos del servicio público; y 8) la finalidad pública perseguida por el Estado en la organización de un servicio público.

Luego, dichas nociones vienen a ser reforzadas por la interpretación que la propia Corte Suprema hará del art. 42 de la Constitución nacional en

---

*Preámbulo de 'promover el bienestar general', con los objetivos enunciados en el inc. 16 del art. 67 y las facultades otorgadas al Congreso en el inc. 28. Siendo así, resulta manifiesto que cuando la Nación actúa como poder concedente del servicio público telefónico nacional, no lo hace en virtud de una gracia, o permiso revocable o precario de la provincia, sino con plena jurisdicción y en ejercicio de un derecho emanado de su naturaleza constitucional, fundado a su vez en el deber de 'promover el bienestar general' y más concretamente en el de cumplir los objetivos enunciados en los antes citados incisos 12, 13, 16 y 28 del art. 67...' CSJN, in re: "Buenos Aires, Provincia de c/E.N.Tel. (Empresa Nacional de Telecomunicaciones) s/repetición", sentencia del 24 de agosto de 1982 (Fallos: 304:1191). Doctrina que será inmediatamente confirmada en el caso "Buenos Aires, Provincia de c/SEGBA (Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires) s/repetición", con sentencia del 3 de noviembre de 1983. Por esos años, ya recobrada la democracia, la Corte Suprema señala que: "...Las autoridades competentes del Gobierno Federal, en ejercicio de diversas atribuciones conferidas por la Ley Fundamental, en particular, las establecidas por el art. 67, incisos 16, 27 y 28, instituyeron a Obras Sanitarias de la Nación como una persona de existencia ideal; específicamente, una persona jurídica de carácter público, con autarquía para los fines de su creación (arts. 1º y 3º de la ley 13.577, según el texto aprobado por la ley 20.324; confr. arts. 31, 32 y 33, primera parte, inc. 2º, del Código Civil), que se desenvuelve dentro de la órbita del Poder Ejecutivo nacional, del cual depende...", CSJN, in re: "Obras Sanitarias de la Nación c/ Castiglioni y Lissi, Jorge A. L.", 1985, Fallos: 307: 412. Por su parte, debe señalarse que la Corte Suprema ha afirmado, también, la titularidad "originaria" de los servicios públicos a favor del Estado, al señalar que: "...Revocada por la Corte Suprema la sentencia apelada por la compañía demandada, por la vía del recurso extraordinario, en razón de considerar que en los casos de recuperación de servicios públicos por el Estado, en su carácter de titular originario del mismo, no es admisible la invocación del despido por el dependiente del concesionario-delegado, cuando permanece en su trabajo, por el sólo hecho de haberse operado aquella variante en la persona patronal, ello hace innecesario que el Tribunal se pronuncie sobre las demás cuestiones articuladas por la recurrente...", CSJN, in re: "Ipucha, Martín, y otros c/ Cía. de Aguas Corrientes de la Prov. de Bs. Aires (en liquidación)", 1951, Fallos: 221: 731 y sus citas.*



relación con el modelo prestacional mixto actualmente vigente, señalando que: “...en modo alguno el texto constitucional determina que resulte una característica esencial de los servicios públicos que éstos deban ser prestados por entes estatales ni en condiciones monopólicas. El constituyente de 1994 ha contemplado los servicios públicos poniendo el acento en el interés y en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, tal como resulta de manera elocuente, por lo demás, del primer párrafo del citado art. 42; y ha dejado librado al criterio del legislador –siempre que se asegure la calidad y eficiencia del servicio bajo un marco regulatorio adecuado y con organismos de control pertinente- determinar la naturaleza de la persona o personas – estatal, pública, mixta o privada- que tendrán a su cargo la prestación del servicio y las condiciones bajo las cuales se la llevará a cabo...”<sup>9</sup>

Finalmente, en el caso “CEPIS”, se completa en el esquema conceptual, tanto regulatorio como prestacional, la idea de que la titularización por parte del Estado de la actividad económica objeto de un servicio público se encuentra directamente vinculada con la garantía de determinados derechos fundamentales.

En efecto, en “CEPIS”, la titularización estatal de una actividad como servicio público a través de una *publicatio* (o calificación formal por parte del legislador), es considerada por la Corte Suprema nacional como un medio o procedimiento para asegurar su prestación y, con ella, los derechos fundamentales reconocidos a los usuarios de servicios públicos, estableciendo en este sentido que: “...las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación. Se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos...”<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Conf. CSJN in re: “NSS S.A. c/ GCBA s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 15 de julio de 2014.

<sup>10</sup> Del voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSL, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y

Marco conceptual dentro del cual, a su vez, se reivindicará para el poder judicial la misión del “...ejercicio del control jurisdiccional de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las tarifas...”<sup>11</sup>, en tanto: “... el Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico-social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de “confiscatoria”, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar...”<sup>12</sup>

Razonabilidad y proporcionalidad que, por su parte, deben integrarse en materia tarifaria con los principios de “gradualidad”<sup>13</sup> e “igualdad”<sup>14</sup>.

---

la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016.-

<sup>11</sup> Ello, sobre la base de la doctrina de Fallos 321:1252; 322:3008 y 323:1825, conforme el voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016, considerandos 27, 30, 32 y 33.

<sup>12</sup> Del voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016, considerando 33.-

<sup>13</sup> En efecto, se ha expresado en este sentido que: “...22) Que toda previsión tarifaria, con más razón cuando la autoridad de aplicación invoca la necesidad de recuperar un retraso histórico, como ha ocurrido en la presente causa, debe incorporar -como condición de validez jurídica conforme a la previsión constitucional que obliga a respetar el derecho de los usuarios a la protección de sus “intereses económicos”- el criterio de “gradualidad”, expresión concreta del principio de razonabilidad entre medios y fines que el Tribunal ha receptado en anteriores ocasiones (Fallos: 299:428, 430, considerando 5° y sus numerosas citas)...”, Del voto del Juez Rosatti, concurrente con el de la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016.

<sup>14</sup> Señalándose que: “...en miras a garantizar la razonabilidad de la tarifa de un servicio público esencial es imprescindible que exista una clara diferenciación de sectores y regiones, con atención especial a los más vulnerables. En efecto, el artículo 16 de la Ley Fundamental no impone una rígida igualdad, por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, atribuyéndose a su prudencia una

Principios que deben guiar la idea de “responsabilidad” en la prestación del servicio público, como corolario de la obligatoriedad y de las condiciones de regularidad, continuidad y universalidad del servicio, y que se proyecta en varias direcciones: a) la responsabilidad contractual (entre el Estado concedente y el concesionario); b) la responsabilidad contractual frente a los usuarios del servicio (entre el concesionario y el usuario); y c) la responsabilidad extracontractual (entre Estado prestador o concesionario frente a terceros -usuarios o no- del servicio).

## **2. 1. 1. La titularidad estatal del servicio público en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La noción de titularidad estatal del servicio público ha sido recepcionada, además, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que: *“...La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier*

---

*amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación (Fallos: 320:1166), en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o en un indebido privilegio personal o de un grupo (Fallos: 315:839; 322:2346). El imperativo igualitario aplicable en la presente causa no solo deriva de modo genérico del artículo 16 y cc. de la Constitución Nacional sino también, en particular en lo relativo a la prestación de un servicio público esencial, en lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional incorporado en la reforma constitucional de 1994, en tanto reconoce a los usuarios el derecho a un trato “equitativo”...”, Del voto del Juez Rosatti, concurrente con el de la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSL, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016.*

*institución de salud (...) 96. La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible...”<sup>15</sup>*

De esta manera, la Corte Interamericana hace directa alusión a la técnica del servicio público, vinculándola directamente con: a) Las obligaciones estatales en tanto el Estado es titular de dichos servicios, considerados necesarios para asegurar la provisión de “bienes públicos” a los ciudadanos; b) La posibilidad de su delegación para su prestación por parte de un concesionario; y c) La responsabilidad directa del Estado por la falta de debido control de la prestación del servicio público.

Aludiendo posteriormente, incluso, a la función de garantía que, para la efectividad de otros derechos consagrados en el bloque de convencionalidad, cabe también exigir del servicio público.<sup>16</sup>

## **2. 2. Caracteres y régimen jurídico del servicio público económico**

Lo que define a un servicio público, como tal, además de su eventual calificación formal, es el régimen jurídico al que queda sometida la actividad económica de que se trate.

---

<sup>15</sup> Corte IDH, caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia del 4 de julio de 2006.-

<sup>16</sup> Ver el caso “Velez Loor vs. Panamá”, sentencia de fecha 23 de noviembre de 2010.

Ello es así, en virtud de las aludidas dificultades para desarrollar un concepto unívoco u omnicomprensivo de todas aquellas actividades económicas que pueden llegar a constituirse en servicio público, y porque, además, no basta la simple mención del concepto “servicio público” –en ausencia de un régimen legal general que lo discipline– para determinar y definir su régimen jurídico.

De manera tal que, ante cualquier caso dudoso, y al momento de definir la condición de servicio público de una actividad económica, desarrollada por el Estado o por particulares, debemos remitirnos al análisis de los distintos elementos y caracteres que se han desarrollado en el tiempo, desde el punto de vista legislativo, jurisprudencial y doctrinario, a efectos de establecer los requisitos que debe cumplir el régimen jurídico en particular para poder considerar a la actividad regulada de que se trate como servicio público.

No creemos que existan “caracteres” del servicio público desvinculados, o que no surjan, en todo caso, de su régimen jurídico.

Ello, porque, en realidad, gran parte de los tratadistas del derecho administrativo, aún sin acordar en los caracteres o notas características del servicio público, convienen, en general, en establecerlos como un “a priori” del régimen jurídico del mismo.

Por el contrario, entendemos que, en realidad, dichos caracteres o notas características del servicio público surgen, justamente, de su régimen jurídico, o mejor: de la generalización que pueda hacerse de dicho régimen jurídico.

Los caracteres del régimen jurídico del servicio público que actualmente pueden señalarse como los más relevantes, y que han sido sucesivamente relevados y desarrollados por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, están, pues, vinculados a su prestación en condiciones de: a) obligatoriedad; b) regularidad; c) continuidad; y d) universalidad y uniformidad.

A los que, necesariamente, habrá que sumar, por estar directamente implicados en aquellos, las cuestiones vinculadas con: a) el régimen de responsabilidad de los sujetos involucrados; b) el régimen de precios,

tasas o tarifas; c) el régimen de los bienes públicos y privados afectados a la prestación del servicio; d) el régimen de control del cumplimiento de las condiciones de regularidad impuestas a los prestadores.

## 2. 2. 1. La “obligatoriedad” en la prestación del servicio público

El primer “obligado” a prestar el servicio público es el Estado, en tanto titular del mismo.

Ello desde el doble punto de vista de su regulación constitucional.

En efecto, tanto desde el punto de vista del sistema de potestades estatales (art. 75, incs. 13, 14, 18 y 23), como desde el sistema de derechos y garantías constitucionales (arts. 42 y 43), el servicio público constituye una obligación para el Estado nacional.

El Estado, en función de ello, está “obligado” a: 1) determinar la “necesidad” de que una actividad económica se regule como servicio público; 2) organizar técnica, jurídica y económicamente su prestación; 3) asegurar su efectiva, regular, continua y universal prestación al conjunto de los usuarios actuales y potenciales del mismo.

Puede afirmarse, así, que la obligatoriedad, en las diversas formas y modalidades en que puede ser introducida en cada marco regulatorio, es el elemento que da o define el carácter del régimen jurídico del servicio público.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> En este sentido, resulta muy interesante señalar cómo Mairal concuerda con esta afirmación, pero con fundamentos que, por lo expresado en el presente trabajo, no compartimos. En efecto, Mairal afirma que los “...servicios públicos por antonomasia comparten la característica de la obligatoriedad del suministro para el prestador, pero no así la de la titularidad estatal. Es, pues, tal obligatoriedad lo que constituye actualmente el factor definitorio del servicio público. Las restantes notas, o sea, la uniformidad o igualdad, la regularidad y la continuidad, pueden ser entendidas como consecuencias de la obligatoriedad...”, para luego sostener que: “...La obligatoriedad se basa, por lo general pero no necesariamente, en la existencia de un monopolio de hecho o de derecho (...) La obligatoriedad no es mera consecuencia de la titularidad estatal o del carácter administrativo de la actividad. Ella emana, simplemente, de la reglamentación a que está sometido el prestador (...) Es, pues, el régimen jurídico especial al cual está sometida, lo que convierte a una actividad en servicio público, y no la persona de su titular...”, Mairal,

La obligatoriedad del servicio público puede ser definida de distintas maneras.

En efecto, puede establecerse a partir de: 1) las condiciones generales de la oferta de los servicios<sup>18</sup>; 2) las condiciones específicas de la oferta de los servicios<sup>19</sup>; 3) las condiciones de aceptación de la

---

Héctor A., “La ideología del Servicio Público”, op., cit., pág. 429 a 434. Por nuestra parte, entendemos que la “obligatoriedad” de la prestación de un servicio público sólo puede derivarse de la titularidad estatal del mismo, es decir de su *publicatio*; ello, en tanto, no puede desvincularse al régimen jurídico del servicio público de que se trate, como lo hace Mairal, respecto del sistema constitucional de derechos y potestades, pues, de lo contrario, nos encontraríamos con que, o bien dicha “obligatoriedad”, y el régimen jurídico particular que la impusiera, no tendrían fundamento constitucional alguno, o bien ésta podría llegar a considerarse, en el caso de la prestación del servicio por particulares, como una imposición estatal desmedida o irrazonable, dentro del esquema constitucional que permite la regulación de los derechos. La “obligatoriedad” surge de la titularidad estatal del servicio público, entendida ésta no como “propiedad” o “título” que pueda poseer patrimonialmente un particular o el propio Estado, como parece entenderlo Mairal, sino como potestad, es decir, como parte de la competencia estatal, a partir, reiteramos, de una *publicatio*. El Estado es, pues, titular del servicio público en tanto posee potestades constitucionales que lo obligan a asegurar su organización y efectiva prestación a los usuarios. En el mismo sentido, ver: García Pullés, Fernando, “Lecciones de Derecho Administrativo”, op., cit., pág. 631.-

<sup>18</sup> La oferta de servicio por itinerarios y frecuencias es la forma en que tradicionalmente se ha manifestado la obligatoriedad de los servicios públicos de transporte de pasajeros. Así, en el caso ferroviario, tenemos la ley 2873 y sus normas reglamentarias; por su parte, el Decreto N°958/92, con las modificaciones introducidas por el Decreto N°808/95, reglamentario del transporte por automotor interurbano de pasajeros de jurisdicción nacional, establece en el art. 18 que: “*La explotación del servicio público de transporte automotor de pasajeros será adjudicada a través de un permiso previo, cuya vigencia tendrá un plazo de DIEZ (10) años. La adjudicación de un permiso bajo el régimen de servicio público, implicará para el permisionario la obligatoriedad de prestar los servicios en las condiciones establecidas por la autoridad de aplicación, y le permitirá asimismo acceder, en libertad de condiciones, a la explotación de cualquier servicio de tráfico libre de jurisdicción federal.*” Disposiciones similares contiene la regulación del transporte automotor de pasajeros, en el marco del cual el Decreto 656/94, establece en su art. 7 que: “*Constituyen servicios públicos de transporte de pasajeros urbano o suburbano, todos aquellos que tengan por objeto satisfacer con continuidad, regularidad, generalidad, obligatoriedad y uniformidad, en igualdad de condiciones para todos los usuarios, las necesidades comunitarias de carácter general en materia de transporte...*”

<sup>19</sup> Es el caso del art. 5 del “Reglamento de control del Correo Oficial”, aprobado por el Decreto N°431/98, que establece concretamente los servicios postales que obligatoriamente debe ofrecer el concesionario del correo oficial.

demanda del servicio<sup>20</sup>; o 4) por la imposibilidad de interrumpir el ofrecimiento del servicio<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> La obligatoriedad y la continuidad del servicio público de electricidad, aparecen claramente establecidos en los arts. 3, 14, 21 y 53 de la ley 24.065. De igual manera, en los arts. 19, 24, 25 y 28 de la ley 24.076 para el caso del gas natural. Entre dichas previsiones se destaca el art. 21 de la ley 24.065 en el cual la obligatoriedad se manifiesta en relación directa con el acceso a los servicios, al establecer que: “*Los distribuidores deberán satisfacer toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida en los términos de su contrato de concesión...*” Igual previsión se da para la distribución de gas natural, en función de lo previsto en el art. 25 de la ley 24.076. En el caso del servicio de telecomunicaciones, su marco regulatorio -art. 15 de la ley 19.798- establece que: “*Toda persona tiene derecho de hacer uso de los servicios de telecomunicaciones abiertos a la correspondencia pública, de conformidad con las leyes y reglamentaciones pertinentes.*” En el caso de los servicios regulados por la ley 26.221 (Marco regulatorio de provisión de agua potable y cloacas para la concesionaria estatal Agua y Saneamiento S.A.), la “obligatoriedad” aparece al establecerse en el art. 8 que: “*...La prestación o puesta a disposición de los servicios se realizará a todo inmueble habitado comprendido dentro del Area Servida, de conformidad con lo previsto en este Marco Regulatorio. Dicha obligatoriedad regirá en forma gratuita para el servicio público contra incendio incluyendo los Departamentos de Bomberos...*” Y, correlativamente, en su art. 60 inc. a), que los usuarios tienen derecho a: “*Recibir de la Concesionaria, en las condiciones establecidas en el presente Marco Regulatorio, el Contrato de Concesión y planes aprobados, los servicios de agua potable y desagües cloacales en el momento que los mismos estén disponibles para su uso...*” A su vez, el art. 10 señala: “**COBERTURA DE SERVICIOS. Obligación de Prestación del Servicio. La Concesionaria debe extender, mantener y renovar las redes externas, conectarlas y prestar los servicios de agua potable y desagües cloacales para uso común en las condiciones establecidas en este Marco Regulatorio, el Contrato de Concesión y planes aprobados, a todo inmueble sea residencial o no, comprendido dentro de las Areas Servidas o de Expansión (...)** **Obligación de la Conexión. Los propietarios, consorcios de propietarios, según la Ley N° 13.512, poseedores y tenedores de inmuebles que se encuentren en las condiciones del Artículo 8° estarán obligados a instalar a su cargo los servicios domiciliarios internos de agua y desagües cloacales de acuerdo a las normas técnicas de la Ley N° 13.577 o las que dicte la Autoridad de Aplicación y a mantener en buen estado las instalaciones...**”

<sup>21</sup> Ello puede verse concretamente en el Reglamento de Licencias de Telecomunicaciones aprobado por el Decreto 764/2000, que, entre otras cuestiones, establece en su art. 10.1, inc. a), que los prestadores están obligados a “*Iniciar la prestación de los servicios registrados, dentro del plazo de DIECIOCHO (18) meses, contados a partir de la fecha de su registración, salvo que la Autoridad de Aplicación haya otorgado prórroga expresa. Los servicios registrados deberán prestarse en condiciones de regularidad, continuidad, calidad y respetando el principio de no discriminación.*” Y en el art. 16.2 que “*La Autoridad de Aplicación podrá declarar la caducidad de las licencias conferidas en los términos del presente Reglamento, ante el acacamiento de alguna de las siguientes causales: 16.2.1. La verificación de que el Prestador no brinde al público uno o más de los servicios registrados, pasados DIECIOCHO (18) meses desde la fecha de su registración, salvo que la Autoridad de Aplicación haya otorgado prórroga expresa, en cuyo caso, dicho plazo se computará a partir de su vencimiento. 16.2.2 La interrupción total de los servicios...*”



En virtud de todo ello, la obligatoriedad se conecta, al menos, con las siguientes cuestiones: 1) la organización jurídica y material de una actividad económica de prestación directa a usuarios indeterminados como actividad-servicio público, por parte de su titular, el Estado, a efectos de asegurar su efectiva erogación, en condiciones de regularidad y continuidad<sup>22</sup>; 2) la necesidad de una autorización especial por parte del Estado, titular del servicio público, para que el servicio público pueda ser prestado por sujetos particulares en calidad de “delegados” estatales; 3) la posible obligatoriedad de determinado tipo de servicios (sanidad, seguridad, etc.), determinada por el correspondiente marco regulatorio, para los propios usuarios; 4) la imposibilidad de que se abandone la prestación del servicio, sea tanto por el Estado titular-prestador, o por parte de prestadores particulares especialmente autorizados para su gestión; 5) la responsabilidad estatal, directa o indirecta, y del prestador privado, generada por el deficiente cumplimiento o el abandono de la prestación de un servicio público.

La primera cuestión que aparece aquí, luego de la reforma constitucional de 1994, es, precisamente, la posibilidad de que los usuarios de una actividad económica de servicios soliciten, por los medios que la propia constitución establece, su regulación como servicio público.

---

<sup>22</sup> La ley 15.336, al calificar el servicio público de electricidad de jurisdicción nacional, recurre expresamente a la regularidad y continuidad como notas caracterizantes del mismo. Así, el art. 3 establece que: “A los efectos de la presente ley, denominase servicio público de electricidad la distribución regular y continua de energía eléctrica para atender las necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de una colectividad o grupo social determinado de acuerdo con las regulaciones pertinentes...” A lo cual se agrega, en el art. 1 del Decreto 1398/92, reglamentario de la ley 24.065, que: “Atribúyese el carácter de servicio público a la actividad de distribución de energía eléctrica por su condición de monopolio natural. Su regulación deberá consistir en la fijación de las tarifas a aplicar y en el control de la calidad de la prestación del servicio. Caracterízase a la actividad de transporte como un servicio público por su naturaleza monopólica. No obstante lo cual, comparte las reglas propias del mercado por las particularidades que presenta en lo atinente a su expansión. Tales condiciones deberán ser tenidas en cuenta por la SECRETARÍA DE ENERGÍA ELÉCTRICA al establecer la regulación específica de tal actividad y por el ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD al ejercer las funciones que le asigna la Ley N°24.065.”

Se tratará, pues, eventualmente, de un traspaso de la actividad económica de la esfera privada a la pública por acción o a requerimiento de sus destinatarios, los usuarios, especialmente protegidos por la Constitución Nacional.

Ahora bien, es justamente en este momento donde puede afirmarse que la “obligatoriedad” se constituirá en la piedra angular de todo marco regulatorio de una actividad económica que pretenda regularla o darle el carácter de servicio público.

En el caso de nuestro país, este carácter del régimen del servicio público fue incorporado ya en las primeras legislaciones que regularon la prestación de servicios por parte del Estado nacional, y se mantiene –bajo diversas modalidades– en los actuales marcos regulatorios de los servicios públicos nacionales.

Los marcos jurídicos mencionados nos llevan a la consideración de la segunda cuestión planteada respecto de la obligatoriedad del servicio público, esto es, la necesidad de que exista una autorización especial del Estado hacia los sujetos particulares que pretendan prestar un servicio público en su sustitución.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> La *publicatio* o caracterización de la actividad como servicio público, implica, correlativamente, que su prestación por particulares requerirá una expresa “delegación” estatal. Así, por ejemplo, en los términos de los arts. 3 y 14 de la ley 15.336 (art. 14 conforme la redacción dada por el art. 89 de la ley 24.065), se establece que: “*El ejercicio por particulares de actividades relacionadas con la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica de jurisdicción nacional, cualquiera sea la fuente de energía utilizada, requiere concesión del Poder Ejecutivo en los siguientes casos: a) Para el aprovechamiento de las fuentes de energía hidroeléctrica de los cursos de agua pública cuando la potencia normal que se conceda exceda de 500 kilovatios; b) Para el ejercicio de actividades destinadas al servicio público de transporte y/o distribución de electricidad.*” Idéntica situación se da en lo concerniente al transporte y distribución de gas natural, conforme lo establecido en el art. 4 de la ley 24.076. Dentro de este esquema clásico de delegación del servicio público, puede decirse que la ley 24.065, tributaria directa del sistema de la ley 23.696, es expresión de una noción de “subsidiariedad” estatal adaptada a las condiciones de organización y prestación de un servicio público. Ello es así en tanto, por un lado, se mantiene a la actividad de transporte y generación fuera del mercado (al caracterizarlas como servicio público), lo que implica que los particulares sólo pueden acceder a su prestación por medio de una expresa delegación estatal (concesión); y, por otro, se establece que la prioridad debe ser la prestación del servicio por personas jurídicas privadas y, solo en defecto de estas, por el propio Estado. Concretamente, el art. 3 de la ley 24.065 establece que: “*El transporte y la distribución de electricidad deberán*

En cuanto a esto, debe decirse que, desde la sanción de la Constitución Nacional de 1853 quedó claramente establecido, en la ya citada cláusula de prosperidad, actual art. 75, inc. 18, la posibilidad de que tanto el servicio como las obras públicas pudieran ser desarrollados por particulares por el otorgamiento de un privilegio a esos efectos por parte del Estado. Privilegio que se confunde originariamente con la figura jurídica de la “concesión”.<sup>24</sup>

Todo aquel que presta un servicio público ostenta un privilegio frente a los demás particulares.

Dicho privilegio posibilita, pues, temporalmente, que un particular pueda ejercer una actividad económica que, en principio, no podría desarrollar. Actividad económica que está, pues, fuera de la esfera de los derechos constitucionales reconocidos en el sistema de los arts. 14, 16, 17, 19, siguientes y concordantes, de la Constitución nacional.

Es por ello que los particulares no ostentan derechos a la prestación del servicio público.

---

*prioritariamente ser realizados por personas jurídicas privadas a las que el Poder Ejecutivo les haya otorgado las correspondientes concesiones de conformidad con las disposiciones de las leyes 15.336, 23.696 y de la presente ley. El Estado por sí, o a través de cualquiera de sus entes o empresas dependientes, y a efectos de garantizar la continuidad del servicio, deberá proveer servicios de transporte o distribución en el caso en que, cumplidos los procedimientos de selección referidos en la presente ley, no existieron oferentes, a los que puedan adjudicarse las prestaciones de los mismos.”* Una previsión similar puede verse en el art. 4 de la ley 24.076 respecto al transporte y distribución de gas natural.

<sup>24</sup> La concesión es considerada estrictamente un privilegio y una delegación de funciones estatales por la Corte Suprema nacional desde antiguo; ver: CSJN, in re: “Varios Puesteros próximos al Mercado del Centro c/Empesario del mismo Mercado”, sentencia del 8 de Noviembre de 1866, que confirma por sus fundamentos la sentencia del Juez de Sección Don Alejandro Heredia, de fecha 3 de Septiembre de 1866, Fallos: 3:468; “Ferrocarril Central Argentino contra la Municipalidad del Rosario, sobre inconstitucionalidad del impuesto y devolución de dinero”, sentencia de la Cámara Federal de Apelación, Paraná, 4 de abril de 1905; y especialmente en las causas: “Gómez, Juan B. vs. Empresa del F.C.C. Córdoba”, sentencia del 31 de mayo de 1926, Fallos: 146: 207; “Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros Ferrovianos c/ Ferrocarril Central Argentino”, 1928, Fallos: 152: 385; “Gutierrez Gregorio vs. Compañía Hispano Americana de Electricidad”, sentencia del 25 de agosto de 1930, Fallos: 158: 268; “Cía. de Electricidad de la Prov. de Bs. Aires v. Municip. de Azul”, 1932, Fallos: 166: 417; entre muchos otros.

La “obligatoriedad” implica, una vez regulada la actividad económica de que se trate como un servicio público: a) la obligación de prestación del servicio a todos los usuarios que lo soliciten (o, en su caso, que deban usarlo de manera obligatoria), sin poder establecer discriminación alguna en relación con la demanda de los mismos; b) la imposibilidad de que se abandone su prestación, sea tanto por parte del eventual Estado titular-prestador, o por parte de los particulares que hayan sido especialmente autorizados para su gestión.

En el caso de que el Estado titular del servicio público decidiera prestar o desarrollar por sí mismo la actividad económica de que se trate, la obligatoriedad de su prestación, una vez organizada técnica, jurídica y económicamente, estará implícita en el marco legal que le otorgue las respectivas competencias.

En cambio, en el supuesto de que la actividad sea desarrollada por particulares autorizados especialmente por el Estado titular de la actividad, la obligatoriedad debe surgir, de una u otra forma, en el régimen jurídico que regule la actividad.

### *2. 2. 1. 1. “Obligatoriedad” del servicio público para el usuario*

La prestación del servicio público es obligatoria para su titular, el Estado, y en su caso para el prestador privado, pero también puede serlo para el usuario.

El usuario, efectivamente, puede verse legalmente obligado a someterse a un régimen de servicio público. Lo que ha sucedido desde las primeras normativas vinculadas a la salubridad, sanidad y seguridad en las comunicaciones terrestres y navales.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Actualmente, la ley 26.221 (Marco regulatorio de provisión de agua potable y cloacas para la concesionaria estatal Agua y Saneamiento S.A.), establece, dentro del alcance de la “obligatoriedad” del servicio, en su art. 10: “*Obligatoriedad de la Conexión. Los propietarios, consorcios de propietarios, según la Ley N° 13.512, poseedores y tenedores de inmuebles que se encuentren en las condiciones del Artículo 8° estarán obligados a instalar a su cargo los servicios domiciliarios internos de agua y desagües cloacales de acuerdo a*

## 2. 2. 1. 2. Las denominadas “obligaciones de servicio público”

En la actualidad, y en el marco de la gestión o prestación de servicios públicos en régimen de competencia o “liberalizados”, la obligatoriedad como carácter determinante de la existencia de un servicio público se ha trasladado a las denominadas “obligaciones de servicio público”.

Estas “obligaciones de servicio público”, en regímenes jurídicos liberalizados y desregulados, serán las portadoras de la noción y régimen jurídico propios del servicio público en actividades económicas que, en principio, son desarrolladas por operadores que no están sujetos, en el desarrollo de su actividad específica, a las reglas generales del servicio público.

De esta manera, se especifica aún más la noción de servicio público, ya que sólo una porción o parte separable de la actividad económica de que se trate se regulará según las reglas del servicio público, quedando el resto de la actividad regulada no ya como servicio público, sino, a lo sumo, como actividad privada de interés público.

Fenómeno principalmente desarrollado en Europa, por influjo del derecho comunitario y que ha dado lugar, por su parte, al nacimiento del concepto de “servicio universal”, sobre el que posteriormente volveremos.

## 2. 2. 2. La “regularidad” en la prestación del servicio público

La “regularidad” se vincula directamente con las condiciones de prestación del servicio público.<sup>26</sup>

---

*las normas técnicas de la Ley N° 13.577 o las que dicte la Autoridad de Aplicación y a mantener en buen estado las instalaciones...”*

<sup>26</sup> La ley 26.221 (Marco regulatorio de provisión de agua potable y cloacas para la concesionaria estatal Agua y Saneamiento S.A.), establece en su art. 7 que: “...El servicio público de abastecimiento de agua potable y desagües cloacales debe ser prestado en condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, calidad, y generalidad, de manera

No es suficiente que el servicio público sea obligatorio, es decir, que su prestación sea asegurada a los usuarios, sino que es necesario—además— que dichas prestaciones, sea quien fuere el prestador, sean desarrolladas de conformidad con determinados estándares mínimos de “calidad” y “cantidad”.<sup>27</sup>

---

*tal que se asegure su eficiente prestación a los Usuarios y la protección del medio ambiente, en los términos de este Marco Regulatorio, y las reglamentaciones técnicas vigentes...*” Es por ello que, la definición de las condiciones de regularidad del servicio, y específicamente con la “calidad del servicio”, no pueden quedar en manos del concesionario, tal como impropriadamente lo indica el art. 26 de la ley 24.065 al señalar que: “Los transportistas y los distribuidores deberán fijar especificaciones mínimas de calidad para la electricidad que se coloque en sus sistemas. Dichas especificaciones serán publicadas en los respectivos cuadros tarifarios.”

<sup>27</sup> La ley 26.221 (Marco regulatorio de provisión de agua potable y cloacas para la concesionaria estatal Agua y Saneamiento S.A.), establece las condiciones de “regularidad” del servicio (mínimos de cantidad y calidad del servicio), básicamente en su art. 9 que indica: “REQUERIMIENTOS GENERALES. Sin perjuicio de lo establecido en el Contrato de Concesión y todo otro acuerdo entre la Concesionaria y la Autoridad de Aplicación, los niveles de servicio apropiados serán los siguientes: a) Cobertura de los servicios. El objetivo es que los servicios de agua potable y desagües cloacales estén disponibles en los plazos y con los alcances que se fijen en el Contrato de Concesión para los habitantes de las ciudades y pueblos del Área Regulada, en función de los planes que se aprueben. b) Calidad de agua potable. El agua que la Concesionaria provea deberá cumplir con los requerimientos técnicos contenidos en el presente Marco Regulatorio (Anexos A y C) y los que disponga el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (...). c) Presión de agua. El objetivo general al que la Concesionaria deberá tender es a procurar una presión de agua de 10 m.c.a. medidos en la llave de paso previo al ingreso a los domicilios de los usuarios, de conformidad con los progresos previstos en los Planes de Acción y sin que ello signifique un valor absoluto (...) En los aspectos de presión como en los otros parámetros de calidad, los avances y escalones intermedios hasta el objetivo final no admitirán retrocesos en los planes a ejecutar...” Por su parte, y en relación con los efluentes cloacales, se establece en el mismo art. 9, incs. f) y g) que: “...Tratamiento de efluentes cloacales. La Concesionaria deberá adecuar el sistema de tratamiento de efluentes cloacales a las normas que dicte la Autoridad de Aplicación. En los casos de sistemas que no incluyan tratamiento primario y/o secundario de efluentes cloacales, se deberá ajustar el cronograma de implementación de mejoras previstas en los Planes de Acción aprobados. Toda nueva instalación independiente de la red troncal existente deberá contemplar el tratamiento secundario incluido el de barros y otros residuos contaminantes, resultando de aplicación las normas de calidad indicadas por parte de la Autoridad de Aplicación. A partir de la vigencia del presente Marco Regulatorio, la Concesionaria no podrá recibir barros u otros residuos contaminantes en la red troncal de colectores como método de disposición. Queda establecido que estas normas serán de aplicación a todas las plantas de tratamiento de efluentes cloacales instaladas o a instalarse en el Área Regulada (...) g) Calidad de efluentes cloacales. Los efluentes que la Concesionaria vierta al sistema hídrico deberán cumplir con las normas de calidad y requerimientos que indique la Autoridad de

En efecto, desde las primeras regulaciones desarrolladas en nuestro país, se tuvo en cuenta no solamente el establecimiento y organización de la actividad-servicio público, sino también, y muy especialmente, la forma en que debía desarrollarse dicha actividad para que pudiera cumplir acabadamente con su cometido.

En este sentido, deben recordarse los primeros marcos regulatorios de servicios públicos desarrollados en nuestro país, y ya citados, como, por ejemplo: a) Correos; b) Ferrocarriles; c) Telégrafos.

La regularidad del servicio público, que ha sido reconocida como uno de sus principales caracteres en nuestra primera legislación y jurisprudencia, implica la existencia de condiciones para la prestación de una actividad económica, impuestas por un régimen jurídico de derecho público, que exorbita por ello al derecho privado o común y que, por lo tanto, no es “disponible” para los prestadores.

Condiciones que, por su parte, implican metas específicas en relación con la “cantidad” de servicios prestados (que se traducen en inversiones destinadas al mantenimiento o expansión de la infraestructura sobre la que se producen los servicios) y con la “calidad” de los mismos (condiciones tecnológicas y de confort mínimas).

Las condiciones de “reglamentación” del servicio (y la jurisdicción federal) fueron, de hecho y tal como vimos, las cuestiones que se discutieron en la primera sentencia de la Corte Suprema nacional en que se hace mención al concepto de servicio público.<sup>28</sup>

Momento a partir del cual quedaría definido que la actividad económica que se “consagre” al servicio público, aún prestada por particulares, no implica relaciones jurídicas de derecho común, sino reguladas por una norma especial de derecho público sobre la cual se sostenían los derechos y deberes recíprocos de los sujetos jurídicos involucrados en la actividad.

---

*Aplicación, diferenciando su aplicación de acuerdo al sistema de tratamiento y su grado de implementación...*

<sup>28</sup> CSJN, in re: “Don Luis Lamas y Hunt, contra la Empresa de Mensajerías y Correos Nacionales, por cobro de cantidad de pesos”, sentencia del 9 de mayo de 1864; Causa XXVI, Fallos de la Suprema Corte, TºI, Primera Serie, pág. 161 y sigs.

Luego de la reforma constitucional de 1994, a su vez, el mínimo común denominador de esas condiciones de “cantidad” y “calidad” de servicio, ha sido establecido por el propio artículo 42 de la Constitución Nacional, al incorporar como derechos específicos que deben ser garantizados a los usuarios, en los marcos regulatorios de cada servicio en particular, los vinculados con: a) la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; b) la información adecuada y veraz; c) la libertad de elección; d) condiciones de trato equitativo y digno; e) la educación para el consumo; f) la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; g) el control de los monopolios naturales y legales; h) la calidad y eficiencia de los servicios públicos; i) la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios; j) la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control.

Condiciones mínimas que, por su parte, deben ser desarrolladas y especificadas en los marcos regulatorios de cada servicio, incorporando metas específicas en relación con la “cantidad” de servicios prestados (que se traducen en inversiones destinadas a la ampliación de los mismos servicios) y con la “calidad” de los mismos (condiciones tecnológicas y de confort mínimas que deben cumplir los prestadores). Que se traducen, luego, en potestades, obligaciones y derechos para los “sujetos” del servicio público: Estado concedente, concesionarios, usuarios y Entes Reguladores.

La regularidad del servicio público importa, finalmente, uno de sus rasgos característicos: su mutabilidad.<sup>29</sup>

Mutabilidad que implica la posibilidad del cambio –sobreviniente– tanto de los marcos regulatorios, como de las obligaciones contractualmente asumidas por los prestadores privados del servicio (concesionarios, licenciatarios o permisionarios), y que puede tener distintas justificaciones: a) evolución tecnológica; b) ampliación de la accesibili-

---

<sup>29</sup> Ver, sobre esto: Bielsa, Rafael, “Derecho...”, Tomo II, op., cit., pág. 277 a 280.



dad al servicio; c) condiciones de seguridad en la prestación del servicio; y e) condiciones de confort en la prestación del servicio.

Las crisis económicas generales tendrán también impacto respecto a las condiciones de prestación de los servicios.

Generalmente, para reducir –aunque sea transitoriamente– los estándares de cantidad y calidad de los mismos.<sup>30</sup>

### 2. 2. 2. 1. *Regularidad y continuidad del servicio público*

La jurisprudencia de la Corte Suprema nacional ha reconocido como característico del régimen jurídico del servicio público, tanto a la regularidad como a la continuidad.

En efecto, en la reciente jurisprudencia, hemos visto cómo se ha sostenido que las competencias del Estado nacional en la regulación del servicio público implica que: “...*la autoridad federal rige el contrato de concesión cuya regular ejecución no puede verse afectada por medidas provinciales que dificulten su objeto y fin...*”

Y que: “...*el cumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato, y de la regularidad del servicio a cargo de la concesionaria, que es consecuencia del principio de continuidad...*” (el resaltado nos pertenece).

---

<sup>30</sup> Ello es, por ejemplo, lo que sucedió con el dictado de la ley de emergencia 25.561. Esta norma, luego de “pesificar” las tarifas y ordenar la renegociación de la totalidad de los contratos de concesión y licencia por medio de los cuales se prestaban servicios públicos, estableció en su art. 10 que “Las disposiciones previstas en los artículos 8° y 9° de la presente ley, en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones.” Lamentablemente, ello no pudo cumplirse en los regímenes sectoriales que suspendieron, justamente, el régimen de inversiones de dichas concesiones o licencias, aprobando planes de operación de emergencia, como, por ejemplo, en el Decreto 2075/2002, que declaró en estado de emergencia a la prestación de los servicios correspondientes al sistema público de transporte ferroviario de pasajeros de superficie y subterráneo del Área Metropolitana de Buenos Aires; y el Decreto 2407/2002, que declaró el estado de emergencia del transporte automotor de pasajeros por carretera de carácter interjurisdiccional; entre otros.

Para concluir que: “...en tal sentido, debe entenderse la facultad del Estado Nacional -en su carácter de concedente- de establecer los términos y condiciones contractuales para obtener el fin público perseguido...”<sup>31</sup>

### 2. 2. 3. La “continuidad” en la prestación del servicio público

La “continuidad” constituye, en realidad, un elemento derivado tanto de la obligatoriedad como de la regularidad del servicio.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> CSJN, in re: “Buenos Aires, Provincia de c/Edenor S.A. s/ remoción de electroductos”, sentencia del 23/10/2007. Pueden verse, también, las sentencias dictada en las causas: “Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. c/ resolución N° 591/2000-ENRE”, sentencia del 29/04/2004; CNCAF, Sala III, in re: “Gas Natural BAN SA (TF 19365-I) c/ DGI”, Causa N° 27.771/2005, sentencia del 07/08/2007.

<sup>32</sup> En lo que hace a la “continuidad” del servicio, la ley 26.221 (Marco regulatorio de provisión de agua potable y cloacas para la concesionaria estatal Agua y Saneamiento S.A.) establece en el art. 9 inc. d): “...Continuidad del abastecimiento. El servicio de provisión de agua deberá, en condiciones normales, ser continuo, sin interrupciones regulares debidas a deficiencias en los sistemas o capacidad inadecuada, asegurando la disponibilidad de agua durante las veinticuatro horas del día. e) Interrupciones del abastecimiento. La Concesionaria deberá minimizar los cortes en el servicio de abastecimiento de agua potable a los Usuarios, restituyendo la prestación ante interrupciones no planificadas en el menor tiempo posible dentro de las previsiones del Contrato de Concesión. La Concesionaria deberá informar a los Usuarios afectados sobre cortes programados con la suficiente antelación, previendo un servicio de abastecimiento de emergencia si la interrupción debiera ser prolongada. Cuando circunstancias de fuerza mayor o accidentes graves en las instalaciones de captación, almacenamiento, potabilización o distribución de agua exijan establecer restricciones en el suministro de agua potable a los usuarios, la Concesionaria estará obligada a informar a los usuarios de las medidas que se aplicarán, así como la fecha de inicio de las mismas, lo más claramente posible por medios de comunicación masiva...” En lo que hace al tratamiento de efluentes cloacales, se establece en el art. 9 inc. g), que: “...Cuando por alguna razón de excepción la Concesionaria deba efectuar reparaciones en el sistema de desagüe cloacal que impliquen la salida del servicio de cualquier elemento, deberá disponer de los medios necesarios para asegurar la continuidad del servicio a todos los usuarios y evitar la acumulación y el escurrimiento de los líquidos cloacales fuera de las cañerías...” Además de ello, la misma ley 26.221 establece en el art. 15: “CONTINUIDAD DEL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE. El servicio de provisión de agua debe ser continuo, sin interrupciones debidas a deficiencias en los sistemas o capacidad inadecuada, asegurando su disponibilidad durante las veinticuatro (24) horas del día. La Concesionaria debe minimizar los cortes en el servicio de abastecimiento, restituyendo a prestación ante interrupciones en el menor tiempo posible. En caso que una interrupción en el servicio fuera mayor que dieciocho (18) horas, la Concesionaria deberá proveer un servicio de abastecimiento de emergencia a los Usuarios afectados.”

En relación con la obligatoriedad, la continuidad puede presentarse como una obligación especial que el Estado puede imponer a los prestadores privados del servicio público a efectos de que continúen la prestación del mismo aun habiendo caducado, por las razones que fuere, el título o autorización en virtud de la cual se está desarrollando la actividad.

En este caso, esta obligación se presenta como una forma de “ultraactividad” del régimen de prestación del servicio público a los fines de asegurar su continuidad.<sup>33</sup>

Desde otro ángulo, la continuidad del servicio público implica la particularización de ciertas condiciones de regularidad, vinculadas, según el caso, tanto a la frecuencia de las prestaciones, como a la previsión de situaciones excepcionales en las cuales debe asegurarse la efectiva prestación del mismo, aún por sujetos no habilitados especialmente para ello.<sup>34</sup>

Ambos tipos de cuestiones han sido objeto de previsión en nuestros primeros marcos regulatorios de servicios públicos nacionales.

En efecto, puede citarse a la Ley general de Correos 816, sancionada en fecha 4 de octubre de 1876<sup>35</sup>, que estableció, en relación con la continuidad del servicio en situaciones excepcionales que: “*Art. 80.- Si por enfermedad u otra causa cualquiera, un correísta no pudiera continuar su viaje, será obligación de la autoridad, o de los vecinos, a falta de ésta, procurar por cuenta de la administración una persona que siga por él, siempre que el caso tenga lugar donde no haya posta ni oficina de correos.*”

De la misma manera, la ley 750 ½, del 30 de septiembre de 1875<sup>36</sup>, estableció en este sentido que: “*Art. 106.- Cuando se produzca en el curso de*

---

<sup>33</sup> Puntualmente, en el art. 53 de la ley 24.065 se establece que: “*En el caso del artículo precedente, si la nueva concesión no pudiese ser otorgada antes de la finalización de la anterior concesión, el ente podrá requerir al titular de esta última la continuación del servicio por un plazo no mayor a doce (12) meses contados a partir de la fecha original de finalización de la concesión anterior.*” Igual previsión puede verse en el art. 8 de la ley 24.076 respecto al transporte y distribución de gas natural.

<sup>34</sup> Cuestión que necesariamente se vincula con la huelga y los servicios “esenciales”, dentro de los cuales, como hemos visto, se incluyen a los principales servicios públicos económicos nacionales.

<sup>35</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 1119 y sigs.

<sup>36</sup> Anales de Legislación Argentina, 1852-80, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1954, pág. 1005 y sigs.

*la transmisión de un despacho, una interrupción de las líneas telegráficas, la estación desde la cual se produzca la interrupción, expedirá inmediatamente el despacho certificado por el correo, o por un medio de transporte más rápido, si dispusiese de él. Lo dirigirá según las circunstancias, ya sea a la primera estación telegráfica que se halle en situación de volver a expedirlos por el telégrafo, ya sea a la estación de su destino, ya al mismo destinatario. Tan luego como la comunicación se restablezca, se transmitirá de nuevo el despacho, por la vía telegráfica, a no ser que antes se hubiere acusado recibo de él.”*

Por su parte, la citada ley 816, estableció en su art. 81, y en relación con la eventual ultraactividad del régimen de prestación del servicio de Correos que: *“En todo contrato para la conducción de la correspondencia, deberá establecerse: (...)3º La de continuar el servicio en las mismas condiciones del contrato hasta seis meses después de terminado, en caso de que la administración no hubiese celebrado otro con otra persona (...)”*

Cuestiones que, posteriormente, se han consolidado de diversas maneras, en los marcos regulatorios de servicios públicos contemporáneos.

Como así también la represión de ciertas conductas que tiendan a impedir la prestación de los servicios.

## **2. 2. 4. La “universalidad” y “uniformidad” en la prestación del servicio público. El usuario del servicio público**

### *2. 2. 4. 1. Universalidad o generalidad. La “accesibilidad” al servicio público*

La “universalidad” del servicio público es una de las razones que justifican su existencia jurídica.

En efecto, tal como recordamos al iniciar el presente trabajo, el servicio público logra constituirse en tal como sustitución del “...servicio al rey...”

Es, por definición, actividad estatal organizada para su prestación al -o para el- público.

Ello implica, desde ya, que el servicio público deba “...librarse...” al público, de manera de permitir que la mayor cantidad de personas puedan gozar o usufructuar del servicio. Y el correlativo derecho a ser usuario del servicio público.<sup>37</sup>

Todo lo cual permite sostener como un principio “rector” del servicio público al de “accesibilidad”.<sup>38</sup>

## 2. 2. 4. 2. Uniformidad en la prestación del servicio público

Por otra parte, dentro de la idea de universalidad o generalidad, aparece, también como condición en la prestación del servicio, la uniformidad, en este caso, vinculada a la imposibilidad, por un lado, de crear categorías de servicio o de usuarios arbitrarias o no justificadas por razones técnicas o económicas, y a la necesidad de asegurar, dentro de las categorías que se admitan, el tratamiento igualitario entre los usuarios.

---

<sup>37</sup> En este sentido, debe recordarse cómo, desde antiguo, se previó en la Ley 750 ½, de 1875, que: “...*Todo habitante de la República tiene derecho a hacer uso de los telégrafos abiertos al servicio público, por medio de los funcionarios de la administración de las líneas y sujetándose a las prescripciones de las leyes y reglamentos para ellos establecidos (...)* Art. 29.- *Las oficinas telegráficas no podrán negarse a admitir y transmitir por sus líneas, los despachos que les fuesen entregados con ese objeto...*” Por su parte, la Ley general de Correos N°816, del 4 de octubre de 1876, estableció que: “Art. 14.- *Ninguna oficina de Correos podrá negarse a recibir y despachar la correspondencia que se le entregue en las condiciones establecidas por esta ley, y de acuerdo con los reglamentos.*” Anales de Legislación Argentina, 1852-80, op., cit., pág. 1005 y 1119, respectivamente.

<sup>38</sup> Se afirma por ello que, siempre que nos encontremos frente a un: “...*servicio que responde a necesidades públicas, generales y/o colectivas...*”, entre sus “*principios jurídicos rectores*” se encontrará “...*la accesibilidad, ello entendido como la posibilidad real de uso de dicho servicio. Es decir, un servicio que es considerado imprescindible en la actualidad, no puede convertirse en un bien – en sentido amplio – de acceso limitado...*” Teniendo, entre otras consecuencias, que: “...*La accesibilidad del servicio hace a que el mismo tenga alcance general, es decir que pueda ser utilizado por la mayor cantidad de habitantes posible, ya que responde a necesidades colectivas, de ello deriva que para que la tarifa no sea un obstáculo para su uso, la misma debe ser justa y razonable...*”, Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil II – Sala B, in re: “Bustos, Rebeca Andrea y otro c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo colectivo”, Expte. N° 21060/2016, sentencia del 4 de julio de 2016.

## 2. 2. 4. 3. *El usuario y la prestación del servicio público*

Como se adelantó, el usuario del servicio público gana un lugar central como sujeto de la relación jurídica que implica la prestación de un servicio público económico, a partir de la reforma constitucional de 1994.

Pasó de ser un tercero afectado por una relación jurídica de la cual se lo consideraba ajeno (entablada entre el Estado titular y los prestadores), a encarnar al sujeto central del régimen constitucional y legal, acreedor de específicos derechos y garantías.

O, tal como lo ha sostenido Jorge Luis Salomoni, en sujeto “co-titular” de la actividad de servicio público.<sup>39</sup>

Derechos y garantías que, por su parte, desarrollaremos en los capítulos subsiguientes.

## **3. La responsabilidad del Estado y de los prestadores en el régimen general del servicio público**

El análisis de la obligatoriedad, regularidad y continuidad, de la prestación de los servicios públicos lleva a considerar las cuestiones atinentes a la responsabilidad, tanto del Estado (como titular), como de los prestadores (sean públicos o privados).

---

<sup>39</sup> “...Esta norma ha producido, en mi opinión, un profundo cambio de legitimidad en el sistema servicial y concesional administrativo, al introducir como sujeto determinante al usuario (...) La norma constitucional en análisis, como se vio, designa a un sujeto acreedor: el usuario, y dos a sujetos deudores solidariamente responsables: el prestador del servicio y el Estado (artículo 42, 2º párrafo C.N.) (...) Esta cualificación constitucional de los derechos del usuario pone en tela de juicio uno de los postulados sobre los que se asienta un sistema de derecho administrativo como el nuestro, como es, el de considerar a la Administración Pública vicaria de los intereses generales, ya que su co-titularización y ejercicio en este colectivo y para este caso concreto, puede desarticular tal postulado...” Salomoni, Jorge Luis, “El concepto Actual de Servicio Público en la República Argentina”, op., cit.

Por una cuestión metodológica, separaremos el análisis de la responsabilidad contractual y extracontractual en materia de prestación de servicios públicos, tratando en este apartado sólo la responsabilidad extracontractual del Estado y los prestadores de servicios públicos.

Luego volveremos, al tratar sobre las concesiones y licencias de servicios públicos, sobre las relaciones contractuales entre el Estado y los prestadores.

### **3. 1. La “falta de servicio” como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita**

Hemos visto en la primera parte de este trabajo la evolución jurisprudencial que llevó a consagrar a la “falta de servicio” como fundamento de la responsabilidad extracontractual de los prestadores de servicios públicos y del Estado.

En el caso “Vadell”, de 1984, se consolidará esta doctrina, sobre la base de considerar la aplicación supletoria del art. 1112 del Código Civil y entenderse que dicha responsabilidad resulta objetiva y directa, y debe prescindirse de la culpa del agente u órgano estatal, que no “representa” a la administración sino que, formando parte de ella, la hace “actuar” de manera directa.<sup>40</sup>

Sosteniéndose que: *“...La idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad ‘por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas’.* Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual

---

<sup>40</sup> Sobre la importancia de la teoría del órgano a los efectos de la articulación de la responsabilidad estatal por falta de servicio, ver: Balbín, Carlos F., “Curso de Derecho Administrativo”, La Ley, Tomo II, Buenos Aires, 2008, pág. 364 y sig.

*tual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil...*<sup>41</sup>

Casi de inmediato, la Corte Suprema –retomando la doctrina del caso “Ferrocarril Oeste” de 1938– señalará que: “...*Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios, que causare su incumplimiento o su irregular ejecución. Se trata, en suma, de la aplicación de la idea objetiva de la falta de servicio que encuentra fundamento, por vía subsidiaria, en el art. 1112 del Código Civil...*”<sup>42</sup>

Doctrina expresada en toda su extensión en la causa “Reynot Blanco”, en la cual, de la tradicional concepción de la aplicación “subsidiaria” del art. 1112 del Código Civil, se pasa a afirmar que dicha norma constituye el “fundamento” de la responsabilidad por falta de servicio.

De esta manera, para la Corte Suprema: “...*Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las con-*

---

<sup>41</sup> CSJN, in re: “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires”, 1984, Fallos: 306: 2030. Caso que tiene un antecedente directo en la causa “Corporación Cementera Argentina, S.A. c/ Provincia de Mendoza”, del año 1965, Fallos: 262: 22, en la cual se estableció que: “...*por vía de principio, las causas sobre responsabilidad del Estado por los hechos ilícitos, aun contra el Estado, por los actos irregulares de sus funcionarios, son civiles, pues se gobiernan por el art. 1112 del Código Civil –Fallos: 171: 142; 183: 25; 201: 556 y otros...*” Sobre los antecedentes del caso “Vadell”, ver: Mertehekian, Eduardo, “La responsabilidad pública...”, op., cit., pág. 69 y ss. A su vez, cabe recordar que la doctrina nacional afirmaría que: “...*El caso Vadell reviste particular importancia porque recepciona la idea objetiva de la falta de servicio y se aplica directamente al artículo 1112 del Código Civil. También se desecha, en cuanto a este tipo de responsabilidad, la aplicación del artículo 1113 del referido cuerpo normativo (...) Hay un sector de la doctrina que considera que la aplicación del artículo 1112 del Código Civil es subsidiaria. No comparto tal posición, ya que el citado artículo es una norma que pese a encontrarse en el Código Civil pertenece al derecho administrativo. Además, creo que se trata de la aplicación directa de una norma de derecho público...*”, conf. Barraza, Javier Indalecio, “Responsabilidad extracontractual del Estado”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, pág. 83. Respecto de los fundamentos esgrimidos por la Corte Suprema en el caso “Vadell”, ver, entre otros: Cassagne, Juan Carlos, “La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte”, ED, T. 114, pág. 215 y ss.

<sup>42</sup> CSJN, in re: “Cooperativa de Crédito Ruta del Sol Limitada c/ Provincia de Buenos Aires”, 1985, Fallos: 307: 1942.-



*secuencias de su incumplimiento o ejecución irregular, y la idea objetiva de la falta de servicio -por acción o por omisión- encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil, sin que se trate de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas...”<sup>43</sup>*

---

<sup>43</sup> CSJN, in re: “Reynot Blanco, Salvador Carlos c/Santiago del Estero, Provincia de s/daños y perjuicios”, 12/08/2008, Fallos: 331: 1690. Por su parte, la Corte Suprema estableció que en los casos de daños causados sin culpa a los particulares: “...*La responsabilidad extracontractual del Estado por los daños ocasionados sin culpa a los particulares, nace de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios del derecho común, a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria...*”, CSJN, in re: “Cipollini, Juan Silvano c/ Dirección Nacional de Vialidad y otra”, 1978, Fallos: 300: 143; en igual sentido: “Heredia de Morales, Justiniana c/ Nación Argentina”, 1980, Fallos: 302: 159. Supuesto que se vinculaba con la responsabilidad extracontractual por actividad lícita, en los cuales la Corte Suprema recurrió a la aplicación de los principios de la ley de Expropiaciones. Afirmandose la idea de que la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares a consecuencia de la realización de una obra pública, nace de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad establecida por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y, a falta de disposiciones legales expresas acerca de la forma de hacer efectiva en tal caso dicha garantía, ésta debe buscarse en los principios generales del derecho y en las normas que rigen situaciones análogas, como las referentes a la expropiación. Conf. CSJN, in re: “Laplacette, Juan -su sucesión- y otros c/ Prov. de Bs. Aires”, 1943, Fallos: 195: 66. En igual sentido: CSJN, in re: “Winkler, Juan León c/ Nación Argentina”, 1983, Fallos: 305: 1045. En la actualidad, la doctrina de la Corte Suprema se ha afianzado en la idea de que la reparación de los daños y perjuicios derivados de la incorrecta construcción de una obra pública, la pretensión procesal se subsume en un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado, con indiferencia de que el deber de responder que se imputa se califique en la presunta falta de servicio con fundamento en el art. 1112 y concordantes del Código Civil, o bien que se sustente como uno de los supuestos aprehendidos por los daños causados a los particulares en ejercicio de la actividad estatal ilícita, conf. CSJN, in re: “Agrar S.A. c/Santa Fe, Provincia de y otra s/daños y perjuicios”, sentencia del 05/06/2007. Doctrina reiterada en: “Julio C. Diz

### 3. 2. Desarrollo específico de las condiciones de aplicación de la responsabilidad por “falta de servicio”

Una vez consolidada la idea de que la aplicación supletoria del art. 1112 del Código Civil sobre la base de la conceptualización del agente o dependiente público como “órgano” de la administración, implicaba una responsabilidad de tipo directa y objetiva, y permitía –por ello- excluir la idea de una responsabilidad estatal indirecta (fundada en el art. 1113), la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional ahondaría en el establecimiento de los requisitos legales exigibles para la configuración de dicha responsabilidad.

Básicamente, establecerá que para que se configure responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita deben reunirse, de modo simultáneo, los siguientes requisitos: a) el Estado debe incurrir en una “falta de servicio”(art. 1112); b) debe probarse un daño cierto y especial y c) debe existir relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue, sin intervención extraña que pudiera influir en el nexo causal.<sup>44</sup>

Sobre esta base conceptual la propia Corte Suprema profundizará, sucesivamente, cada uno estos requisitos.

Lo cual analizaremos seguidamente, al comentar el art. 3 de la ley 26.944.

---

y Cía. S.R.L. c/Buenos Aires, Provincia de y otra s/daños y perjuicios”, sentencia del 13/05/2008, Fallos: 331: 1199.-

<sup>44</sup> CSJN, in re: “Sociedad Anónima Azucarera Argentina Comercial e Industrial c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ proceso de conocimiento”, 10/12/1997, voto del juez Petracchi. Doctrina sustancialmente reiterada en “Ramos, Graciela Petrona c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 28/06/2005, Fallos: 328: 2546.-

### 3. 3. Responsabilidad del Estado y falta de servicio en la ley 26.944

El complejo normativo que viene ahora a regular de manera específica la responsabilidad extracontractual del Estado nacional por falta de servicio, está dado por los arts. 2, 3 y 6 de la ley 26.944.<sup>45</sup> Aunque no resulte el único cuerpo legal que regule la responsabilidad por los daños que causa el Estado con motivo de la prestación de servicios públicos, en atención a su expresa inclusión (cuando es proveedor) en la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y el Código Civil y Comercial.<sup>46</sup>

De cualquier manera, las condiciones de procedencia de este supuesto de responsabilidad se encuentran previstos en el art. 3° de la ley 26.944 que establece: “*Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Rela-*

---

<sup>45</sup> Hemos abordado el análisis sistemático de este tema en la ley 26.944 en: González Moras, Juan M., “La responsabilidad del Estado por falta de servicio”, en Rosatti, Horacio (Director), “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 73 y sig. Ver, asimismo: Ferreyra, Leandro E., “Responsabilidad del Estado: entre el derecho común y el derecho local”, Revista Derecho Público. Año III, N° 8. Ediciones Infojus, 2014, pág. 177.

<sup>46</sup> Afirmándose en este sentido que: “...la ley 26.944 no es la única que se aplica a la responsabilidad por daños que causa el Estado (...) la responsabilidad por los daños ocasionados por la actividad estatal queda también regida por la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (...) En particular, el Capítulo VI de la Ley 24.240 establece los deberes de quien preste servicios públicos domiciliarios y las consecuentes responsabilidades que pueden alcanzar al Estado en su carácter de proveedor... Cuando el Estado actúe en el marco de las relaciones de consumo sus acciones y omisiones quedarán atrapadas por las normas tuitivas del Derecho del Consumo...”, Parellada, Carlos A., “Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado”, en Rosatti, Horacio (Director), “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético”, op. cit., pág. 50. Y que: “...Es cuestionable que se excluya de los daños punitivos al Estado, máxime cuando la ley 24.240 lo establece sin distinción y el Estado es el principal prestador de los servicios públicos domiciliarios, y se abre el interrogante de cuál es la norma aplicable, ya que no hay derogación ni modificación de la ley 24.240...”, Mosset Iturraspe, Jorge, “Criterios acerca de la Responsabilidad del Estado”, op., cit., pág. 247.

*ción de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.”*

Dichos recaudos, por su parte, deben interpretarse conjuntamente con lo normado en el art. 2, que señala, en general, que: *“Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos: a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial; b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.”*

Finalmente, y en lo que hace a la responsabilidad estatal en materia de servicio público, el art. 6 prescribe que: *“El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.”*

La primera cuestión que surge al momento de analizar el art. 3 de la ley 26.944 es que ha introducido de manera expresa a la “falta de servicio”, algo que, hasta ahora, se encontraba reservado a la doctrina y jurisprudencia.

Al mismo tiempo, su inclusión nos resulta redundante.

En efecto, y tal como lo hemos visto, la noción de “falta de servicio” alude, conceptualmente, al cumplimiento irregular –por acción u omisión- de un servicio público o, con mayor generalidad, una función pública. Lo que incluye potencialmente, a su vez, a todas las ramas de actuación del Estado (Administrativa, Judicial y Legislativa), siempre que, reiteramos, su actuación pueda reputarse irregular.

Con lo cual, el art. 3 de la ley 26.944 debería, decidida que fuera su inclusión, haber reservado la “falta de servicio” a su encabezado, ya que los incisos a), b) y c) son los que, efectivamente, detallan los requisitos que deben acreditarse para su reconocimiento. La suma de

estos es la que da, en cualquier caso, la idea concreta de lo que es una “falta de servicio”.

Sin embargo, el art. 3 de la ley 26.944, luego de enumerar dichos requisitos, agrega en el inciso d) a la “falta de servicio” como un requisito más. A lo cual se suma el agravamiento de dichos requisitos para el caso de que la “falta de servicio” se produzca por una omisión.

### **3. 3. 1. Requisitos para la configuración de la responsabilidad estatal por falta de servicio en la ley 26.944**

El art. 3 de la ley 26.944 requiere, para la configuración de la responsabilidad extracontractual por “*actividad e inactividad ilegítima*”, es decir, por “falta de servicio”, la prueba de:

a) *Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero.*

Puede decirse que el daño patrimonial y su caracterización, constituyen la piedra angular del sistema de la responsabilidad del Estado y ha sido recogido desde antiguo por la jurisprudencia nacional.

b) *Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal.*

Aquí tenemos dos cuestiones. La primera, la norma requiere la imputabilidad material de una “actividad” o “inactividad” por parte del órgano estatal. La fórmula es comprensiva tanto de “actos” como de “hechos” producidos en el ejercicio de las funciones estatales.

Posición que es conteste con lo señalado por la Corte Suprema nacional que ha enfatizado que: “...*La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño...*”<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> CSJN, in re: “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario”, 28/04/1998, Fallos: 321: 1124. Doctrina reiterada en “Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos

Y que: “...Frente a la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio atribuida a los órganos estatales, debe cumplirse con la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto posible cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en lo atinente a su falta de legitimidad...”<sup>48</sup>

La segunda cuestión tiene que ver con la inclusión de la figura del “órgano” estatal, en reemplazo del “funcionario”, “agente” o “dependiente”, que con anterioridad generaron confusiones en torno a la calidad de “objetiva” o “subjetiva” de la responsabilidad estatal. Es decir, si requería para su configuración de la culpa o dolo del funcionario público.

La responsabilidad estatal por la irregular actuación del órgano resulta, ahora por imperio de la propia ley 26.944, objetiva.<sup>49</sup>

*c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue.*

La relación de causalidad adecuada expresa la relación directa que debe probarse entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se demanda.

---

Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”, 06/03/2007, Fallos: 330: 563.

<sup>48</sup> CSJN, in re: “Hisisa Argentina S.A.I.C.I. y F. c/la Nación Argentina - M° Economía y OSP y otros s/daños y perjuicios”, 12/08/2008, Fallos: 331: 1730.-

<sup>49</sup> A partir del ya recordado caso “Vadell”, de 1984, se ha caracterizado a la responsabilidad estatal por faltad de servicio como “objetiva”, descartándose, por ello, la necesidad de culpa o dolo en la actuación irregular del funcionario público (órgano de la administración) y, con ello, también, la articulación de su fundamento con lo normado en el art. 1113 del Código Civil. Conf. CSJN, in re: “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires”, 1984, Fallos: 306: 2030; “Cooperativa de Crédito Ruta del Sol Limitada c/ Provincia de Buenos Aires”, 1985, Fallos: 307: 1942; y “Reynot Blanco, Salvador Carlos c/Santiago del Estero, Provincia de s/daños y perjuicios”, 12/08/2008, Fallos: 331: 1690; entre muchos otros. Finalmente, como se adelantó, el art. 1° de la ley 26.944 establece que: “Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa...”

La Corte Suprema, en efecto, ha señalado que: “...para que medie responsabilidad del Estado debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue...”<sup>50</sup>

A su vez, el nexos o relación de causalidad puede romperse o interrumpirse por las causales establecidas en el art. 2 de la ley 26.944, esto es: a) “...casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial”; y b) “...por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.”

En relación con la culpa de la víctima o tercero, la Corte Suprema tiene dicho que: “...es menester precisar en qué medida las circunstancias que determinaron el accidente, pudieron ser evitadas si se hubiese observado la conducta apropiada, pues la responsabilidad sólo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias (v. doctrina de Fallos: 317:768; 327:5082)...”, y que: “...no habiéndose demostrado de modo fehaciente que la culpa haya sido exclusiva de la víctima o de un tercero, no puede liberarse totalmente a la empresa transportista por los daños causados por el riesgo de la cosa, ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad que pudiera corresponder en función de la concurrencia de culpas de encontrarse ellas efectivamente probadas (v. doctrina de Fallos: 323:3251; 324:1344; 326:3089, entre otros)...”<sup>51</sup>

La concurrencia de culpas no está prevista en el art. 2 de la ley 26.944, lo que generaría la necesidad de aplicar supletoriamente las reglas del Código Civil y Comercial. Cuestión, a su vez, vedada –en línea de principio- por el art. 1 de la propia ley.

Entendemos que, al margen de dicho principio general, se terminará imponiéndose, en este y otros supuestos –al igual que en el caso de los contratos administrativos- la aplicación del Código Civil

---

<sup>50</sup> CSJN, in re: “Cassone, Pedro A. y ot. c/ BCRA s/ daños y perjuicios”, sentencia del 15 de julio de 2014 y sus citas.

<sup>51</sup> CSJN, in re: “Ledezma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, sentencia del 22/04/2008.

y Comercial, sea por vía de sus principios generales o de manera analógica o subsidiaria.

*d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.*

La falta de servicio, tal como dijimos, requiere la alegación y prueba de los recaudos incluidos en los incisos a), b) y c) del art. 3.

De esta manera, el recaudo incluido en el inc. d) acerca de la existencia de una “...*actuación u omisión irregular de parte del Estado...*”, constituye una reiteración de lo anterior y no un nuevo requisito.

De lo contrario, debería demostrarse la irregular actuación tanto del órgano como del propio Estado, lo cual carece de sentido.

En relación con la falta de servicio causada en una omisión, la norma agrava los requisitos generales anteriores (recordemos que los incisos a), b) y c) incluyen supuestos de *actividad o inactividad* del órgano estatal), exigiendo la “...*inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado...*”, lo cual viene a innovar respecto de lo exigido, en este supuesto, por la Corte Suprema nacional.

En efecto, debe recordarse que la Corte Suprema, a partir del caso “Mosca” de 2007, si bien ha diferenciado, en los casos de responsabilidad por omisión, los supuestos de incumplimiento de “...*mandatos normativos expresos y determinados...*” de aquellos que surgen de “...*objetivos fijados por la ley de un modo solo general e indeterminado...*”, no ha descartado –como fuente de responsabilidad estatal- a ninguno de los supuestos.

Doctrina posteriormente reiterada al señalarse que: “...*En materia de responsabilidad extracontractual del Estado cabe distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho- en los que puede identificarse una clara falta del servicio-, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible, y la determinación*



*de su responsabilidad patrimonial por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar...*<sup>52</sup>

Como vemos, al contrario de lo indicado en el art. 3 inc. d) de la ley 26.944, la Corte Suprema –en los casos de omisiones a mandatos generales e indeterminados- exige un “juicio estricto”, pero no excluye la posible configuración de responsabilidad en un caso.

### **3. 3. 2. La responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos generales**

Siguiendo la larga evolución que hemos someramente relevado, la Corte Suprema llegará a la conclusión de que: *“...Los daños causados por los empleados públicos, en el desempeño de sus funciones, comprometen la responsabilidad del Estado. Esto es así cuando el hecho que lesiona a particulares ocurre en la prestación de un servicio público, si se debe al comportamiento irregular y hasta exorbitante de los funcionarios estatales, cuya selección, aptitud y vigilancia, en todo caso, no incumbe a los administrados...”*<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> CSJN, in re: “P. de P., E. P. y otro c/Gobierno de la Provincia de Córdoba”, 21/12/2010, Fallos: 333: 2426. Distinción que en el caso “Migoya”, influirá para que la Corte Suprema resuelva establecer la responsabilidad estatal *“...Al haberse extralimitado en el uso de los medios coercitivos lícitos, corresponde admitir la responsabilidad del Estado provincial por su falta en la prestación del servicio de seguridad, ya que –lejos de prevenir desmanes y garantizar la seguridad del público asistente al partido de fútbol- la conducta del personal policial no evidenció una adecuada capacitación para la emergencia, en tanto no se ajustó a las directivas impartidas por sus superiores -que ordenaban su repliegue- y se involucró finalmente en una suerte de riña descontrolada con la concurrencia, que se tradujo en la lesión de numerosos espectadores ajenos a cualquier actitud provocadora o violenta, pese a que el ejercicio de policía exige a los agentes que intervienen la preparación adecuada para preservar racionalmente la integridad física de los miembros de la sociedad y sus bienes...”* CSJN, in re: “Migoya, Carlos Alberto c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios”, 20/12/2011, Fallos: 334: 1821. En similar sentido, precedente M.31.XXXVII. “Molina, Alejandro Agustín”, de la misma fecha.

<sup>53</sup> CSJN, in re: “Valenzuela, Luis René c/ Prov. de San Luis”, 1962, Fallos: 252: 191.-

Doctrina que, a su vez, se consolidará bajo la premisa general de que: “...*Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios, que causare su incumplimiento o su irregular ejecución. Se trata, en suma, de la aplicación de la idea objetiva de la falta de servicio que encuentra fundamento, por vía subsidiaria, en el art. 1112 del Código Civil...*”<sup>54</sup>

A lo cual, posteriormente, se agregaría, como fundamento constitucional, lo normado por los Tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados al sistema de fuentes internacionales por imperio del art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> CSJN, in re: “Cooperativa de Crédito Ruta del Sol Limitada c/ Provincia de Buenos Aires”, 1985, Fallos: 307: 1942. Ver, en el mismo sentido: CSJN, in re: “Agencia Marítima Rioplat SA. c/ cap. y/o arm. y/o prop. bq. Eleftherotria s/ ordinario”, 10/12/1992, Fallos: 315: 2865.-

<sup>55</sup> En efecto, la Corte Suprema nacional ha establecido que: “...*quien contrae la obligación de prestar un servicio público, debe hacerlo en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 315:1892; 320:1999; 329:3065; 330:2748, entre otros). Esta idea objetiva de falta de servicio —por acción o por omisión— encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil, y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil —por no tratarse la comprometida de una responsabilidad indirecta— toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas (Fallos: 306:2030; 331:1690, entre otros) (...) 6º) Que, asimismo, cabe recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño, enunciada con jerarquía constitucional, en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional prevé, entre otras disposiciones de relevancia para este caso, que “Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada” (art. 3.3) (Fallos: 333:2426)...”, conf. CSJN, in re: “N.R.I. y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa”, sentencia del 20/12/2011. Ver, asimismo, la sentencia dictada por la CSJN in re: “Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios”, sentencia del 11/07/2006; y “Vicente, Adriana Elizabeth c/ Buenos Aires, Provincia de y otros”, sentencia del 30/09/2003, entre muchos otros.*

### 3. 3. 3. Responsabilidad del Estado en la prestación directa del servicio público económico

En este caso, la responsabilidad del Estado es directa, en su calidad de concesionario o, en su caso, de accionista del prestador.<sup>56</sup>

Circunstancia que, en la actualidad, y luego de la sanción de la ley 25.561, se dará en los servicios públicos de: a) Correo Argentino S.A. (conforme Decretos N°1074 y N°1075/2003); b) Agua y Saneamiento S.A., (Decretos N°303 y N°304 de 2006 y leyes 26.100 y 26.221); y c) servicios ferroviarios (Decretos N° 798/2004; N°591/2007; N°592/2007, N°793/12).

#### 3. 3. 3. 1. Responsabilidad del Estado en la prestación indirecta del servicio público económico

La atribución de responsabilidad extracontractual a los prestadores privados (concesionarios o licenciarios) de servicios públicos basada en el incumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias (marcos regulatorios y reglamentos de servicio), tanto por acción como por omisión, de manera directa o indirecta (por la acción u omisión de sus empleados o dependientes), ha sido, como vimos en la primera parte de este trabajo, el origen de la doctrina de la “falta de servicio” que, luego, se extendería al Estado (administración), por la aplicación sistemática de los arts. 1109, 1112 y 1113 del Código Civil.

Ahora bien, ésta consolidada doctrina sufriría, en el marco de la denominada “reforma” del Estado (ley 23.696), algunos intentos de limitación a favor de los concesionarios de obras y servicios públicos.

En efecto, en el caso “Colavita”, de 2000, la Corte Suprema nacional, por mayoría, llegará a la conclusión de que: 1) El Estado no podía ser responsable, con base en una omisión en el ejercicio del poder de poli-

---

<sup>56</sup> Sobre esto, ver: Mertehikian, Eduardo, “La responsabilidad subsidiaria del Estado por la actuación de entidades descentralizadas (Empresas, sociedades de objeto comercial o industrial y entidades autárquicas)”, RAP N°265, octubre de 2000, pág. 11 y ss.

cía de seguridad “...en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte...” y “...por un animal del que no era propietaria ni guardadora...”; y 2) que la concesionaria no podía ser responsable porque “...no puede asumir frente al usuario -por la delegación de funciones propia de la concesión- derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente...” y “...no surge del contrato de concesión que la demandada hubiese asumido obligaciones vinculadas con el hecho que motiva la presente acción, y cuyo incumplimiento pudiese generar su consiguiente responsabilidad...”<sup>57</sup>

Señalándose en su momento que: “...La Corte Federal en el año 2000 dictó los primeros pronunciamientos específicos sobre la materia –causas “Colavita” y “Bertinat”- en los que fijó un criterio restrictivo sobre de la responsabilidad del concesionario vial que, en lo medular, sólo era admitida en caso de incumplimiento de algunas de las obligaciones o deberes asumidos en el régimen legal-reglamentario por medio del cual el Estado Nacional le otorgó a las empresas la concesión del servicio, con sustento en un factor subjetivo de atribución, eximiéndolas, en general y por vía de principio, en los supuestos de aparición de animales sueltos en la ruta...”<sup>58</sup>

De esta manera, se sentaban las bases de la plena “contractualización” de la responsabilidad del concesionario en relación con el usuario ya que, por un lado, se lo separara totalmente del Estado concedente (no es su órgano o dependencia) y, por otro, se lo sujeta, en cuanto a sus obligaciones a lo que establezcan el contrato de concesión y los reglamentos de servicio.

En función de lo cual, puede decirse que se plantea la plena extensión de los efectos del contrato de concesión (celebrado entre el Estado y el concesionario), y sus reglamentos, hacia las relaciones que, en la

---

<sup>57</sup> Del voto de la mayoría, CSJN, in re: “Colavita, Salvador y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 07/03/2000.

<sup>58</sup> Conf. Galdós, Jorge Mario, “Peaje y animales sueltos. ¿La clausura de un debate?” La Ley, 2000-E, 495, nota al fallo de la CSJN, in re: “Colavita Salvador y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, del 7/3/2000, y “Bertinat Pablo J. y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otro”.

prestación del servicio, entabla el concesionario con los usuarios, de manera que toda obligación que no se encuentre “contractualmente” en cabeza del concesionario resulta inexigible por el usuario y, por ende, no puede ser fuente de responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, la doctrina elaborada por la Corte Suprema da señales de decadencia -hacia 2005- con la sentencia dictada en el caso “Estrada”<sup>59</sup>, y cambia de manera efectiva en los casos “Ferreyra”, “Caja de Seguros” y “Bianchi”, todos de 2006.<sup>60</sup>

Para terminar de consolidarse en un sistema de responsabilidad extracontractual de fuente constitucional, basada en el art. 42 de la Constitución nacional, a partir del caso “Ledesma”, de 2012.

El caso “Estrada”, efectivamente, marcará un punto de inflexión, en tanto determina la imposibilidad de la limitación plena, por vía legal y contractual, de la responsabilidad de los prestadores de servicios públicos.

Si bien se acepta la posibilidad de una responsabilidad tasada (daño directo) y resuelta por una jurisdicción administrativa primaria (ente regulador), ello es sin perjuicio de mantener la plena responsabilidad civil del prestador, sobre la base normativa regulatoria del propio servicio público y por aplicación supletoria de las normas generales del Código Civil. Siempre, a su vez, en una instancia judicial.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> CSJN, in re: A. 126. XXXVI - “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos” (Expte. N° 750-002119/96), sentencia del 05/04/2005.

<sup>60</sup> Ver doctrina de la CSJN, in re: “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ VICOV S.A. s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329:646; “Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.C.V. s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329:695, ambos del 21 de marzo de 2006, votos del juez Lorenzetti; se agrega también la causa: “Basualdo, Argentino René c/ Empresa Virgen de Itatí C.O.V.S.A. (VICOV S.A.) y/o quien resulte propietario y/o responsable s/ daños y perjuicios”, voto del juez Lorenzetti, del 28 de marzo de 2006, Fallos: 329:879; y la causa originaria B.606.XXIV “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ provincia de Buenos Aires y Camino del Atlántico y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios”, del 7 de noviembre de 2006, voto de la mayoría, Fallos: 329:4944.

<sup>61</sup> La distinción del “daño directo” respecto de los daños y perjuicios generales que el usuario puede llegar a reclamar al concesionario por la deficiente prestación del servicio, ha dado lugar al Plenario celebrado por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en la causa N° 20.402/2008, “EDESUR SA c\ Resolución 361/05, ENRE- RS 568/08 SE (EX 157.932/02)”, sentencia del 13/07/2011.

Por su parte, en “Ferreyra”, “Caja de Seguros” y “Bianchi”, todos de 2006, la Corte Suprema cambiará la doctrina de “Colavita”, a partir de la insinuación de un sistema de plena responsabilidad de los prestadores privados de servicios públicos, basado en un plexo normativo de rango constitucional (art. 42 de la Constitución nacional) y legal (ley de Defensa del consumidor).

### **3. 4. La “descontractualización” del régimen de servicio público. La relación de consumo y los derechos de los usuarios**

#### **3. 4. 1. Los casos “Ferreyra”, “Caja de Seguros” y “Bianchi” de 2006**

Los casos “Ferreyra”, “Caja de Seguros” y “Bianchi”, de 2006, marcarán el impacto que, en materia de responsabilidad, se asignará a la reforma constitucional de 1994.

En ese marco, se afirmará que la relación de consumo se erige en el *nodo* de regulación de las relaciones entre los sujetos del servicio, lo cual lleva a una profunda “descontractualización” del mismo.<sup>62</sup>

En ese marco, se consolidará la idea de que la responsabilidad de los prestadores de servicios públicos económicos, tiene fundamento en un plexo normativo de rango constitucional (art. 42 de la Constitución nacional) y legal (ley de Defensa del consumidor).

Doctrina que, hacia 2009, se encontrará consolidada en sus términos: “...*el vínculo que une al que contrata o usa el servicio con el conce-*

---

<sup>62</sup> Debe recordarse que el juez Vázquez, en su disidencia en la causa “Colavita”, antes citada, sentó las bases de esta posición, al sostener que: “...*el contenido y los términos de la relación de derecho público que existe entre el concedente y el concesionario no es oponible al usuario del sistema de rutas concesionadas por peaje, quien al pagarlo establece con la empresa concesionaria una relación de derecho privado distinta de base contractual. En tal sentido, el vínculo que enlaza al usuario con el concesionario vial es una típica relación de consumo (arg. Arts. 1 y 2 de la ley 24.240), por lo que la responsabilidad del último por los daños sufridos por el primero se ubica en el régimen contractual...*”

*cionario vial, es una típica relación de consumo regida por la ley 24.240, por la cual el último asume, no una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio, calificación jurídica esta última que importa asignarle un deber de seguridad, de origen legal e integrado a la relación contractual, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles según el curso normal y ordinario de las cosas (...) la previsibilidad exigible al concesionario se debe juzgar también teniendo en cuenta la carga de autoinformación que pesa sobre él (...) y el deber de transmitir la correspondiente información al usuario de modo oportuno y eficaz...”<sup>63</sup>*

La relación de consumo enmarca la interpretación y efectos del vínculo jurídico existente entre concesionario y usuario y tiene, como correlato directo, una vuelta a las fuentes (desplazamiento de los marcos regulatorio, reglamentos de servicios y contratos de concesión a favor de los principios generales sobre responsabilidad extracontractual del Código Civil) pero con nuevo fundamento, esta vez, de rango constitucional: el art. 42 de la Constitución nacional.

Sosteniéndose, puntualmente, que: “...aun cuando el Estado, dentro del marco de la concesión, ejerce los derechos fundamentales; la

---

<sup>63</sup> Voto del juez Lorenzetti, CSJN, in re: “Gómez, Mario Félix c/ VICOV S.A. y/o responsable s/ daños y perjuicios”, sentencia del 17/03/2009; el juez Zaffaroni, por su parte, bajo los mismos principios normativos, entiende que: “...la concesionaria asume una obligación objetiva de seguridad, frente a la cual es deber del usuario conducirse en correspondencia con el uso normal y previsible que concierne a la naturaleza del servicio prestado por aquélla. Este servicio debe prestarse de modo que el tránsito por la vía concesionada se desarrolle sin riesgo para la integridad física y patrimonial del usuario, lo que implica que la prestadora asume una obligación de seguridad por resultado, en consonancia con el deber de custodia que concierne a dicha actividad (...) El cumplimiento de esta última obligación se encuentra inmersa dentro de las prestaciones que se encuentran a su cargo, como resultan las de vigilancia permanente, remoción inmediata de obstáculos y elementos peligrosos, y alejar a los animales que invadan la ruta dando aviso -de inmediato- a la autoridad pública correspondiente...”, voto del juez Zaffaroni, CSJN, in re: “Gómez, Mario Félix c/ VICOV S.A. y/o responsable s/ daños y perjuicios”, sentencia del 17/03/2009. Con un antecedente claro en la causa “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros”, en fecha 7 de noviembre de 2006. Doctrina posteriormente adoptada por la SCBA, in re: “Bucca, Ana María c/Servicios Viales S.A. y otro s/Daños y perjuicios”, causa 85246, sentencia del 03/03/2010.

*vinculación entre el concesionario y el usuario resulta comprensiva de derechos de naturaleza contractual de diversa entidad e intensidad, en tanto aquél realiza la explotación por su propia cuenta y riesgo, lo cual se corresponde con la noción de riesgo y ventura inherente a todo contrato de concesión...*

Y que, *“...en consonancia con el riesgo asumido y la actuación que le es propia, cabe atribuirle la responsabilidad directa y personal por las consecuencias derivadas del cumplimiento del contrato celebrado con el usuario, no empece a que en su ejecución pudiesen presentarse ciertos obstáculos, en la medida que, como contrapartida, le asiste el derecho a los beneficios económicos derivados de aquella explotación.”*<sup>64</sup>

Frente a lo cual, finalmente, la responsabilidad del concesionario se afirma como de carácter objetivo.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Voto del juez Zaffaroni, concurrente con la mayoría, en la sentencia dictada por la CSJN, in re: “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros”, en fecha 7 de noviembre de 2006.

<sup>65</sup> En efecto, se ha señalado que: *“...la responsabilidad de la concesionaria resulta de carácter objetivo, ya que asume frente al usuario una obligación de seguridad por resultado, consistente en que aquél debe llegar sano y salvo al final del recorrido, en consonancia con el principio de buena fe (art. 1198 del Cód. Civil) que integra la convención y permite interpretar la, y el deber de custodia que sobre aquélla recae. El cumplimiento de este último es inherente a las prestaciones que se encuentran a su cargo, como resultan las de vigilancia permanente, remoción inmediata de obstáculos y elementos peligrosos, alejar a los animales que invadan la ruta dando aviso, de inmediato, a la autoridad pública correspondiente y toda otra medida que pueda caber dentro del referido deber, a los efectos de garantizar debidamente la seguridad y la fluidez de la circulación (...)”* 19) Que en lo atinente a la responsabilidad objetiva, el concesionario debe responder ante al usuario por los daños provocados por animales que invaden la carretera concesionada, salvo que demuestre la mediación de eximente en punto a la ruptura del nexo causal. Para que proceda dicha eximición, debe acreditar el acacimiento de culpa de la víctima o la de un tercero por el que no debe responder o del caso fortuito...” del voto del juez Zaffaroni, concurrente con la mayoría, en la sentencia dictada por la CSJN, in re: “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros”, en fecha 7 de noviembre de 2006. Lo cual tiene claro antecedente en la afirmación de que: *“...El hecho de que la obligación genérica de los transportistas sea de tipo objetivo, impone un análisis restrictivo de las causales exculporatorias, lo cual guarda concordancia con la idea de que las empresas de servicios públicos crean un riesgo por medio de la realización de una actividad con la que lucran y obtienen beneficios...”* del voto en disidencia del juez Vázquez, CSJN in re: “Senderovsky, Gustavo Osvaldo c/ Transporte Automotor Plaza (línea 140) y otro.”, sentencia del 31/08/1999, Fallos: 322: 1974.



En definitiva: 1) el concesionario de servicio público ejecuta su contrato (a partir de un privilegio otorgado por el Estado), a riesgo y ventura; 2) dichos riesgos deben ser repartidos (entre el Estado y el concesionario), a partir de las nociones de alea normal y anormal o extraordinaria; 3) las obligaciones que asume el concesionario son de resultado y, por ende, su responsabilidad es objetiva; 4) la responsabilidad del concesionario frente a los usuarios, en la relación de consumo, no puede ser legal (en los marcos regulatorios) ni contractualmente limitada (por los contratos de concesión o licencia), frente a los derechos y garantías reconocidos en el sistema de los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional.

Fundamento constitucional que terminará de establecerse en toda su extensión a partir del mencionado caso “Ledesma” de 2008.

### 3. 4. 2. El caso “Ledesma” de 2008

En el caso “Ledesma” de 2008, la Corte Suprema vinculará de manera directa, la responsabilidad civil de los prestadores de servicios públicos con el art. 42 de la Constitución nacional.<sup>66</sup>

El germen de esta vinculación se encuentra, en realidad, en la causa “Mosca”, de 2007, en la cual la Corte Suprema nacional estableció que: *“...el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales. (...) no cabe interpretar que la protección de la seguridad -prevista en el art. 42 de la Constitución Nacional- tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares...”*<sup>67</sup>

Partiendo de allí, la Corte Suprema señalará en el caso “Ledesma” que la protección de la seguridad de los usuarios (en el caso, de un servicio público de transporte ferroviario de pasajeros), ha sido especial

---

<sup>66</sup> CSJN, in re: “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, sentencia del 22/04/2008.

<sup>67</sup> CSJN, in re: “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 06/03/2007.

y específicamente considerada por el constituyente, estableciendo que: *“...La incorporación de este vocablo en el art. 42 de la Constitución Nacional, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos...”*

En función de lo cual: *“La interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Código de Comercio, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios.”*<sup>68</sup>

La Corte Suprema indica, además, que: *“...los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial...”*<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Cabe recordar que en el Dictamen de la Procuradora Fiscal, de fecha 21 de agosto de 2007, al que remite la jueza Elena I. Highton de Nolasco para concurrir al voto de la mayoría, se había afirmado que: *“...la interpretación dada por los juzgadores, invierte el curso de razonamiento que impone el artículo 184 del Código de Comercio en cuanto a los daños sufridos por el pasajero en su persona, y que comprende el ascenso y descenso del vehículo, sin descartar la aplicación del artículo 1113 del Código Civil, en cuanto ambos establecen una responsabilidad objetiva del porteador o dueño de la cosa riesgosa (v. doctrina de Fallos: 316:2774; 321:1462; 323:2930), desvirtuando estas normas hasta tornarlas inoperantes al restringir dogmáticamente el alcance de las mismas, particularmente de la última, cuyo fin específico es posibilitar la indemnización del daño causado por el riesgo o vicio de la cosa en las situaciones en que éste se produce (v. doctrina de Fallos: 312:145; 323:3251; 324:1344, entre otros).”*

<sup>69</sup> Agregándose en este sentido que: *“...Un comerciante exigiría a un colega una serie de pruebas y de información para celebrar un contrato de transporte de mercaderías valiosas, y si no lo hace, no podrá invocar su propia torpeza. En cambio, el usuario de un servicio de subterráneos, que sale del vagón rodeado de gente, sin poder ver siquiera el piso, apretujado y empujado hacia la salida, no puede desempeñar el mismo estándar de diligencia. Sería contrario a las costumbres y hasta absurdo que antes de subir exigiera información sobre las medidas de seguridad que tiene el vagón, o en los momentos previos al descenso interrogara al guarda, que tampoco suele estar presente, sobre los riesgos que existen en ese acto. El ciudadano común que accede a un vagón de subterráneos tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad. Ello es así porque la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para quienes los reciben. El funcionamiento regular, el respaldo de las marcas y del Estado es lo que genera una apariencia jurídica que simplifican y los hacen posible. Las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad creada y*

En opinión de la Corte Suprema incluso enfocando el caso desde la “...sola aplicación del derecho común, la sentencia incurre en un defecto grave de fundamentación...”, en tanto: a) la obligación de seguridad en este caso es objetiva; y b) las eximentes sólo pueden referirse a la ruptura del nexo causal. Respecto de lo cual resulta indispensable considerar si la empresa prestadora de servicios públicos “...tuvo a su alcance la posibilidad de evitar la producción del accidente (Fallos: 312:2413; 317:768)...”

Nótese, especialmente, que la Corte Suprema remite a tres casos de responsabilidad extracontractual, basados en el marco regulatorio de la actividad (ley de ferrocarriles 2873) y el art. 1113 del Código Civil en lo concerniente al sistema de responsabilidad por riesgo de la cosa: “Prieto, Gladys Miriam c/ Empresa Subterráneos de Buenos Aires”, sentencia del 22 de agosto de 1989, voto del Dr. Fayt, Fallos: 312: 1379; “Ortiz, Eduardo Adolfo (menor); Ortiz, Enrique Angel c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios”, sentencia del 12 de diciembre de 1989, Fallos: 312: 2413; y “Viera, Mario Rafael c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”, sentencia del 5 de julio de 1994, Fallos: 317: 769.

En definitiva, en el caso “Ledesma” se concluye que: “...la Constitución Nacional obliga a los prestadores de servicios a los consumidores a brindarles un trato digno (art. 42 Constitución Nacional) El trato digno al pasajero transportado significa que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece. Ello incluye la adopción de medidas para que el pasajero no descienda empujado por una marea humana con riesgo de su integridad física y para que viaje de un modo razonablemente cómodo...”

---

*representada por el derecho. El fortalecimiento de la apariencia jurídica y de la confianza son esenciales para estos sistemas, que no podrían subsistir tanto si se negara protección jurídica a las marcas, como si se exigiera que el consumidor se comportara como un contratante experto que exigiera pruebas e información antes de usar el servicio...”*

Doctrina que, a su vez, será confirmada posteriormente en las causas: “Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros”, sentencia del 09/03/2010; “Montaña, Jorge Luis c/Transportes Metropolitanos General San Martín s/daños y perjuicios”, sentencia del 03/05/2012, Fallos: 335: 527.

Y más recientemente, en el caso fallado por la Corte Suprema in re: “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN - M° V E Inf. - Sec Transporte - dto. 104/01 y otros s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2°, CPCC)”, con sentencia del 24/06/2014, donde se trasladan, *in totum*, estos principios hacia la responsabilidad, no sólo de un concesionario, sino del Estado nacional y el organismo de control del servicio.

### 3. 5. Responsabilidad subsidiaria del Estado

Como adelantáramos, la ley de responsabilidad del Estado nacional 26.944 viene a establecer, ahora, en su art. 6 que: *“El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.”*

Norma que, inicialmente, podría presentarse como una limitación de la responsabilidad estatal en materia de servicios públicos económicos, respecto de los daños causados por concesionarios, es decir prestadores privados del servicio público.<sup>70</sup>

La redacción de la norma parte de algunos supuestos:

1.- En primer lugar, se utiliza la idea de “delegación” estatal (implícita en el concepto de “cometido estatal”), lo que implica, por un

---

<sup>70</sup> Sobre esta cuestión, ver el análisis de los distintos tipos de responsabilidad (contractual y extracontractual) y las relaciones que, en función de ello, pueden entablarse entre Estado concedente y concesionario, en: Pérez Hualde, Alejandro, “El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar”, Depalma, Buenos Aires, 1997. Ver, asimismo: Merteikian, Eduardo, “La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (Acerca del artículo 6° de la ley 26.944)”, en Rosatti, Horacio (Director), “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético.”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.

lado, asumir la titularidad estatal de los servicios públicos y, al mismo tiempo, la imposibilidad de aplicar la teoría del órgano (a los efectos de trasladar la responsabilidad por los daños causados por el concesionario “delegado” al Estado concedente).

2.- El Estado tendría por ende, como concedente y titular del servicio, algún tipo de responsabilidad que la norma intenta despejar bajo la noción de acción “subsidiaria” contra el Estado.

En principio, lo que la norma despeja es la posibilidad de que el daño causado por el concesionario de servicio público pueda ser asimilado a la “falta de servicio” regulada en el art. 3 de la ley 26.944 y, por ende, que el Estado asuma una responsabilidad directa y objetiva por la acción u omisión de un órgano estatal. Responsabilidad que, por lo demás, y en este supuesto, tampoco podrá considerarse ni solidaria ni concurrente.

En este sentido, puede decirse que existe consenso en que la justificación de este tipo de limitación de la responsabilidad estatal, estaría dada por el hecho de que el concesionario es un tercero por el cual el Estado no debe responder, ya que no es órgano de la administración o su agente o dependiente, como, asimismo, por el principio de que el concesionario se encuentra sujeto al principio de “riesgo y ventura”.<sup>71</sup>

Supuesto que, sin embargo y en línea de principio, estaría cubierto por el art. 2º de la ley 26.944.

---

<sup>71</sup> Ver, en este sentido: Comadira, Julio R., “Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios”, 2da. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, pág. 374; Monti, Laura M., “La responsabilidad del Estado por los actos, hechos y omisiones de las empresas prestadoras de obras y servicios públicos”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006, pág. 309 y ss. Ver, asimismo, el desarrollo efectuado en: Pérez Hualde, Alejandro, “El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar”, op., cit.; y Grecco, Carlos M., “Responsabilidad del Estado por actividad de concesionarios y licenciatarios”, en Responsabilidad del Estado, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001; Massimino, Leonardo, “La responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos y del Estado”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 437, Buenos Aires, 2015, pág. 229 y sig.

Al margen de esta apreciación general, debe señalarse que la norma tiene varios defectos y omisiones:

1.- Se limita dicha responsabilidad respecto de las acciones u omisiones que se encuentren dentro del ámbito de la delegación, es decir, dentro del objeto de la concesión. Lo cual deja abierto un enorme flanco de acciones u omisiones que, realizadas por el concesionario fuera del objeto de la concesión, paradójicamente, no estarían incluidos dentro de la limitación de responsabilidad que pretende imponerse.

2.- No hay mención alguna a los usuarios de obras, bienes y servicios públicos protegidos por los arts. 41 y 42 de la Constitución nacional.

3.- Se incluyen las concesiones y contratos para la prestación de servicios públicos, lo cual deja afuera de su ámbito de aplicación, en la expresión literal de ley: a) a los licenciarios sin régimen de exclusividad (correos, telecomunicaciones, servicios de transporte automotor de pasajeros); b) a las concesiones de obra pública; y c) a las concesiones de uso del dominio público.

Ahora bien, esto mismo constituye un serio problema para considerar estrictamente constitucional al art. 6 de la ley 26.944.

En efecto, si, como hemos visto, la Corte Suprema ha declarado que quien asume la prestación de un servicio público es responsable de su correcto funcionamiento, no podemos dejar de observar que, en este supuesto, quien efectivamente ha asumido la obligación de organizar y prestar el servicio público es el propio Estado.

Solo que, en el caso, dicha prestación es indirecta.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> La doctrina ha sostenido en este sentido que: "...el régimen jurídico vigente indica que el principio debe ser que por los daños causados derivados de la prestación de servicios públicos, la indemnización debe estar a cargo del particular concesionario. De todas formas, entendemos que este principio, como todo principio, debe tener excepciones, las que se derivan de la actuación de los órganos estatales con motivo de la intensa regulación de la actividad sometida al régimen del servicio público o por acciones u omisiones derivadas de la celebración del contrato de concesión o de su ejecución. Reiteramos que siempre que exista responsabilidad del Estado debe haber una acción u omisión proveniente de alguno de sus órganos (...) Si tuviéramos que efectuar, de manera general, un enunciado de estas excepciones al principio de la responsabilidad del concesionario, siguiendo la doctrina española y por aplicación de presupuestos de nuestra realidad jurídica, diremos que la responsabilidad estatal podría presentarse en

Lo que da fundamento a que los concesionarios asuman de manera plena, frente al Estado concedente, la responsabilidad por los daños y perjuicios que puedan causar a terceros (usuarios o no del servicio), sea a través de los marcos regulatorios de la actividad o, directamente, en los contratos de concesión.<sup>73</sup>

---

los siguientes supuestos: a) cuando el daño fuese producido por el concesionario con motivo de una cláusula impuesta por la Administración dentro del contrato y fuese de ineludible cumplimiento; b) cuando el daño fuese causado por el particular a causa de una orden emanada de la administración como consecuencia de la ejecución del contrato; c) por la omisión de controles propios de la Administración con relación a la prestación de servicios públicos; d) por el deficiente estado de los bienes del dominio públicos afectados a las concesiones o que sean utilizados de manera general incluidos los prestadores de servicios públicos; e) cuando se compruebe que de manera manifiesta la Administración seleccionó deficientemente al concesionario...”; Canosa, Armando N., “La responsabilidad del Estado derivada de la prestación de servicios públicos”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 381, pág. 170.-

<sup>73</sup> En efecto, los contratos de concesión de “Edenor S.A.” y “Edesur S.A.”, establecen en el art. 24 que: “LA DISTRIBUIDORA será responsable por todos los daños y perjuicios causados a terceros y/o bienes de propiedad de estos como consecuencia de la ejecución del contrato y/o el incumplimiento de las obligaciones asumidas conforme al mismo y/o la prestación del SERVICIO PÚBLICO. A los efectos de lo estipulado en este Artículo, entre los terceros se considera incluida LA CONCEDENTE.” En el mismo sentido, puede citarse como ejemplo el contrato de concesión celebrado entre la Provincia de Buenos Aires y Azurix S.A., en junio de 1999, que estableció en su art. 7.10 que: “...El Concesionario será responsable ante la Provincia y los terceros, por la correcta administración y disposición de todos los bienes afectados al Servicio, así como por todos los riesgos y por el cumplimiento de todas las obligaciones contractuales y extracontractuales inherentes a su operación, administración, mantenimiento, adquisición, construcción, rehabilitación y remodelación. En este sentido, cuando el Concedente sea demandado por la responsabilidad contractual nacida de este Contrato, o sea demandado el mismo y/o el Organismo Regulador y/o cualquier organismo de la Provincia en virtud de la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del poder de policía del Servicio, los mismos citarán al Concesionario para que se presente en la causa como tercero de actuación necesaria...”, y en el art. 13.1 que: “...El Concesionario asumirá la Concesión a su propio riesgo jurídico, técnico, económico y financiero, y será responsable ante la Provincia, los Usuarios y los terceros por el cumplimiento de las obligaciones y los requisitos necesarios para prestar el Servicio, desde la Toma de Posesión. En ningún caso la Provincia, el Concedente, el Organismo Regulador u OSBA serán responsables frente a los Usuarios y a los terceros por las obligaciones asumidas por el Concesionario. El Concesionario deberá hacerse cargo de cualquier reclamo o acción que se ejerza contra la Provincia, el Concedente, el Organismo Regulador u OSBA, en la que se reclame una indemnización de daños y perjuicios por actos y hechos acaecidos con posterioridad a la Toma de Posesión, en virtud de la responsabilidad del Estado fundada en la potestad para la prestación, regulación y control del Servicio que preste el Concesionario, en la medida que ello se deba a un incumplimiento de las obligaciones del Concesionario bajo el Contrato...” Finalmente, la ley 26.221 (Marco

Esto supone, claro está, una diferencia sustancial con el caso de la prestación de servicios públicos generales que, como ya hemos visto, son asimilables a una considerable porción de la función administrativa, ya que en dicho supuesto quien actúa por el Estado y, con el irregular cumplimiento de sus obligaciones legales (por acción u omisión) causa daños a terceros, son los agentes, dependientes u órganos de la propia administración.

Esta situación, reiteramos, no se dará en el caso de los concesionarios o licenciatarios (aún siendo empresas públicas), ya que, en ningún caso, podrán ser considerados agentes, dependientes u órganos, estatales.

Por ello, el Estado no responderá por los daños que se causen por la irregular prestación del servicio, a cargo de concesionarios o licenciatarios

---

regulatorio de provisión de agua potable y cloacas para la concesionaria estatal Agua y Saneamiento S.A.), establece actualmente en su art. 116 sobre “RESPONSABILIDAD”, que: *“La Concesionaria será responsable, ante el Estado Nacional y los terceros, por la correcta administración y disposición de los bienes afectados al servicio, así como por todas las obligaciones inherentes a su operación, administración, mantenimiento, adquisición y construcción, con los alcances que se estipulen en el Contrato de Concesión y los planes aprobados.”*, y en el art. 112 que: *“Durante el transcurso de la concesión la Concesionaria deberá emitir o contratar los seguros necesarios para garantizar la operación de los servicios (...) Sin perjuicio de los seguros obligatorios establecidos en las normas legales, la Concesionaria debe mantener los siguientes seguros: Seguro de Responsabilidad Civil. La Concesionaria debe mantener vigente durante todo el período de la Concesión un seguro de responsabilidad civil contra cualquier daño, pérdida o lesión que pudiere sobrevenir a propiedades o personas a causa de cualquier acción relacionada al servicio objeto de la Concesión, en forma tal de mantener a cubierto a la Concesionaria, sus empleados, agentes, contratistas y/o subcontratistas y usuarios. Parte de este seguro podrá ser tomado, cuando correspondiere, por contratistas y subcontratistas de la Concesionaria. El seguro debe contener una cláusula de responsabilidad civil cruzada por la cual la indemnización será aplicable a cada una de las partes incluídas bajo la denominación del asegurado, tal como si se hubiera emitido una póliza separada para cada una de ellas, siempre y cuando la responsabilidad del asegurado no exceda el límite de responsabilidad establecido en la póliza...”* En relación con lo cual, se ha distinguido que: *“...en definitiva, el problema de la responsabilidad del Estado por actos, hechos u omisiones ocasionados por los concesionarios en la prestación de los servicios públicos concedidos, se refiere a quién se hace en última instancia cargo de las indemnizaciones, no a quién puede ser demandado, ya que el propio contrato de concesión no impide, aparentemente, que el concedente sea demandado, en cuyo caso (...) deberá citar al concesionario...”*, conf. Grecco, Carlos M., “Responsabilidad del Estado por actividad de concesionarios y licenciatarios”, op., cit.



rios, de manera directa ni indirecta (es decir, en la formulación clásica de los arts. 1112 y 1113 del Código Civil).

Ahora bien, esto implica que la responsabilidad del Estado por los daños causados por la irregular prestación de servicios públicos en manos de concesionarios o licenciatarios sólo podría darse de manera “subsidiaria”, cuando aquellos no estén en condiciones de responder.<sup>74</sup>

Y esto es, justamente, lo que viene a limitar el art. 6 de la ley 26.944.

Respecto de esta cuestión, se impone deslindar algunas cuestiones, ya que la responsabilidad “subsidiaria” no es la única que puede caber al Estado cuando presta servicios públicos a través de concesionarios o licenciatarios.

En primer lugar, la fuente constitucional de los derechos de usuarios de servicios públicos económicos hará responsable al Estado, de manera subsidiaria, en relación con las prestaciones mínimas que, eventualmente, podrán estar a cargo de concesionarios o licenciatarios pero que, en los casos en que éstos no estén en condiciones de cumplirlas. Ello, claro está, sin perjuicio de la responsabilidad contractual que el concesionario tendrá frente al Estado, en función de la inaplicabilidad de la teoría del órgano al concesionario y, también, de la vigencia

---

<sup>74</sup> La jurisprudencia nacional, sin embargo, ha considerado la responsabilidad solidaria del Estado concedente y el concesionario, al sostener que: “...*hiere el sentido más elemental de justicia admitir que el ente estatal que por voluntad política propia asume como servicio público a una determinada actividad, sustrayéndola de la libre competencia del mercado y sometiénndola a un régimen de derecho público con una regulación y control intensos, pueda desentenderse alegremente y en forma unilateral de las responsabilidades que genera la prestación de ese servicio, delegando su prestación contractualmente en un tercero, a quien ese mismo ente estatal selecciona como prestador, le fija las condiciones de esa prestación y se reserva amplias facultades para controlarlo y sancionarlo en caso de incumplimiento, incluso con la caducidad o rescate de la concesión (...)* Esa irrisoria diferenciación entre la situación del Estado y la de los particulares en situaciones equivalentes no parece ser más que un resabio de las concepciones propias del absolutismo monárquico según las cuales el Estado gozaba de tales prerrogativas y privilegios que no podía ser sometido a la jurisdicción de los tribunales, lo que resulta claramente incompatible con los principios republicanos (art. 1 y 5 C.N., art. 2 C. Pcial.), a la vez que contraría el mandato que impone el art. 42 C.N. de “proveer a la protección” de los derechos de los consumidores “a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos”...”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación de Córdoba, Expte. N° 2290730/36, in re: “Olivera Cintia Mabel c/ Municipalidad de Córdoba-ordinarios-otros-recurso de apelación”, sentencia del 04/12/2014.

del principio de riesgo y ventura, que impone al concesionario soportar las pérdidas a que se vea normalmente expuesto en el ejercicio del privilegio que les fue concedido por el Estado.

En segundo término, por línea de principio, esa responsabilidad estatal subsidiaria (ya reconocida por la Corte Suprema nacional en materia de servicios sociales), se limitará a la provisión del mínimo de servicios que se imponga en cada caso, pero no incluirá a los daños y perjuicios que, por dicho incumplimiento, el concesionario o licenciatario haya causado a los usuarios.

En tercer lugar, existirá una fuente de responsabilidad extracontractual autónoma, tanto para el Estado como para el concesionario o licenciatario, en relación con los daños y perjuicios que puedan causarse por el uso de los bienes del dominio público que, o bien se encuentren afectados al servicio o sean utilizados para su prestación (calles, veredas, aguas, etc.). El Estado responderá como titular o dueño del bien del dominio público de que se trate.<sup>75</sup>

Esta responsabilidad no se encuentra incluida en la limitación establecida en el art. 6 de la ley 26.944 y tiene fundamento constitucional en los arts. 41 y 42 de la Constitución nacional. Y decimos que no está incluida porque no puede subsumirse enteramente en la regular o irregular prestación del servicio público. Es más, el titular de los bienes de dominio público con cuyo uso se generen los daños y perjuicios podrá, o no, coincidir con el concedente. En este caso, pues, no tendremos una responsabilidad “subsidiaria” sino directa o concurrente, según sea el caso.

En definitiva, el propio fundamento constitucional del servicio público (por la vía de los nuevos derechos y garantías reconocidos en los arts. 41, 42 y 43 y los Tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados al sistema de fuentes, art. 75, inc. 22 y 23), viene a establecer un tipo de responsabilidad para el Estado que, por lo visto,

---

<sup>75</sup> Sobre la responsabilidad del Estado por el “vicio de la cosa” y su vinculación con el régimen del dominio público, ver: Buteler, Alfonso, “Derecho Administrativo Argentino”, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, pág. 448 y sig.

podrá eventualmente ser ensanchada en la sucesiva interpretación que se haga del art. 6 de la ley 26.944.<sup>76</sup>

Recordemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “XIMENES LOPES VS. BRASIL”, sentencia del 4 de julio de 2006, ha establecido la responsabilidad del Estado, haciendo directa alusión a la técnica del servicio público, y vinculándola directamente con: a) Las obligaciones estatales en tanto el Estado es titular de dichos servicios, considerados necesarios para asegurar la provisión de “bienes públicos” a los ciudadanos; b) La posibilidad de su delegación para su prestación por parte de un concesionario; y c) La responsabilidad directa del Estado por la falta de debido control de la prestación del servicio público.

Finalmente, y en función de lo dicho, debe afirmarse que el art. 6 de la ley 26.944, no puede alcanzar a la responsabilidad del Estado por

---

<sup>76</sup> Ver, en este sentido, el valioso análisis de: Pérez Hualde, Alejandro, “Omisión del Estado y servicios públicos”, en “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, pág. 1007 y sig. Ver, asimismo: González Moras, Juan M., “La responsabilidad pública en materia de derechos sociales”, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXI – 361, Suplemento Especial, “I Congreso Nacional de Jóvenes Administrativistas”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, pág. 159 y sig.; “El límite de la responsabilidad del Estado en materia de derechos sociales”, en “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, pág. 745 y sig.; y “Los tratados supraconstitucionales y su aplicación al quantum de la indemnización en la revocación del acto por razones de oportunidad, mérito y conveniencia”, en “Cuestiones de Acto, Reglamento y Otras Fuentes del Derecho Administrativo”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, pág. 533 y sig.; “La responsabilidad internacional del Estado por omisión en materia de derechos humanos”, en “El Derecho administrativo hoy. 16 años después”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2013, pág. 447 y sig., entre otros. Ver, sobre esto, asimismo: Gutiérrez Colantuono, Pablo, “La responsabilidad estatal y el sistema americano de protección de derechos humanos: una perspectiva judicial”, en AAVV, “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, RAP, Buenos Aires, 2008, pág. 499 y ss.; Bidart Campos, Germán, “La responsabilidad del Estado en los Tratados con jerarquía Constitucional”, en VVAA., Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág., 427; y Colautti, Carlos E., “Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales.”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1995, pág. 139.

la deficiente regulación y control de la prestación, sea por prestadores públicos o privados, de los servicios públicos.<sup>77</sup>

Dentro lo cual cabe integrar a las funciones del Estado como concedente, esto es, como co-contratante, en relación con los daños que el concesionario pueda causar a terceros en cumplimiento de órdenes de la Administración.<sup>78</sup>

Cuestión que analizaremos seguidamente.

---

<sup>77</sup> En igual sentido se ha afirmado que: “...puede interpretarse que no impide que se efective la responsabilidad del Estado cuando el daño resulte de la falta de fiscalización o ejercicio de las facultades de contralor que correspondan al Estado...”, Parellada, Carlos A., “Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado”, en Rosatti, Horacio (Director), “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico.”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 63.

<sup>78</sup> Cabe recordar que, apoyándose en las previsiones de la ley 13.064 de obras públicas, Grecco ha señalado que: “...en las hipótesis de modificaciones unilaterales de las condiciones o por el ejercicio de las potestades interpretativas o de los poderes de inspección, fiscalización y control, quedará configurada la responsabilidad de la Administración y no la del concesionario (...) En definitiva, para redondear esto, yo insistiría particularmente en que, si hay alguna causal a la cual se puede reconducir la responsabilidad de la Administración y no del concesionario, es la inserida en las potestades de interpretación que indiscutiblemente tiene la Administración en toda la dinámica de la ejecución contractual...”, conf. Grecco, Carlos M., “Responsabilidad del Estado por actividad de concesionarios y licenciatarios”, op., cit. Supuesto de responsabilidad estatal puesto en discusión en la causa CSJN, in re: “Cía. Gral. De Gas S.A. c/ ENARGAS y otros s/ demanda ordinaria”, sentencia del 21 de agosto de 2011, en el marco del ejercicio de la potestad tarifaria del servicio público regulado por la ley 24.076. Ver, asimismo, en el marco de la actual ley 26.944: Massimino, Leonardo, “La responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos y del Estado”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 437, Buenos Aires, 2015, pág. 246. Por su parte, la reciente jurisprudencia nacional ha notado que la responsabilidad del Estado como concedente y como controlante no se encuentra excluida, aunque debe ser demostrada según los estándares exigidos por nuestro derecho público. Así, se ha afirmado que: “... es recaudo exigido en la jurisprudencia que quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular, es decir, tanto la falta de legitimidad de la conducta estatal como la idoneidad de ésta para producir los perjuicios cuyo resarcimiento se reclama (Fallos: 317:1233; 329:2088, entre muchos otros)...” y que cabe rechazarla cuando: “... el accionante no individualizó concretamente ninguna medida que, de haber sido adoptada por el ENRE o la Municipalidad de Quilmes, hubiera evitado el siniestro (Fallos: 312:2138; 323:305 y 318; 327:2722, 329:2088 y 329:3966, entre otros), máxime teniendo en cuenta la generalidad de las potestades establecidas en el art. 56 de la ley 24065, incs. a) y s)...”, CNACAF, SALA III, Expte. N° 51355/2003, in re: “I.M.A. c/ Edesur SA y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 27/08/2015.

### 3. 6. Responsabilidad del Estado por la deficiente regulación o control de la prestación de servicios públicos

La responsabilidad por la deficiente regulación u omisión en el control de los servicios públicos, queda –a falta de una regulación específica- enmarcada en las previsiones del art. 3 de la ley 26.944.<sup>79</sup>

Respecto de ella, debe sostenerse, por un lado, que resulta una responsabilidad estatal directa y que excede, claramente, al control de la prestación de los servicios públicos. La actual regulación económica y, por ende, las tareas de control asumidas por el Estado incluyen, entre otras: la actividad bancaria y financiera; la aseguradora; la de los servicios de salud; etc.; y las propias de las actividades vinculadas a la prestación de servicios públicos económicos.

Siendo indistinto, en este último caso, que el servicio público sea prestado por el propio Estado o por concesionarios, existiendo ya previsiones normativas específicas que comienzan a regularla en los marcos regulatorios nacionales.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> En relación con la problemática de la responsabilidad de los entes reguladores y sus distintos alcances, ver: Bianchi, Alberto B., “La regulación económica”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, pág. 363 y sig., como, asimismo: Bustelo, Ernesto N., “Responsabilidad del Estado por la actividad u omisión de los entes reguladores de los servicios públicos privatizados”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001, pág. 435 y sig.

<sup>80</sup> En efecto, la ley 26.221 (Marco regulatorio de provisión de agua potable y cloacas para la concesionaria estatal Agua y Saneamiento S.A.), establece en su ARTICULO 22° sobre “DEBERES Y ATRIBUCIONES DE LA CONCESIONARIA” que: “...j) Cuando se detecten infracciones cometidas por los Usuarios, que ocasionen la contaminación de los cursos de agua o sus fuentes naturales o perjudiquen sus servicios y/o instalaciones, la Concesionaria deberá intimar el cese de la infracción fijando un plazo al efecto. Si se tratare de volcamientos no autorizados a las redes del servicio, en caso de negativa o incumplimiento de la intimación, la Concesionaria podrá hacer cesar el volcamiento, informando previamente al Ente Regulador. En caso de negativa o incumplimiento del plazo establecido, podrá requerir al Ente Regulador autorización para eliminar la causa de la polución que afecte al servicio, sin perjuicio de las sanciones y resarcimientos que correspondieren. En todo caso podrá requerir la intervención de la fuerza pública si fuere necesario. En caso de negativa u omisión del Ente Regulador, podrá acudir directamente ante el Juez competente, solicitando la aplicación de las Leyes N° 2797 y

De cualquier manera, debe señalarse que la jurisprudencia nacional, hasta el momento, no la ha diferenciado como un supuesto diferenciado respecto a la responsabilidad por “falta de servicio”, causada en la omisión por parte del ente u organismo de control del efectivo cumplimiento de las normas que le fijan la competencia.<sup>81</sup>

Se trata, hasta ahora, en efecto, como un caso de “...ejercicio irregular del poder de regulación o control estatal sobre el servicio, configurándose entonces un supuesto de falta de servicio por incumplimiento de sus funciones (conf. CSJN, 28/4/1998, Zacarías, Claudio H. C. Provincia de Córdoba y otros, fallos 321:1124)...”<sup>82</sup>

Debiendo, probarse, por ello, básicamente, que: 1) el Estado incurrió en una falta de servicio (conf. arts. 1074 y 1112 del Código Civil); 2) la producción del daño; y 3) la existencia de una relación de causalidad directa entre la conducta estatal y el daño causado.

---

4198, de la Ley Orgánica de OSN y demás normas en vigor y las medidas precautorias que correspondan. Ello sin perjuicio de la responsabilidad del Ente Regulador por los perjuicios que su actitud pudiera ocasionar sobre los bienes, el servicio, la salud o el medio ambiente...” (el resaltado nos pertenece).

<sup>81</sup> Criterio del caso resuelto por la CSJN, in re: “Giraldo, Verónica Lorena c/ Edesur S.A. y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 12/06/2007.

<sup>82</sup> Del voto del Dr. Balbín, que forma la mayoría, en la causa: Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, in re: “G. de L. W. A. y otros c/GCBA (Hospital General de Agudos “José María Ramos Mejía”) y otros s/ daños y perjuicios”, causa N° 3746/0, sentencia del 27/06/2008; ver, asimismo, del mismo tribunal, la sentencia dictada en la causa “Camp, Carlos Alberto contra GCBA y otros sobre daños y perjuicios (excepto responsabilidad medica)”, EXP. 10199/0. Resulta importante, como antecedente en la materia, el fallo dictado por la Cámara Nacional Comercial, SALA D, in re: “Cots Libia Elda c/ Estado Nacional Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ daños y perjuicios”, CAUSA 102757/99, sentencia del 30/09/2004. En la sentencia se consideró puntualmente que: “...La atribución de funciones de control pretende mantener el equilibrio del mercado de seguros, pero de manera alguna constituye una garantía absoluta de ello, puesto que si no el organismo sería siempre responsable de la liquidación de las compañías aseguradoras, y ese no ha sido el fin pretendido por el legislador (conf. CN Cont. Adm. Fed., Sala II, 1.6.00, in re “Compañía de Transportes Río de la Plata SA c/ E.N. (M. De Economía - Sec. De hacienda- y otro, s/ daños y perjuicios”) (...) En la especie, se advierte que la responsabilidad que se endilga al Estado Nacional no deriva de la liquidación de la aseguradora, sino de no haber implementado las medidas adecuadas de control respecto del servicio de transporte público de pasajeros, concretamente en cuanto atañe a la falta de cobertura ante eventuales siniestros...”

Llegándose a afirmar que: “...en los casos en que se pretende hacer efectiva la responsabilidad estatal por omisión en el marco de la concesión de un servicio, a efectos de probar la existencia del nexo causal entre el daño y la conducta omisiva del Estado, debe acreditarse que el hecho dañoso se produjo como consecuencia de la omisión del Estado y la acción u omisión del concesionario, es decir una concurrencia de concausas, de modo pues que si aquél hubiese controlado regularmente el servicio, en los términos reglamentarios y contractuales del caso, el daño no se hubiese producido...”<sup>83</sup>

Criterios reiterados recientemente por la Corte Suprema nacional en la causa: “Cassone, Pedro A. y ot. c/ BCRA s/ daños y perjuicios”, sentencia del 15 de julio de 2014, en la cual se recordó que: “...la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio imputable a un órgano estatal importa, para la parte actora, la carga de individualizar y probar, del modo más concreto posible, el ejercicio irregular de la función, sin que resulte suficiente al efecto la referencia a una secuencia de hechos y actos, sin calificarlos singularmente, tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios como en punto a su falta de legitimidad (conf. doctrina de Fallos: 328: 2546; 329: 2088; entre otros)...” Agregándose que: “... para que medie responsabilidad del Estado debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue...”<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Del voto del Dr. Balbín, que forma la mayoría, en la causa: Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, in re: “G. de L. W. A. y otros c/GCBA (Hospital General de Agudos “José María Ramos Mejía”) y otros s/ daños y perjuicios”, causa N° 3746/0, sentencia del 27/06/2008.

<sup>84</sup> En la causa se discutía la responsabilidad extracontractual por falta de servicio del Banco Central de la República Argentina como órgano de control de la ley de entidades financieras, por no haber adoptado, en forma oportuna, las medidas que la ley le habilita para enfrentar la situación de crisis del intermediario financiero depositario. La Corte Suprema rechazó la demanda al considerar que no se había probado el nexo de causalidad directa y adecuada entre las supuestas omisiones del ente de control y los daños que se reclamaban.

## 4. El régimen jurídico de los bienes afectados a la prestación de servicios públicos. El dominio público como propiedad estatal y servicio público

Como lo hemos señalado, la dogmática tradicional del dominio público partió, en el caso de nuestro Derecho administrativo contemporáneo, de la existencia de un régimen legal que, paradójicamente, incluyó a una serie de bienes (en su estado de naturaleza o “naturales” y bienes “artificiales”) en una incompleta regulación en el Código Civil.<sup>85</sup>

De esta manera, el régimen del “dominio público” se desarrollaría como un capítulo del Derecho administrativo, pero regulado por el Código Civil en su aspecto medular, esto es: el elenco de los “bienes” que quedaban o podrían quedar “afectados” al uso y goce común.

Al Derecho administrativo, como tal, solo le quedaría reservada la regulación de dichos “usos” (comunes o especiales).<sup>86</sup> Más no la delimitación conceptual de la categoría de bienes demaniales ni las consecuencias concretas del régimen jurídico, ya que éstas surgirían de una interpretación del propio Código Civil.

En efecto, al considerárseles como bienes fuera del “comercio” (en los términos del art. 953 del Código Civil), se construyó un sis-

---

<sup>85</sup> Ver: González Moras, Juan Martín, “El régimen dominial del Estado y los recursos naturales”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 374, Suplemento Especial, “II Congreso Nacional de Jóvenes Administrativistas”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2009, pág. 17 y sig.; “*El dominio público y los recursos naturales. El caso del mar territorial argentino*”, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXIII – 396, “XXXVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2011, pág. 325 y sig.; y “Régimen dominial del Estado y ‘bienes colectivos’. El caso de las aguas”, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, N°12, RAP, Buenos Aires, marzo de 2012. Sobre la evolución de la dogmática del dominio público, en general, y sobre las consecuencias que en la materia ha implicado la reforma constitucional de 1994, en particular, ver: Liber, Martín: “Derecho de Aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pág. 61 y sig. Y, en relación con los “bienes colectivos”, ver: Lorenzetti, Ricardo Luis, “Teoría del Derecho Ambiental”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.

<sup>86</sup> El art. 2.341 del Código Civil estableció que: “*Las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los Estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este código y a las ordenanzas generales o locales.*”



tema de consecuencias jurídicas que no habían sido receptadas de manera expresa, a saber: a) su inalienabilidad; b) su inembargabilidad; y c) su imprescriptibilidad.

El Código Civil, en definitiva, establece una vinculación directa entre los bienes que designa como integrantes del “dominio público” y su: a) uso común por la colectividad; y b) utilidad pública, en el caso de los bienes “artificiales”.

Conceptos que configuran la base necesaria de la denominada “afectación”, que se erige como la piedra angular para la existencia o no, desde el punto de vista jurídico, de la demanialidad.

En este sentido, la Corte Suprema nacional ha establecido que el régimen jurídico del dominio público respecto a un bien determinado, sólo puede darse a partir de “...una consagración real y efectiva al uso o servicio público (Fallos: 194:210; 242:168), aun cuando hubiera existido una anterior afectación formal a dicho uso o servicio (Fallos: 242:168; 263:437)...”<sup>87</sup>

La “afectación” es, así, equivalente a la *publicatio*, consagración o reserva, de un bien a un régimen jurídico de Derecho público, tuitivo del uso o utilidad común al cual aquel se destina. Y que tiene por efecto principal excluir a dicho bien del tráfico jurídico privado.

En efecto, así como la *tutelaridad* estatal del servicio público supone una *publicatio*, consagración o reserva, que se manifiesta en una calificación formal (que en algunos casos es constitucional y, en la mayoría, legislativa) que determina que una actividad implica la prestación de un servicio público y, por tanto, queda –por principio- fuera del comercio regulado por el derecho común y pasa a ser regida por el Derecho público, en el régimen de los bienes públicos dichas nociones se desarrollaron bajo el concepto de “afectación”.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> CSJN, in re: E. 53. XXXVII - “Estado Nacional (Ministerio del Interior) Prefectura Naval Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de s/ usucapión”, sentencia del 27/09/2005.

<sup>88</sup> La “consagración” al servicio público es de hecho la figura mencionada en la más antigua jurisprudencia nacional; ver: CSJN, in re: “Don Luis Lamas y Hunt, contra la Empresa de Mensajerías y Correos Nacionales, por cobro de cantidad de pesos”, sentencia del 9 de mayo de 1864; Causa XXVI, Fallos de la Suprema Corte, Tº1, Primera Serie, pág. 161 y sig. En el mismo sentido, Marienhoff recuerda que la Corte Suprema nacional ha utilizado acertadamente la figura de la “consagración” en Fallos: 146: 304, 147: 330; 182:

La *publicatio*, consagración o reserva, tal como hemos visto en la primera parte de esta obra, han tenido en nuestro Derecho público, un desarrollo más específico –bajo el concepto de *afectación*– en materia de dominio público que en la dogmática del servicio público. Sin que exista una diferencia conceptual entre ambas, ya que manifiestan un tipo de intervención estatal.<sup>89</sup>

Sin perjuicio de ello, la tesis “propietarista” del dominio público lo consideró como una manifestación del derecho de propiedad, aún en el caso de su enunciación como propiedad *administrativa*, concepción que no difiere sustancialmente de la construcción que sobre el derecho de propiedad ha realizado la doctrina civilista, basada en la relación subjetiva de la persona con la cosa<sup>90</sup>.

## 4. 1. La clásica regulación en el Código Civil

Tal como se ha dicho: “...*el Código Civil (...) de acuerdo a la tradición francesa decimonónica, en el Libro III, ‘De los derechos reales’, Título I, Capítulo Único, ‘De las cosas consideradas con relación a las personas’,*

---

380; ver: Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, segunda edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, Tomo V, pág. 177, cita en nota 7. En el caso del dominio público, a la consagración (o designación) formal (por un acto estatal), debe seguirle, tal como lo hemos recordado citando a la Corte Suprema nacional, una “afectación” real y efectiva al uso (general o especial) o servicio público. Por su parte, aunque de manera excepcional, se admiten formas de afectación y desafectación a partir de hechos (del hombre y de la naturaleza), por traducir situaciones contempladas en la legislación de fondo aplicable (usucapión; aluvión; extinción por destrucción o desnaturalización de la cosa para su destino; etc.) Sobre esto, ver asimismo: Mertehikian, Eduardo, “El mito del dominio público imprescriptible”, en “Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2012, pág. 591 y sig.

<sup>89</sup> Por todos, ver: Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo V, op., cit., pág. 175 y sig.

<sup>90</sup> “...*El concepto de propiedad está por encima del derecho público y del derecho privado y se especifica, como ya dijimos, tomando una distinta configuración según se trate de derecho público o de derecho privado. La propiedad sería el genus y entonces la propiedad de derecho privado y la propiedad administrativa serían las especies. Aunque ambas especies tienen una estructura común, un sustrato único, que es el vínculo que une el bien al sujeto, asumen características propias. Por ello la propiedad pública no es una modificación, una adaptación de la propiedad privada, sino que se desarrolla en forma paralela a esta*”, conf. Díez, Manuel María, “Derecho Administrativo”, Bibliográfica Omeba Editores-Libreros, Buenos Aires, 1969, Tº IV, pág., 391.

*establece, la delimitación y designación del dominio público y el privado del Estado, respecto al dominio civil o de los particulares*”<sup>91</sup>

La hermenéutica que se impuso a partir de su regulación civilista, llevó a considerar que en el mismo Código Civil se establecieron, en otros acápites, los caracteres de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público.<sup>92</sup>

Habiéndose considerado que, a los efectos de salvar su constitucionalidad, estas normas debían ser consideradas como de Derecho administrativo, aunque interpoladas por el codificador en la legislación común, tanto por razones históricas como metodológicas, y de carácter federal.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Salomoni, Jorge Luis, “Teoría General de los Servicios Públicos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, págs. 359 y 360.

<sup>92</sup> Los caracteres del dominio público surgirán, bajo estas premisas, de las siguientes normas: a) Inalienabilidad: arts. 953, 2336, 2604, y b) Imprescriptibilidad: arts. 2400, 3951, 3952 y 4019, inc. 1, todos del Código Civil. Si un bien se encontraba afectado a utilidad o comodidad común, de acuerdo al art. 2340 inciso 7 del Código Civil, no se admitía por parte de los particulares ni propiedad ni posesión en los términos de los artículos 2.336, 2.351, 2.506, 2.513, 2.604, siguientes y concordantes del mismo Código Civil. Los bienes del dominio público no pueden ser objeto de compraventa, no son embargables, no pueden ser objeto de ejecución judicial, no pueden ser gravados con hipoteca, no pueden ser objeto de cualquier tipo de actos de disposición o que impliquen transferencia de dominio, etc. Todo lo cual no impedía la admisión de cierto tipo de tráfico jurídico regido por el Derecho público, y que serviría de base para la construcción de la teoría de los derechos reales administrativos (concesiones y permisos de uso del dominio público), sometidos a un régimen especial, y que parte, esencialmente, del respeto de las consecuencias de la afectación del dominio público. Marienhoff sostiene, por su parte, que aunque tales caracteres existen por principio aunque la legislación los silencie, no son atributos exclusivos de los bienes públicos, ya que la dominialidad no deriva de la inalienabilidad ni de la imprescriptibilidad. Y eso porque dice que: “...*Lo que define a un bien público y le imprime sus notas correlativas -entre ellas la inalienabilidad y la imprescriptibilidad- es su afectación al uso público directo o indirecto*”. Marienhoff, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo V, op., cit., pág. 257 y 258. Cabe mencionar finalmente, como antecedente histórico, que en nuestro Derecho colonial, la Ley de Partidas estableció la inalienabilidad y la imprescriptibilidad de los bienes públicos, comunes y del Reino. A su vez, en el Libro III, Título XVII, de la “Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias”, se estableció el carácter de “públicos” a los caminos, pastos, montes, aguas y términos comunes. Y por último, en el mismo Libro III, Título VI de la mencionada “Recopilación...”, se estableció el concepto de obra pública. Ver: “Recopilación de leyes de los Reynos de Indias”, Edición facsímil coeditada por el Centro de Estudios Políticos y Sociales y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998, Tomo II, págs. 55 y 56.

<sup>93</sup> Ver en este sentido, Salomoni, Jorge Luis, “El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática”, en Revista Actualidad en el Derecho Público Nº 14, Ad-Hoc, Buenos Aires, septiembre – diciembre de 2000, pág. 79 y sig.

Por nuestra parte, siguiendo la línea argumental de Salomoni, hemos llegado a la conclusión de que el régimen del dominio público (tanto antes como luego de sancionado el Código Civil) se ha desarrollado en nuestro país de manera conjunta con el concepto de servicio público. Lo que implica, básicamente, que ambos constituyen títulos de intervención pública y deben ser regulados por el Derecho administrativo.<sup>94</sup>

## **4. 2. El dominio público en el Código Civil y Comercial**

### **4. 2. 1. La sistemática del Código Civil y Comercial en materia de dominio público**

El Código Civil y Comercial adopta una nueva sistemática en la regulación del dominio público.

En efecto, dicha regulación se encuentra –ahora- inserta en el TÍTULO PRELIMINAR, LIBRO PRIMERO, PARTE GENERAL. Dentro del Título Preliminar, a su vez, tenemos el TÍTULO III, Bienes, CAPÍTULO 1, Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, SECCIÓN 2ª, Bienes con relación a las personas. Es decir que el régimen del dominio público ya no está incluido como un capítulo dentro de los derechos reales.

Los motivos expresados en los fundamentos en el Código Civil y Comercial, redundan en las siguientes cuestiones: a) en el Código Civil esta regulación estaba basada en la “...relación directa entre el sujeto individual y los bienes, así como una vinculación relevante entre estos últimos y su valor económico, mientras que, excepcionalmente, se da un lugar a los bienes del dominio público...”; b) ese esquema resulta “...insuficiente para solucionar conflictos actuales...”, por el cambio de la concepción patrimonialista y la

---

<sup>94</sup> González Moras, Juan M., “El concepto de servicio público”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXVI – 309, “XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. ‘Las bases constitucionales del Derecho administrativo’, Ediciones RAP SA, 2004, pág. 185 y sig.

*aparición de bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad (como sucede con el cuerpo humano, órganos, genes, etc.); c) La relación exclusiva entre “...los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios...”; d) por la existencia de “bienes colectivos”, así considerados por la Constitución y la ley ambiental, los cuales no son “solamente de propiedad del Estado”.*

En función de ello, la inclusión del régimen dominial del Estado en el TÍTULO PRELIMINAR, LIBRO PRIMERO, PARTE GENERAL del Código Civil y Comercial, responde a la necesidad de “...proveer principios en relación a estos temas que, por su amplitud, no pueden estar metodológicamente ubicados, exclusivamente, en materia de derechos reales...”

Se señala, asimismo, que el “...método seguido por el Código Civil y por el Proyecto de 1998 es un elemento fundamental para desentrañar la arquitectura del sistema...”, pero que “...continúa siendo insuficiente para contemplar los nuevos conflictos...”<sup>95</sup>

Concluyéndose, en definitiva, que: “1) Hay un grado de generalización creciente, porque en el Código Civil se incluyó este tema en el Libro Tercero sobre derechos reales y en el Proyecto de 1998 se lo regula en el Libro Segundo, que está dedicado a la parte general. 2) La propuesta de regulación del Proyecto de 1998 continúa siendo insuficiente para contemplar los nuevos conflictos, probablemente porque, al momento de su elaboración, la reforma constitucional era demasiado novedosa. 3) Sin perjuicio de mantener la regulación específica de los derechos reales, es necesario contemplar los nuevos supuestos. Esa regulación no puede ser exhaustiva, ya que, en gran medida, está en leyes especiales. El punto de equilibrio regulatorio es, entonces, una serie de pautas generales incluidas en el Título Preliminar...”

Sobre dichas bases metodológicas, se desarrollará la regulación del dominio público.

---

<sup>95</sup> El Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial, que tuvo estado parlamentario (enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación con fecha 8 de julio de 1999) fue redactado por una Comisión Honoraria de juristas, integrada por los profesores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio Cesar Rivero y Horacio Roitman.

## 4. 2. 2. La regulación del dominio público en el Código Civil y Comercial y los bienes afectados a la prestación de servicios públicos

Como se adelantó, el régimen del dominio público se encuentra en el Título III “Bienes”, Capítulo I, Sección 2º, “Bienes con relación a las personas”. Y sus normas basales son los arts. 235<sup>96</sup>, 236<sup>97</sup> y 237<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> Art. 235: “**Bienes pertenecientes al dominio público.** Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso; c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares; e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; g) los documentos oficiales del Estado; h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.”

<sup>97</sup> Art. 236: “**Bienes del dominio privado del Estado.** Bienes del dominio privado del Estado. Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales: a) los inmuebles que carecen de dueño; b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería; c) los lagos no navegables que carecen de dueño; d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros; e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.”

<sup>98</sup> Art. 237: “**Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce.** Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce. Los bienes públicos del Estado son inalienables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales. La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236.”

Destacándose que, dentro de esta legislación general que, aunque de manera parcial, se ha previsto una regulación específica destinada a los bienes afectados a la prestación de servicios públicos.

#### 4. 2. 2. 1. *Garantía común. Bienes afectados directamente a un servicio público*

En efecto, el art. 242 del Código Civil y Comercial establece: “*Garantía común. Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran.*”

Y el art. 243: “*Bienes afectados directamente a un servicio público. Si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio.*”

La “garantía común” viene a ser limitada en relación con aquellos bienes que el propio Código Civil y Comercial declara como inembargables o inejecutables.

De esta manera, los bienes pertenecientes (o afectados) al dominio público (“bienes públicos” del Estado según el art. 237), no son prenda común de los acreedores, por ser inembargables.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> Para Lorenzetti, debe tenerse presente además que: “...*El desarrollo de los servicios públicos se halla sujeto a un régimen jurídico de características especiales, que contiene cláusulas que por lo general no se admiten en el Derecho Privado, lo que lo transforma en lo que se denomina un régimen exorbitante de Derecho Público. El poder económico y la ventaja que ello acarrea, sumando a la restricción de competencia que suele existir en el sector, torna necesaria una sostenida tutela estatal en resguardo de los derechos de los usuarios. En esta tutela se inscriben las restricciones que se imponen a los acreedores respecto de los bienes de sus deudores afectados directamente a la prestación de servicios públicos, dando prioridad a los intereses colectivos sobre los de los particulares (...)* Se debe enfatizar que resulta aplicable a la prestación de servicios públicos la normativa de defensa del consumidor, constituyendo la norma en comentario una tutela indirecta a los usuarios o receptores de aquellos que evita que los mismos se vean perjudicados por la acción de los acreedores de sus prestadores o proveedores (...) no se trata de una

Por su parte, y dijimos, la regulación en materia de servicio público resulta parcial y asistemática.

#### 4. 2. 2. 2. Régimen de los bienes “afectados” a la prestación de servicios públicos

La *afectación* de determinados bienes al “servicio público”, incluida expresamente en el citado art. 243, constituye -en nuestro Derecho público- el núcleo central y originario del régimen del dominio público.

Claro que ello resultaba de la extensión conceptual del “servicio público” a funciones estatales diversas y, por conexidad, a la situación de determinado tipo de bienes necesarios para el desarrollo de dichas actividades públicas.

De cualquier manera, y avanzando en el siglo XIX, el régimen del servicio público comenzaría a independizarse en torno a una especialización vinculada con la idea del servicio público económico.

Es decir, las clásicas actividades económicas que, puestas en manos estatales (para su regulación y organización) o de concesionarios (para su prestación), constituirían los actuales servicios públicos (ferrocarriles, correo, saneamiento, telecomunicaciones, energía, etc.)

Desde el punto de vista normativo, la regulación del régimen de los bienes, se desdoblaría en: a) regímenes sectoriales (ferrocarriles, correos, saneamiento, energía), en algunos casos federales y, en la mayoría, provinciales; y b) en el régimen general extrapolado en el Código Civil.

Sobre la base de la regulación civilista, el régimen de los bienes afectados a la prestación de un servicio público, quedó subsumida en la teoría general del dominio público, justificándose su inclusión dentro

---

*protección especial a los bienes particulares en sí mismos sino en función de su afectación a la prestación de servicios necesarios para la sociedad en general y, evidentemente, alude al caso particular de los servicios públicos privatizados...”, Lorenzetti, Ricardo Luis, (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Rubinzal Culzoni, Tomo I, Santa Fe, 2014, pág. 809.*



del elenco de bienes del dominio público y, por ende, de su régimen jurídico, por los motivos que seguidamente desarrollaremos.

#### 4. 2. 2. 2. 1. *La utilidad o comodidad común de las obras que se libran al uso común directo o indirecto*

En primer lugar, la vinculación entre dominio público y servicio público estará dada por la utilidad o comodidad común de las obras que se libren al uso común, tanto directo como indirecto.

Ello se encontraba regulado, concretamente, en el artículo 2.340, inciso 7º, del Código Civil.

En efecto, tal como ha sostenido Marienhoff: “...*Lo que define a un bien público y le imprime sus notas correlativas -entre ellas la inalienabilidad y la imprescriptibilidad- es su afectación al uso público directo o indirecto*”<sup>100</sup>.

El servicio público aparece, así, como un claro ejemplo de un uso indirecto que implica la *afectación* de determinados bienes al régimen del dominio público.

A lo cual sumaba Marienhoff la prescripción contenida en el artículo 2.340 inciso 7º, in fine, del Código Civil, en cuanto éste comprende dentro de dicho dominio a “...*cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común*”<sup>101</sup>.

Obras públicas cuya utilización, entonces, puede ser directa o indirecta, por parte de los particulares.

De esta manera, resultaba que: “...*La fórmula del Código Civil argentino..., es más amplia que la de ‘afectación a un servicio público’; por eso en nuestro país, lo que caracteriza al dominio público no es, precisamente, ni el uso directo, ni la afectación a un servicio público,*

---

<sup>100</sup> Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo V, op., cit., pág. 257 y 258.

<sup>101</sup> Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo V, op., cit., pág. 130 y 131.

*sino la afectación del bien a utilidad o comodidad común, concepto éste más amplio que aquellos...*<sup>102</sup>

#### *4. 2. 2. 2. Afectación de bienes para la prestación de servicios públicos económicos. El caso de las concesiones*

La segunda modalidad de vinculación entre servicio público y dominio público hace al régimen de los bienes “afectados” a la prestación de un servicio público económico.<sup>103</sup>

Reaparece aquí la regulación específica de un conjunto de bienes a los fines su utilización para la prestación de un servicio público económico. La que, a su vez, se vinculará, casi en la totalidad de los casos, con la utilización de la técnica concesional.

De esta manera, en la actualidad, los bienes afectados a la prestación de un servicio público, sean de propiedad estatal o de un concesionario, serán incorporados al régimen jurídico del dominio público, por imperio de: a) las normas propias que rijan el servicio público, conforme la noción de afectación directa aludida en el art. 243; y b) por el art. 235, inc. e), del Código Civil y Comercial (anteriormente art. 2.340, inciso 7° del Código Civil), como un supuesto de afectación indirecta.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo V, op., cit., pág. 131. Hemos ya recordado que la Corte Suprema nacional mantiene actualmente su doctrina según la cual el régimen jurídico del dominio público respecto a un bien determinado sólo puede darse a partir de “...una consagración real y efectiva al uso o servicio público (Fallos: 194:210; 242:168), aun cuando hubiera existido una anterior afectación formal a dicho uso o servicio (Fallos: 242:168; 263:437)...” CSJN, in re: E. 53. XXXVII - “Estado Nacional (Ministerio del Interior) Prefectura Naval Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de s/ usucapión”, sentencia del 27/09/2005.

<sup>103</sup> En general, sobre esto, ver: Grecco, Carlos M., “Aproximación al régimen jurídico de los bienes privados afectados al servicio público”, en Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos M., “Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 401 y sig.

<sup>104</sup> Así lo entendió la jurisprudencia nacional en el caso de los ferrocarriles, estableciendo que los bienes del ferrocarril constituyen parte del dominio público en la medida en que estén afectados al servicio público. Ver: CNCAF, sala III, in re: “Empresa Ferrocarriles Argentinos c. Inforex, S. A.”, sentencia del 29 de marzo de 1983. ED 10696.

Enfatizándose, para cualquier de estos casos, que: “...Para que un bien sea considerado como perteneciente al dominio público del Estado, es necesario que el mismo se encuentre afectado al uso específico de intereses públicos en forma real y actual.”<sup>105</sup> O, como señala la Corte Suprema nacional, en forma “real y efectiva”.<sup>106</sup>

Por lo tanto, al producirse la finalización del contrato, por un modo normal (cumplimiento del plazo de concesión), o un modo anormal (revocación del contrato o el rescate del servicio), el título habilitante para la explotación del servicio revertirá al Estado y con él, salvo norma o estipulación en contrario, revertirán los bienes afectados a la prestación del servicio.

El fenómeno de la reversión se produce al extinguirse la concesión, con dos significados concatenados: a) Por un lado, la reunificación, en cabeza de la administración, de titularidad y prestación del servicio; y b) Por otro lado, correlativamente, la traslación desde el concesionario a la Administración de los derechos que el primero ostentó, durante todo el periodo concesional, sobre los elementos materiales adscriptos a la explotación.<sup>107</sup> Es decir, que revierten al Estado tanto el título como los bienes afectados al servicio.<sup>108</sup>

La *afectación* de bienes a la prestación de un servicio público implica el sometimiento de los mismos a un régimen jurídico de Derecho público que se sintetiza en el concepto de “dominio público”.

Resultado, por ello, fundamental, lo resuelto por la Corte Suprema nacional, al tratar sobre la especificidad del régimen jurídico de bienes afectados a un servicio público, en el sentido de que dicha “...obligada *afectación*...”, los erigen en “...una *propiedad sui generis* (doct. Fallos:

---

<sup>105</sup> SCBA, in re: “Scheverin C.E. y García de Scheverin c/ Municipalidad de Bahía Blanca s/ Demanda contencioso administrativa”, causa B 48463, sentencia del 27-12-1988.

<sup>106</sup> CSJN, in re: E. 53. XXXVII - “Estado Nacional (Ministerio del Interior) Prefectura Naval Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de s/ usucapión”, sentencia del 27/09/2005.

<sup>107</sup> Arimany Lamoglia, Esteban, “La reversión de instalaciones en la Concesión Administrativa de Servicio Público”, Ed. Bosch Casa Editorial S.A. Madrid. España. 1980, pág. 6.

<sup>108</sup> Arimany Lamoglia, Esteban, “La reversión de instalaciones en la Concesión Administrativa de Servicio Público”, op. cit., pág. 63.

152, 143) que toma nacimiento ya sea en un contrato administrativo o bien derivase de un acto del poder público y, por lo tanto, abarca una universalidad económica material e inmaterial confundida y desdibujada en su masa patrimonial..., es innegable que (...) no le son estrictamente aplicables las reglas del derecho privado civil o comercial, salvo que lo fueran en forma subsidiaria...<sup>109</sup>

El régimen jurídico que corresponde a los bienes afectados a la prestación de un servicio público, en función de la delimitación efectuada por la jurisprudencia nacional, implica que:

1.- Los bienes afectados a la prestación de servicios públicos o a actividades de interés público, aún en el caso que se haya concesionado el servicio o licenciado la actividad -o sólo concesionado el uso- constituyen bienes integrantes del “dominio público”.

2.- Dichos bienes son susceptibles del uso indirecto por parte del público, por traducir la prestación de un servicio público, conforme el régimen del art. 235, inc. e), del Código Civil y Comercial (antes artículo 2340, inciso 7º, del Código Civil).

3.- En función de ello, aquello que caracteriza al dominio público no es el uso directo ni la afectación a un servicio público, sino la afectación del bien a la utilidad o comodidad común, que es más amplio y comprensivo.

4.- El hecho de que los bienes que aporte o adquiera el concesionario y las construcciones o instalaciones que hubiere realizado sobre bienes del Estado, integren el dominio del concesionario, no impide

---

<sup>109</sup> Agregándose que: “...Si los bienes que integran la base económica de una empresa concesionaria de servicios públicos no pueden sin consentimiento del poder concedente salir voluntariamente del patrimonio especialmente interdicto del concesionario, esto es, no son susceptibles de venta, permuta, locación o transmisión por actos de última disposición y ni tampoco admiten la constitución de derechos reales, no es admisible que so color de una clasificación civilista que resulta disminuida o enervada o desnaturalizada en su esencia propia por la interferencia de otras reglas opuestas o por lo menos en colisión con los principios que fundamentan la legislación común, subsista para esos bienes una naturaleza jurídica plena que no condice con la indisponibilidad forzosa ni con los fines a que los somete el derecho público actuando como lo hace...”, CSJN, in re: “Ottonello Hnos. y Cía. y Ottonello Pedro, Santiago y Simón contra Tucumán la Provincia sobre expropiación inversa”, sentencia del 31 de diciembre de 1948.

que dichos bienes ostenten la calidad de bienes del dominio público por su uso indirecto, cualidad que deriva de la naturaleza del servicio o actividad que se presta, y no de la clase de persona que las detenta.

5.- Las relaciones de “propiedad”, en sentido estricto, y las modalidades de compensación económica a sus titulares dominiales por las restricciones que, en virtud de su afectación al dominio público, sufran dichos bienes (por caso, del concesionario o de terceros), tanto durante su afectación a la actividad como al momento de su eventual reversión al Estado, deben ser previstas de manera especial para cada servicio público (sea por vía legal o convencional).<sup>110</sup>

En definitiva, puede concluirse que: *“...En nuestro ordenamiento jurídico, los bienes consagrados al uso público indirecto pertenecen pues, al dominio público, siendo por ello que los bienes afectados a un servicio público, son públicos, ya sea cuando dicho servicio sea prestado directamente por el Estado, ya sea cuando sea prestado por un tercero concesionario del servicio público o licenciatario de una actividad de interés público, o derivado de la concesión de uso de bienes del dominio público...”*<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Se ha sostenido, en este sentido, que: *“...La prestación de los servicios públicos requiere necesariamente de la organización de un conjunto de bienes destinados a hacerla efectiva (...). Estos bienes se encuentran, así, sometidos a un régimen diferencial, que se justifica por su necesidad de garantizar la prestación del servicio en las condiciones que definen su esencia: continuidad, regularidad y eficiencia. Cuando para la prestación se utilizan o afectan bienes de los particulares, esa finalidad debe lograrse sin afectar en forma sustancial la propiedad privada dispuesta al servicio de ese fin. Ello determina: a) que las limitaciones tengan fuente legal o convencional; b) que sean razonables; y c) que sean debidamente compensadas. El régimen de bienes no es único e igual para todos los servicios. Por el contrario, en la medida que éstos se desarrollan en sectores con sus propias características y tratan de satisfacer necesidades de diversa índole, lo razonable es que el régimen de los bienes afectados a su prestación se adapte, como el resto de las normas regulatorias, a las particularidades de cada sector o actividad...”*, conf. Corra, María Inés, “Régimen de los bienes afectados a la prestación de los servicios públicos”, en AAVV, “Cuestiones de intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pág. 179.

<sup>111</sup> Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala I, in re: «CABLEVISIÓN SA y otro c/ COMFER y otro s/ declaración de certeza (sumarísimo)», Expte. N° 6354/04, sentencia del 17/05/2007. Para ello, en la sentencia se consideró que: *“...De acuerdo con la legislación aplicable al presente, los servicios de radiodifusión son de interés público (art. 4 de la ley 22.285), debiendo colaborar con el enriquecimiento cultural de la población del país, para lo cual el contenido de sus emisiones tiene que propender a la elevación de la moral, el respeto de la libertad, la solidaridad social, la dignidad de las personas, los*

#### 4. 2. 2. 3. Régimen jurídico de los bienes (públicos y privados) afectados directamente a la prestación de un servicio público en el Código Civil y Comercial

En definitiva, puede afirmarse que el Código Civil y Comercial regula la cuestión de los bienes afectados a la prestación de servicios públicos, en dos planos.

Uno general, en el marco del régimen jurídico que sobre el dominio público se establece en los arts. 235 a 238.

---

*derechos humanos, el respeto de las instituciones de la república, el afianzamiento de la democracia (art. 5° de la ley 22.285) (...) Para brindar los servicios objeto de las licencias, las prestadoras deben contar con una red de cableado exterior del sistema que posibilite la transmisión de las emisiones y su recepción por los usuarios; para ello necesitarán la autorización municipal que permita el uso del espacio aéreo, y en su caso, de la persona que haya obtenido la concesión del servicio público, o el uso de los bienes de dominio público (conf. Pliego de Condiciones para Servicios Complementarios de Radiodifusión, aprobado por Resolución COMFER N° 725 del 18-11-91) (...) Los bienes imprescindibles para la prestación regular del mencionado servicio se consideran afectados a un servicio de radiodifusión, encontrándose entre estos bienes, el cableado que posibilita la transmisión por señales y los postes que le sirven de soporte...”* En relación con esto, a partir del concepto de “activos esenciales” y las condiciones de su afectación al servicio público, la jurisprudencia nacional ha establecido que: 1.- Los “activos esenciales” son bienes que se incorporan al régimen de prestación de un servicio público que resultan “... indispensables para cumplir su obligación de operar en forma eficiente, continua y regular el servicio adjudicado...” 2.- Afirmandose que –a todos los efectos del ejercicio del derecho de propiedad por parte del prestador privado- corresponde tener presente “... las particulares circunstancias en que se ejerce el derecho de propiedad de esos bienes. La reseña ut supra efectuada de las obligaciones impuestas por el marco regulatorio de la prestación del servicio de transporte de gas respecto de esos activos, así como la precariedad del derecho de propiedad que sobre ellos se ejerce ilustra acerca de una particular realidad, a la que corresponde atender en razón del carácter de orden público que el legislador otorgó a la ley por la que determinó ese sistema normativo...” 3.- Correspondiendo a la autoridad regulatoria del servicio: “...estimar el valor con el que se incorporan al sistema las obras necesarias para proveer del fluido a vecinos que no fueran usuarios de gas natural (...) que refleje específicamente la significación económica de ese incremento en el patrimonio afectado al servicio público controlado por ella, que -como ya se dijo- puede no coincidir con el costo en que hubieran efectivamente incurrido quienes las afrontaron...”, conf. CNACAF, Sala III, in re: “Gas Natural BAN SA (TF 19365-1) c/ DGI”, Causa N° 27.771/2005, sentencia del 07/08/2007.

Uno particular, o específico, en lo que hace a “Garantía común. Bienes afectados directamente a un servicio público”, en los arts. 242 y 243, ya transcriptos.

Normas particulares que, desde ya, deben ser interpretadas para comprender su alcance, en el marco de los mencionados arts. 235 a 238.

En relación con ello, debe señalarse, en primer lugar, que los bienes, tanto públicos como privados, afectados directamente a la prestación de un servicio público, no son prenda común de los acreedores por ser, al menos, inembargables.

Los primeros (bienes del dominio público o “bienes públicos” según el art. 237), porque -mientras dure su afectación- son bienes declarados inenajenables, inembargables o inejecutables (art. 237).

Por su parte, en el caso de los bienes de los “*particulares*” (conf. art. 238) que se encuentren afectados directamente a la prestación de un servicio público, tenemos una regulación especial que indica que no podrán ser agredidos por los acreedores del titular dominial si ello conlleva “...*perjudicar la prestación del servicio.*”

En función de dichas reglas generales, cabe señalar que:

1.- La regulación de los bienes afectados a un servicio público es asistemática e incompleta. Esto, en tanto, si bien ha desaparecido la mención a los “ferrocarriles” de la enumeración correspondiente a los bienes del dominio privado del Estado (lo que termina con algunas clásicas discusiones doctrinarias), tampoco se los ha incluido en un inciso específico entre los bienes del dominio público.

2.- De esta manera, el nuevo sistema reconoce que los bienes artificiales afectados a la prestación de un servicio público, son bienes públicos: a) en virtud de lo normado en el art. 235, inc. e), esto es: “...*las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común...*”; y b) en virtud de las normas que específicamente se dictan para regular el servicio público (especialmente en el caso de prestación por medio de la técnica concesional).

3.- El Código Civil y Comercial viene a reconocer, asimismo, que existen bienes “particulares” (o privados) que, eventualmente, podrán

afectarse directamente a la prestación de servicios públicos. En este caso, dichos bienes no pierden su condición particular o privada, pero quedan sometidos, en cuanto a su uso y disposición (incluyendo, lógicamente, los derechos reales de garantía a los que podrán ser aplicados), a un régimen jurídico tutelar (de la correcta prestación del servicio público involucrado) que no está regulado en el Código.

4.- Los bienes del Estado (nacional, provincial o municipal), afectados a la prestación de un servicio público, se encuentran dentro del dominio público y son, por tanto y mientras dure su afectación: *inembargables, inenajenables e imprescriptibles* (art. 237).

5.- Al contrario, los bienes de propiedad de particulares que se encuentren afectados directamente a la prestación de un servicio público, mientras dure su afectación y en el caso de no estar categorizados como integrantes del “dominio público” por las respectivas normas del servicio, se encontrarán sujetos a un régimen de indisponibilidad relativa, a los efectos de protegerlos de la posible agresión de los acreedores que implique entorpecer el correcto funcionamiento del servicio público.<sup>112</sup>

6.- Las modalidades de la afectación y desafectación de los bienes (tanto del dominio privado del Estado como de los particulares), la regulación específica de las condiciones de uso o utilización de los mismos para el servicio público y, en definitiva, el régimen de indisponibilidad relativa de los bienes particulares, quedan librados a las normas de derecho público locales (federales, provinciales o municipales) que regulen el servicio público de que se trate.

Cabe recordar aquí el comentario que sobre el proyecto de Código Civil y Comercial de 1999, efectuaba Salomoni respecto del artículo 232 allí incluido (y que aquí se repite como art. 243): “...*Este artículo revela lo que parecería una posición intermedia entre la aplicación lisa y*

---

<sup>112</sup> Sobre la categoría de bienes “indisponibles”, en general; y sobre la “inembargabilidad” de determinados bienes que, aún no estando formalmente incluidos en el dominio público, se encuentran afectados a la satisfacción de funciones estatales, en particular, ver: Viale, Claudio M., “La acción societaria en la sociedad del Estado”, en AAVV, XXXIII Jornadas nacionales de Derecho Administrativo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Revista RAP N°361, Buenos Aires, 2008, pág. 323 y sig.



*llana de los caracteres del dominio público a los bienes privados del concesionario afectados a un servicio público, y la aplicación del principio del patrimonio privado como prenda común de los acreedores.*<sup>113</sup>

7.- Finalmente, debe tenerse presente que todos los bienes (particulares, y del dominio público y privado del Estado), tienen un límite general establecido en los arts. 240 y 241, que hace a la función “ambiental” de la propiedad.<sup>114</sup>

8.- En el caso concreto de los bienes afectados a la prestación de un servicio público, sean públicos o particulares, y sea el prestador del servicio público o privado, se encontrarán sujetos, en cuanto a su uso y disposición, a la satisfacción de: a) los derechos de incidencia colectiva que se encuentren involucrados; y b) las normas nacionales de presupuestos mínimos.

## **5. Regulación y control de los servicios públicos. Marcos regulatorios y Entes Reguladores**

La regulación del servicio público, tanto en lo referente al establecimiento de su régimen jurídico en particular como en lo relativo al control de su cumplimiento por parte de los sujetos jurídicos involucrados, implica, en primer término, definir el órgano constitucionalmente in-

---

<sup>113</sup> Salomoni, Jorge Luis, “El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática”, op., cit., págs., 79 y sig.

<sup>114</sup> El art. 240 indica que: “*Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.*”, texto conforme modificación del Poder Ejecutivo Nacional. El art. 241 señala que: “*Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.*”, texto conforme modificación del Poder Ejecutivo Nacional.

vestido de dicha potestad regulatoria y, luego, establecer las condiciones de la aplicación y control de dichos marcos jurídicos.

En el caso de nuestro país, la potestad regulatoria desde la sanción de la Constitución de 1853, ha estado, en función de lo establecido en los arts. 75, inc. 18, en la órbita del Poder Legislativo. Todo lo cual ha venido a ser ratificado, expresamente, por el art. 42 incorporado en la reforma constitucional de 1994.

Circunstancia que plantea algunas cuestiones problemáticas en relación con los denominados “Entes Reguladores” de los servicios públicos, creados a partir de la ley 23.696 de “reforma” del Estado.

## **5. 1. Los Entes reguladores como “Entes de Control”**

Los arts. 42, 75, inc. 18, y 76 de la Constitución Nacional, sistemáticamente interpretados, impiden la delegación permanente de la potestad regulatoria de los servicios públicos en entidades autárquicas dependientes del Poder Ejecutivo Nacional.

Lo cual nos conduce a la idea de que, en realidad, los Entes Reguladores, en nuestro derecho positivo y bajo su actual configuración, adquieren el alcance y la funcionalidad propios de lo que podrían denominarse “Entes de Control” de los marcos regulatorios de servicios públicos que, a su vez, y tal como quedó dicho, sólo pueden ser dictados por el Congreso Nacional.

Sus competencias estarán supeditadas, claramente, a un doble orden de cuestiones.

En primer lugar, en lo que hace a las competencias reglamentarias o “regulatorias”, los “Entes de Control” quedan sometidos a las disposiciones que, bajo la forma de marcos regulatorios o normas modificatorias o complementarias de los mismos, dicte el Congreso nacional.

Desde el punto de vista del control del fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales que los prestadores privados asuman frente al Estado concedente (en los casos de concesiones o licencias contractuales), los “Entes de Control” deberán, además, sujetarse a las modifica-

ciones (por vía de renegociación) que acuerden aquellos con el Poder Ejecutivo nacional. Muestra clara de lo cual resultó el proceso de renegociación contractual generalizada iniciado por la ley 25.561.

En segundo término, y en lo que hace al ejercicio de potestades de tipo jurisdiccional, los Entes de Control deberán someter sus decisiones a un pleno y completo control por parte del Poder Judicial.<sup>115</sup>

En efecto, y tal como lo ha sostenido en su momento Gordillo: “... *El ente regulador no puede actuar como un supuesto árbitro que dirime conflictos entre partes iguales, sino que tiene el deber constitucional y legal de buscar equilibrar la desigualdad existente, compensando el poder monopólico o exclusivo con un mayor peso de su control y una mayor defensa del usuario. Por eso pensamos también que la supuesta facultad ‘jurisdiccional’ que la ley reconoce a estos entes no puede ser entendida en sentido estricto. Es una facultad administrativa de resolver conflictos en sede administrativa, sujeta a revisión judicial plena y adecuada por ambas partes...*”<sup>116</sup>

## 5. 2. Finalidad de la creación de los Entes reguladores

La jurisprudencia nacional ha señalado que el art. 42 de la Constitución Nacional obliga a las autoridades públicas a velar por la tutela de los derechos de los usuarios; como, asimismo, que la protección de los usuarios, como fin esencial, no puede ser desconocido por el Ente de control -ni por los jueces- en virtud de normas reglamentarias defectuosas o incompletas.

---

<sup>115</sup> Ver, sobre esto: Aguilar Valdez, Oscar R., “Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001, pág. 17 y sig.

<sup>116</sup> Gordillo, Agustín, “Después de la Reforma del Estado”, op., cit., Capítulo III-6. Ver, asimismo: Muratorio, Jorge, “La realidad del control y la regulación de los servicios públicos. Un replanteo de la figura de los entes reguladores”, en AAVV, “El derecho administrativo hoy. 16 años después”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013, pág. 397 y ss.

En efecto, se ha sostenido que la función de los organismos reguladores y de control de los servicios públicos, implica que: “...se los constituye no para asumir un papel de terceros imparciales prescindentes pues su primer y principal deber es amparar los derechos de los usuarios (LS 299-012). Esta afirmación se comparece con la expresa disposición contenida en el art. 42 de la Constitución Nacional que obliga a las autoridades públicas a velar por la tutela de los derechos de los usuarios (...) La protección de los usuarios, como fin esencial, no puede ser obviado por el ente de control ni por los jueces con motivo de posibles imperfecciones técnicas en la instrumentación legal de la tarifa...”<sup>117</sup>

### **5. 3. Sobre el alcance de las potestades jurisdiccionales de los Entes reguladores. Evolución jurisprudencial**

En relación con las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores, puede observarse una clara evolución en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional que comienza en 1998 en la causa “Litoral Gas S.A. c/ENARGAS –resol. 29/94”<sup>118</sup>, sigue en la causa “Transportadora de Gas del Norte S.A.”<sup>119</sup>, del 2001, continúa –hacia 2004- en la causa “E.D.E.R.S.A. c/ Turbine Power Co. S.A.”<sup>120</sup> y culmina, ya en el año 2005, con el dictado de la sentencia en la causa “Ángel Estrada”.

Si bien dicha evolución marcará, en un primer momento, la afirmación de la constitucionalidad de las potestades jurisdiccionales de los

---

<sup>117</sup> CSJ DE MENDOZA, SALA II, in re: “OBRAS SANITARIAS MENDOZA S.A. c/ E.P.A.S. s/ A.P.A.”, causa N° 71.459, sentencia del 11/06/2007.

<sup>118</sup> CSJN, in re: “Litoral Gas S.A. c/ENARGAS –resol. 29/94”, sentencia del 16 de abril de 1998.

<sup>119</sup> CSJN, in re: T. 263. XXXVI PVA - “Transportadora de Gas del Norte S.A. solicita avocación en autos Vivas Cruz Dionisio c/ Conta S.R.L. y otros s/ interdicto de obra nueva”, sentencia del 30/10/2001.

<sup>120</sup> CSJN, Competencia N°864. XL - “E.D.E.R.S.A. c/ Turbine Power Co. S.A. s/ contencioso administrativo”, sentencia del 09/11/2004.

entes reguladores, terminará por establecerle sucesivos límites y condiciones de validez.

En efecto, la Corte Suprema sostendrá en el conocido caso “Ángel Estrada” que: “...para delimitar el alcance de las facultades a que se refiere el art. 72 de la ley 24.065 es preciso computar la totalidad de sus preceptos, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y, especialmente, con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 312:111 y 1036, y sus citas). En consecuencia, la atribución de dirimir todas las controversias de contenido patrimonial que se susciten entre particulares con motivo del suministro de energía eléctrica debe ser entendida con el alcance derivado de la doctrina de Fallos: 247:646 y, la más próxima de Fallos: 321:776. De conformidad con ellas, el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que (...) prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente...”<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> Agregando, puntualmente, y en relación con el concepto de “jurisdicción primaria”, que: “...conviene recordar que la atribución de la jurisdicción primaria a organismos administrativos (doctrina tomada de E.E.U.U.) se justifica cuando la resolución de la controversia presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a cuerpos expertos, debido a que su dilucidación depende de la experiencia técnica de dichos cuerpos (...) Es decir, la jurisdicción de las agencias se circunscribe a las materias que configuran “el corazón” de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó. Entre ellas están, por ejemplo, las decisiones relativas a la razonabilidad de las tarifas (confr. casos “Texas & Pacific Railway” y “Far East Conference”, citados precedentemente y *United States v. Western Pacific Railroad*, 352 U.S. 59) (...) Según estos principios, en el caso de autos estarían sujetas a la jurisdicción primaria de los organismos administrativos las controversias que se susciten entre los sujetos mencionados en la primera parte del

Concluyendo que: “...Toda vez que la materia del reclamo está constituida por los daños individualmente experimentados en el patrimonio del usuario como consecuencia del suministro insuficiente de energía eléctrica, resulta claro que la disputa no puede resolverse por aplicación del régimen estatutario que conforma el marco regulatorio del servicio público de electricidad, para cuya administración fue especialmente creado el ente respectivo (...) el Ente Nacional Regulador de la Electricidad carece de competencia para dirimir el conflicto planteado en autos con arreglo a los principios contenidos en la legislación común (confr. Nader v. Allegheny Airlines, 426 U.S.290). No toda disputa imaginable debe ser sometida a la agencia de la administración porque, de modo periférico, ésta tenga algo que ver con alguna de las partes...”<sup>122</sup>

### 5. 3. 1. Entes reguladores y determinación del “daño directo”

Las potestades jurisdiccionales de los Entes reguladores, entendidas como “jurisdicción primaria”, volverán a ponerse en discusión a partir de la inclusión en la Ley de Defensa del consumidor 24.240 del art. 40 bis por el que se estableció la figura del “daño directo”.

---

art. 72 de la ley 24.065, en la medida en que las relaciones entre ellos afectan el correcto funcionamiento del servicio...”

<sup>122</sup> CSJN, in re: A. 126. XXXVI - “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos” (Expte. N° 750-002119/96), sentencia del 05/04/2005. Para ello, consideró entre otras cuestiones, que: “...el ente regulador argumenta que aceptar la responsabilidad de la distribuidora más allá de las multas prefijadas en el contrato de concesión y sus anexos, significaría un sobre costo que, inevitablemente, redundaría en un incremento en el precio del servicio prestado a los usuarios. Sobre el particular cabe advertir que las bases para la fijación de las tarifas se hallan establecidas por el art. 40 y subsiguientes de la ley 24.065. En cuanto interesa al caso, tales normas establecen que las tarifas de los servicios suministrados por los distribuidores serán justas y razonables, de manera que proveerán a quienes operen en forma económica y prudente la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos operativos razonables, las amortizaciones, y una tasa de rentabilidad justa. Ninguna de tales disposiciones permite que las consecuencias de las eventuales faltas de diligencia en que incurriesen las empresas concesionarias puedan ser tenidas en cuenta y cargadas al precio del servicio respectivo, toda vez que la tarifa debe satisfacer exclusivamente los costos en que aquellas hubieran prudentemente incurrido con el objeto de satisfacer la prestación debida a los usuarios...”

En efecto, la norma, en su actual redacción, establece: “El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: a) la norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c) sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.”<sup>123</sup>

La jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal se pronunciará al respecto por medio de un fallo plenario, estableciendo, por mayoría, que: “...el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) resulta competente para reparar el daño emergente -valor de reparación o sustitución del objeto dañado, es decir la restitución de las cosas a la situación anterior al hecho generador- cuando los usuarios voluntariamente -confr. art. 72 de la ley 24.065- así lo requieran. No resulta ocioso recordar que los particulares tienen derecho a la protección de sus intereses económicos y a que se establezcan procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos (art.42 CN) y que el deber “atribuido” al Estado de proveer a esta protección incluye a las funciones

---

<sup>123</sup> Artículo sustituido por punto 3.3 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014.

legislativas, administrativas y jurisdiccionales (...) 8) En suma, el Ente Regulador tiene jurisdicción primaria para entender en la controversia suscitada por el reclamo presentado por el usuario en los términos del art. 72 de la ley N° 24.065 y del art. 3°, inc. e) del Reglamento de Suministro, relativa al cumplimiento del contrato de concesión para determinar la existencia de relación de causalidad entre la prestación deficiente del servicio y el daño ocasionado a las instalaciones o artefactos del usuario, así como para estimar sumariamente el valor de éstos (confr. Fallos:328:361, Considerando 13) (...) 10) El mecanismo de reclamo por resarcimiento de daño actual, garantiza la operatividad de la cláusula constitucional prevista en los términos programáticos en el artículo 42 de la Carta Magna, y los preceptos contenidos en los artículos 2 y 56 de la ley 24.065...”<sup>124</sup>

Afirmándose luego que: “...las multas previstas (...) como límite de la responsabilidad de la empresa concesionaria por incumplimiento del contrato de concesión, y tampoco permite considerarlas como “cláusulas penales”, es decir, determinaciones convencionales de los daños ocasionados a los usuarios (Fallos: 328:651, “Ángel Estrada y Cía. S.A c/ Resol. 71/96 –Sec. Ener. y Puertos”). Es inequívoco, entonces, que las eventuales penalidades no impiden la procedencia de los reclamos por daños y perjuicios...”<sup>125</sup>

A esto se sumará, posteriormente, la cuestión de los “daños punitivos.”<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> CNACAF, en pleno, causa N° 20.402/2008, “EDESUR SA c\ Resolución 361/05, ENRE- RS 568/08 SE (EX 157.932/02)”, sentencia del 13/07/2011. Sobre el alcance y los cuestionamientos constitucionales que merece la categoría de “daños directos”, ver: Perrino, Pablo E., “Algunos comentarios acerca del régimen jurídico de protección de los usuarios de servicios públicos”, en Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2014, pág. 88 y sig.

<sup>125</sup> CNACAF, Sala I, Causa N° 32.718/07, in re: “Queizan Osvaldo c/ EDENOR y otros s/ Daños y Perjuicios”, sentencia del 10/02/2015. Ver, asimismo: CNACAF, Sala V, Expte. N° 5576/2014, in re: “Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia SA y otros c/ DNCI s/recurso directo ley 24.240 – Art. 45”, sentencia del 24/09/2015.

<sup>126</sup> Art. 52 bis de la ley 24.240, conforme art. 25 de la ley 26.361, establece que: “Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil



En este supuesto, la jurisprudencia ha entendido que: “...El art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor, con las modificaciones introducidas por la ley 26.361, prevé expresamente la multa civil en ese estricto ámbito, para el caso de que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor (...) a grandes rasgos, los daños punitivos, en primer lugar y tal como lo indica su denominación, buscan punir, sancionar, castigar determinadas conductas de acuerdo a pautas de valoración preestablecidas por el ordenamiento o libradas al discernimiento judicial. En segundo término, persiguen disuadir a fin de que la conducta sancionada no se vuelva a reiterar, función que encuentra su razón en el hecho de que por lo general las indemnizaciones no constituyen desaliento suficiente para la repetición de la conducta. Por último, se trata de un instrumento útil tendiente a hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos por el responsable mediante la causación del daño...”<sup>127</sup>

---

que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”

<sup>127</sup> CNCIV Y COMFED, SALA III, Causa n° 5.719/12/CA1, in re: “Roldan Silvia Beatriz Teresa c/ Edesur S.A. s/ daños y perjuicios”, sentencia del 03/09/2015.-

### Cuarto modelo prestacional mixto

#### 1. Introducción

Hemos analizado ya –al relevar el modelo prestacional correspondiente a la “reforma” del Estado- cómo la progresiva liberalización de los servicios, esto es la prestación de los mismos en regímenes regulatorios competitivos, ha conllevado la puesta en tela de juicio del otorgamiento de “derechos exclusivos” o de exclusividad, que se traducen por lo general en prestaciones de tipo monopólicas o cuasi-monopólicas, históricamente asociadas con la figura concesional.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> “...El modelo del ‘interés público’ que exige la intervención directa de las autoridades públicas en el mercado es contrario al derecho comunitario en cada vez más sectores. Dado que la presencia pública para garantizar la satisfacción del interés general es incuestionable, es necesario desarrollar nuevos mecanismos de intervención. Las autoridades públicas necesitarán intervenir de modo indirecto, a través de los operadores privados en el mercado. Esto supone un acercamiento al modelo del «interés común» que... ha guiado siempre la organización de estos sectores en los EE.UU. El modelo de la regulación económica de los sectores de interés público debe ser adaptado a las necesidades del continente europeo...”, conf. Montero Pascual, Juan José, “Titularidad privada de los servicios de interés general.

En los países que más han avanzado respecto de la constitución de un nuevo *modelo* de prestación de servicios públicos (fundamentalmente en Europa), se ha buscado imponer, como nueva técnica de delegación de las actividades servicio público y en los ámbitos efectivamente liberalizados, a la figura de la *licencia administrativa*.

O, incluso, la combinación de concesiones y licencias, en un régimen concurrencial.

En cuanto a los permisos, como ya hemos visto, y siguiendo alguna tradición propia de nuestro país, se han utilizado -como técnica autorizativa para la delegación (impropia) de la prestación de servicios públicos- en pocos casos, como por ejemplo, el del servicio de transporte automotor de pasajeros.

## **2. La concesión de servicio público como contrato administrativo**

Las relaciones jurídicas que surgen entre los sujetos de una concesión de servicio público, a nivel nacional, se encuentran reguladas, como vimos, por un régimen de derecho público.

Este régimen está conformado, yendo de las normas más generales a las particulares, por: a) normas constitucionales (arts. 41, 42 y 43 y 75, incs. 13, 14, 18 y 22); b) el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Decreto N°1.023/2001 y sus normas reglamentarias; c) los llamados “marcos regulatorios” nacionales.

---

Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones”, en REDA, N°92, págs. 567 y sigs., Madrid, año 1996. Sobre la clásica discusión en torno a las diferencias que existirían entre concesiones y licencias como títulos de “delegación” de la prestación del servicio público, ver: Sarmiento García, Jorge H., “La licencia y la concesión como títulos habilitantes para la prestación de los servicios públicos”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006, pág. 182 y ss.

Resultando de aplicación indirecta, las normas nacionales vinculadas con la defensa de consumidores (ley 24.240 y modificatorias) y defensa de la competencia (ley 25.156).

Dentro del régimen jurídico reseñado, corresponde analizar ahora al establecido por el Decreto N°1.023/2001.

## **2. 1. El régimen concesional en el Decreto N°1.023/2001**

En primer término, y al margen de establecer una presunción general, el reglamento enumera en su art. 4 a los contratos administrativos expresamente incluidos en su ámbito de aplicación y que, por ello, podríamos denominar contratos administrativos “típicos”.

En efecto, el art. 4 establece, en lo que aquí interesa, que: *“Este régimen se aplicará a los siguientes contratos: (...) b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.”*<sup>2</sup>

De esta norma se desprende, además, que la licencia –como técnica de delegación de servicios públicos- salvo previsión específica en contrario, debe ser asimilada a la concesión de servicios públicos.

El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, contiene normas que regulan: a) principios aplicables a las contrataciones administrativas; b) procedimientos de selección del contratista; c) normas de vinculación con el derecho administrativo general; d) prerrogativas para la administración en la ejecución y extinción de los contratos; e) derechos y garantías para los contratistas.

---

<sup>2</sup> Cabe notar que, el mismo art. 4, en su inc. a) incluye, también, a las concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional. Con lo cual, puede decirse que la técnica concesional ha sido receptada en todas sus aplicaciones posibles: a) uso del dominio público; b) obras públicas, y c) servicios públicos. Sobre la concesión en materia de uso privativo de aguas, su naturaleza y modalidades, ver: Martín, Liber, “Concesión y permiso de aguas: naturaleza jurídica y revocación”, en AAVV, XXXIX Jornadas nacionales de Derecho Administrativo, AADA, Revista RAP N°429, Buenos Aires, 2014, pág. 165 y sig.

Del cúmulo de estas cuestiones, analizaremos someramente el alcance de las normas vinculadas con la ejecución y extinción de los contratos y la concesión de servicio público.

En este sentido, cabe desatacar que el art. 12 del Decreto N°1.023/2001, ha establecido, de manera general y expresa, aquel régimen de potestades que durante muchos años generó grandes controversias doctrinarias; esto es, el cúmulo de potestades que se plasmaban en las denominadas cláusulas exorbitantes.

A partir del Decreto N°1.023/2001, dichas potestades (o cláusulas, si se las considera para un contrato en particular), están expresamente establecidas y rigen para toda contratación administrativa de manera subsidiaria o directa, según existan o no en el régimen legal específico de cada tipo de contrato.<sup>3</sup>

En cualquier caso, el art. 12 prevé las clásicas potestades exorbitantes de la administración, de aplicación tanto en la ejecución como en la extinción de los contratos administrativos; a saber: *“...a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver, las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias. b) La facultad de aumentar o disminuir hasta un VEINTE POR CIENTO (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos. La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante. c) El poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación. d) La facultad de imponer penalidades de las previstas en el presente Régimen a los oferentes y a los cocontratantes, cuando éstos*

---

<sup>3</sup> El art. 12 del Decreto N°1.023/2001 (según la redacción dada por el art. 5° del Decreto de Necesidad y Urgencia N°666/2003) establece concretamente que: *“...La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual...”*

*incumplieren sus obligaciones. e) La prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el cocontratante no lo hiciera dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor. f) La facultad de inspeccionar las oficinas y los libros que estén obligados a llevar los cocontratantes. g) La facultad de prorrogar, cuando así se hubiere previsto en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios. La misma no procederá si se ha hecho uso de la prerrogativa establecida en el inciso b) del presente artículo. Se podrá hacer uso de esta opción por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. Cuando éste fuere plurianual, no podrá prorrogarse más allá de UN (1) año adicional, en las condiciones que se determinen en las normas complementarias.”<sup>4</sup>*

La primera cuestión que salta a la vista, es que entre estas prerrogativas no se ha distinguido a la concesión (o licencia) de servicios públicos.

Es decir, no hay potestades específicamente vinculadas con los clásicos temas que acarrea durante su vigencia una concesión (o licencia) de servicio público. Como, por ejemplo, la cuestión tarifaria; el régimen de la afectación y desafectación de bienes a la concesión, su amortización, transferencia a terceros o al propio Estado; entre otras cuestiones.

Ello tiene algunas consecuencias directas, a saber:

1.- En primer lugar, la previsión del “ius variandi”, con su tradicional limitación del 20%, cuyo origen está en el régimen del contrato de obra pública, no se ajusta a la mutabilidad del servicio público.

Las necesidades del servicio (cambiantes por razones económicas, sociales, tecnológicas, etc.), pueden hacer variar las obligaciones recíprocas de las partes del contrato de concesión más allá del límite impuesto para el “ius variandi”.

De hecho, esto ha dado lugar a la proliferación de la “renegociación” contractual como modalidad de revisión, más o menos integral,

---

<sup>4</sup> Conforme art. 12 del Decreto N°1.023/2001, según la redacción dada por el art. 5° del Decreto de Necesidad y Urgencia N°666/2003.

según los casos y necesidades, de los contratos de concesión (y licencia) de servicios públicos.<sup>5</sup>

2.- Por las mismas razones, la posibilidad de prorrogar los contratos (nótese que se incluye expresamente a los que tengan por objeto la prestación de servicios), y los límites allí establecidos, tampoco se ajustan a las cuestiones propias del servicio público.

3.- La suspensión de un contrato administrativo no es, por línea de principio, enteramente compatible con la prestación de un servicio público.<sup>6</sup>

De hecho, como luego veremos, el régimen jurídico del servicio público se apoya, esencialmente en la nota de obligatoriedad que para el prestador implica la explotación de este tipo de servicios, de la cual derivan los caracteres de regularidad y continuidad.

4.- Finalmente, en lo que hace a la extinción de las concesiones (o licencias), aparecen varios problemas: a) en primer término, el rescate es receptado en el art. 11 del Decreto N° 1.023/2001<sup>7</sup>, pero sin consecuencias propias en el sistema del art. 12; b) en segundo lugar, ello deriva, en el régimen propio del art. 12, en la asimilación del res-

---

<sup>5</sup> Prueba de ello son, por un lado, el tipo de renegociación efectuada en materia ferroviaria, conforme el Decreto N°543/97, por el cual se instruyó a la Secretaría de Obras Públicas y Transporte del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, a renegociar e introducir modificaciones, en los contratos de concesión de los Servicios de Transporte Ferroviario de Pasajeros de superficie y subterráneos - en el Área Metropolitana de Buenos Aires; y el Decreto N°605/97, por el cual se dio idéntica instrucción con relación a los contratos de concesión de los servicios de transporte ferroviario de cargas, que se encuentran en ejecución; y, por otro, el proceso de renegociación contractual generalizado ordenado por la ley 25.561 y sus normas reglamentarias.

<sup>6</sup> Sobre la excepción de incumplimiento en el ámbito de contrataciones regido por el Decreto N°1.023/2001 y, en particular, en materia de concesiones de servicio público, ver -por todos- el lúcido análisis de Comadira, Julio Pablo, "La excepción de incumplimiento contractual en el Derecho administrativo", en AAVV, "I Congreso nacional de Jóvenes Administrativistas", Suplemento Especial, RAP N°361, Buenos Aires, 2008, pág. 93 y sig.

<sup>7</sup> En efecto, el "rescate" ha sido incluido expresamente en el art. 11 del Decreto N°1.023/2001, sobre "FORMALIDADES DE LAS ACTUACIONES", donde se establece que deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7° de la ley 19.549 y sus modificatorias, entre otras actuaciones, la que implique: "...i) La suspensión, resolución, rescisión, rescate o declaración de caducidad del contrato..." (el resaltado me pertenece).

cate con la rescisión contractual por razones de oportunidad, mérito y conveniencia; lo cual, desde ya, puede llegar a generar problemas en lo que hace a la indemnización debida al concesionario (o licenciatario) que, en la norma comentada, se encuentra limitada, ya que se excluye al lucro cesante.<sup>8</sup>

En el caso de las concesiones (o licencias) de servicios públicos, la indemnización debida al concesionario por la extinción anticipada del contrato (incluso en supuestos de rescisión culpable<sup>9</sup>), debe estar regida por principios y reglas propias en atención al tipo de inversiones y al régimen de bienes propios de este tipo de relación contractual.

Respecto ese tipo de indemnización (que es debida básicamente porque los bienes incorporados a la concesión pasan a ser de titularidad estatal), los tradicionales “rubros” indemnizatorios (daño emergente y lucro cesante), representan una simplificación que puede no tener ningún tipo de trascendencia al momento de “valuar” una concesión o licencia.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Sobre las diferencias conceptuales entre “rescate”, “caducidad” y rescisión por causas de “oportunidad”, ver especialmente: Comadira, Julio Pablo, “Precisiones conceptuales sobre los modos y consecuencias de la extinción de las concesiones de servicios públicos”, en AAVV, “Cuestiones de Intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento”, Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2011, pág. 45 y sig.

<sup>9</sup> Debe recordarse que la Corte Suprema nacional ha sostenido que: “...*El Estado que decretó la caducidad de la concesión de servicios públicos por incumplimiento de las obligaciones que aquélla imponía al titular de la misma y tomó posesión de las obras e instalaciones realizadas por este último, que, conforme a lo estipulado, sólo debían pasar a poder del concedente cuando venciera el plazo fijado en el contrato, debe, a falta de cláusula que establezca otra cosa, pagar al concesionario una suma compensatoria teniendo en cuenta dicha circunstancia, el valor de costo de dichos bienes y el desgaste sufrido por los mismos...*”, CSJN, in re: “Bracamonte, Juan A. c/ Provincia de Tucumán”, 1946, Fallos: 204: 626.

<sup>10</sup> Sobre las dificultades que plantean, tanto la rescisión unilateral por oportunidad, mérito y conveniencia, como el rescate en el servicio público concesionado, frente a la prohibición legal de indemnizar el lucro cesante, ver: Aguilar Valdez, Oscar R., “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006, especialmente pág. 218 y sig. Ver, asimismo, Comadira, Julio Pablo, “Precisiones conceptuales sobre los modos y consecuencias de la extinción de las concesiones de servicios públicos”, op., cit., pág. 47 y sig.; Tawil, Guido S., “Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de los contratos por razones



De hecho, y como hemos visto en la primera parte de este trabajo, es el tema que más debate alrededor del art. 40 de la Constitución nacional de 1949, que ordenó la estatización de la explotación de los servicios públicos nacionales.<sup>11</sup>

---

de interés público”, en AAVV, XXXIV Jornadas nacionales de Derecho Administrativo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Revista RAP N°370, Buenos Aires, 2009, pág. 367 y sig.; y Farrando, Ismael, “El alcance de la indemnización de la responsabilidad del Estado”, en AAVV, “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral; Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, pág. 61 y sig.

<sup>11</sup>Puede verse cómo, bajo distintos ángulos, la Corte Suprema ha encarado esta problemática. Señalando, entre otras cuestiones, que: “...*El valor del patrimonio de una empresa de servicios públicos resulta, para el Estado, inseparable de la función que desempeña y debe desempeñar. Su estimación, que sigue la suerte de ese destino al pasar a poder del Estado por expropiación, no puede ser menor ni mayor que el valor de afectación que representaba para el titular anterior...*”, CSJN, in re: “*Ottonello Hnos. y Cía., y otros c/ provincia de Tucumán*”, 1948, Fallos: 212: 600; que: “...*En el caso de expropiación de la totalidad de los bienes que integran una empresa de servicios públicos, no cabe prescindir de la intervención dispuesta en la causa del Tribunal de Tasaciones, conforme a lo establecido por el art. 31 de la ley 13.264. El dictamen respectivo debe referirse al valor de afectación que representaba para el titular anterior*” el conjunto de los bienes expropiados...”, CSJN, in re: “*Prov. de Entre Ríos c/ Cía. de Electricidad del Este Argentino, S.A.*”, 1949, Fallos: 213: 500; como, asimismo, que: “...*El precio que el Estado debe pagar por la expropiación de los bienes que integran la concesión de servicios públicos declarada caduca debe referirse a la fecha de la desposesión y fijarse con arreglo al criterio del costo de origen de dichos bienes menos la depreciación por su uso, resolviendo las dudas en favor del expropiado y prescindiendo de la reducción del valor adquisitivo de la moneda. Ello sin perjuicio de la indemnización que corresponda por los gastos producidos por el hecho de la expropiación...*”, CSJN, in re: “*Prov. de Tucumán c/ La Eléctrica del Norte S.A. (hoy Tranvías Eléctricos de Tucumán S.A.) y La Hidroeléctrica de Tucumán*”, 1952, Fallos: 224: 706; que: “...*Es procedente el recurso extraordinario si el problema jurídico derivado de la efectiva recuperación por el Estado de los servicios públicos que se hallan en poder de particulares, que con anterioridad a la Constitución Nacional de 1949 configuraba una modalidad propia de la concesión y que fuera incorporada entonces al precepto del art. 40 -comportando la obligación para el concesionario de transferirla- aparece inseparable de las pretensiones que en autos se han deducido, toda vez que el hecho del despido, que provocaría las indemnizaciones que los actores demandan, obedece precisamente a la referida expropiación, tanto que la empresa demandada solicita que en la determinación de los daños y perjuicios a pagar por el Estado, se tengan en cuenta las indemnizaciones de la ley 11.729 que se establezcan a cargo de la compañía...*”, CSJN, in re: “*Manfredi, Luis, y otros c/ Cía. de Gas de la Prov. de Bs. Aires*”, 1952, Fallos: 224: 846; y que: “...*Para determinar el valor real de los bienes de una empresa concesionaria de servicios públicos debe partirse del costo de origen revaluado al tiempo de la desposesión, mediante el uso de índices adecuados. Dicho método se conforma, en principio, con la jurisprudencia sentada desde antiguo por la Corte, conforme a la cual debe calcularse la*

Por su parte, y en lo que hace a los derechos y garantías de los contratistas, el Decreto N°1.023/2001, prevé en su art. 13 que: “...*Sin perjuicio de las facultades y obligaciones previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual, el cocontratante tendrá: a) El derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo. b) La obligación de ejecutar el contrato por sí, quedando prohibida la cesión o subcontratación, salvo consentimiento expreso de la autoridad administrativa, en cuyo caso el cocontratante cedente continuará obligado solidariamente con el cesionario por los compromisos emergentes del contrato. Para ello se deberá verificar que el cesionario cumpla con todos los requisitos de la convocatoria al momento de la cesión. c) La obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato.*”

La principal crítica que merece esta norma es de orden general, aunque –lógicamente– alcanza también al contrato de concesión (o licencia) de servicio público y está vinculada a que los derechos vinculados con la “recomposición” del contrato, en casos de excesiva onerosidad sobreviniente, están únicamente vinculados con “...*acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural...*”

Por un lado, aparece, para todos los contratos administrativos, la posibilidad de que su “recomposición” (no se utiliza la palabra “renegociación”, pero tampoco términos más usuales como “ajuste” o “mayores costos”, etc.) sea exigible por parte del contratista a la administración.

---

*indemnización expropiatoria con referencia a esa fecha...*”, CSJN, in re: “Prov. de Buenos Aires c/ S.A. Empresas Eléctricas de Bahía Blanca”, 1962, Fallos: 254: 441.-

Ello, incluso, puede llevar a considerar que dicha “recomposición” no se encontrará limitada por la previsión relativa al “ius variandi” del art. 12 (el límite del 20%, allí señalado, expresa, por el contrario, el marco de una prerrogativa de la administración comitente), sino que, por el contrario, conllevará una negociación entre las partes que, desde ya, podrá dar lugar a un nuevo acuerdo contractual o a la rescisión del mismo.

Si bien ello puede resultar adecuado a las características del contrato de concesión o licencia de servicio público, su exclusiva vinculación con “...acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural...”, priva a la norma de potencialidad y de casi toda aplicación posible.

Por su parte, debe señalarse que lo mismo ocurre con la previsión del “caso fortuito o fuerza mayor” que, según la norma, deben ser “...ambos de carácter natural...”

Finalmente, debe notarse la inclusión del denominado “hecho del príncipe” como causal suficiente para excepcionar el cumplimiento de las obligaciones del contratista (en nuestro caso concesionario o licenciario), al establecerse en la norma comentada que el contratista se encuentra en la “...obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias...”, salvo ante “...actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato...”

## 2. 2. Concepto y caracteres de la concesión (o licencia) de servicio público

Habiendo ya analizado, en la primera parte de este trabajo, los elementos a partir de los cuales se desarrolló la técnica concesional, avanzaremos aquí en su definición y alcance conceptual.

La concesión (o licencia) de servicio público puede conceptualizarse como: ***un contrato administrativo en virtud del cual la administración acuerda con un particular, por un tiempo determinado,***

## **la prestación de una actividad económica legalmente caracterizada como servicio público.<sup>12</sup>**

De esta manera, bajo la forma de un contrato administrativo, el Estado: a) otorga un privilegio, que consiste en la autorización (delegación en sentido impropio) para el desarrollo y explotación de una actividad económica que se encuentra fuera del mercado y, por ende, de la esfera de derechos económicos de los particulares; y b) tiene, además, efectos directos sobre terceros: los usuarios.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> La doctrina ha definido a la concesión de servicio público como “...una manera en que el Estado satisface necesidades generales valiéndose para ello de la colaboración de los administrados. Constituye un caso de colaboración por participación voluntaria en la prestación de los servicios públicos...” Precizando, a su vez, que “...La ‘concesión’ de servicio público es el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona -individual o jurídica, privada o pública-, por tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público; dicha persona, llamada ‘concesionario’, actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez. Tal es la noción generalmente aceptada por la doctrina. También nuestra jurisprudencia comparte tal criterio...” Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Cuarta Edición, Tomo III-B, pág. 591 y ss. Para Escola: “...consiste en un acto de la Administración Pública por el cual ésta encomienda a un tercero la organización y el funcionamiento de un servicio público, en forma temporal, otorgándole determinados poderes y atribuciones a ese fin, asumiendo dicha persona la prestación del servicio a su propia costa y riesgo, percibiendo por ello una retribución, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios, o en subvenciones o garantías que le fueran reconocidas, o en ambas cosas a la vez, cumpliéndose el servicio bajo la vigilancia y control de la autoridad administrativa”, Escola, Héctor, “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”, Depalma, Tomo II, Buenos Aires, 1979, pág. 15.

<sup>13</sup> Coincidimos con Marienhoff en que el Estado concedente y el concesionario, no existe una delegación (ni legislativa ni administrativa) en sentido propio, conf. Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III-B, tercera edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 589 y sig. Lo cual tiene dos consecuencias concretas: a) la no aplicación de las reglas del art. 3 de la ley 19.549; y b) la imposibilidad de responsabilizar al Estado concedente por la “falta de servicio” del concesionario ya que, en ningún caso, actuaría como “órgano” de la administración. Tal como afirmaba Mayer: “...se trata, como en la función delegada, del poder de ejercer una cierta actividad. Esta actividad no debe ejercerse, como en la función, en nombre y en representación del Estado sino como el goce especial concedido sobre una cosa pública, en nombre y por propia cuenta del concesionario (...) La esfera de aplicación de nuestro instituto no abarca, pues, más que las actividades que, como tales, no serían accesibles para el individuo, por su naturaleza misma, y prescindiendo de una prohibición especial; sólo la concesión las hace posibles...” Mayer, Otto, “Derecho administrativo alemán”, Depalma, 1982, tomo IV, pág. 149 y ss. Respecto a esto se ha afirmado, también, que: “...La Corte Suprema ha

Ambas cuestiones (el otorgamiento de un privilegio en relación al objeto del contrato de concesión que, en el derecho privado, se encuentra fuera del comercio) y sus efectos sobre los usuarios, constituyen los elementos que justifican y caracterizan a la concesión (o licencia) de servicio público como contrato administrativo.<sup>14</sup>

Por su parte, las concesiones pueden incluir –según los casos– otros privilegios, consistentes en el traslado hacia del concesionario del ejercicio de potestades estatales (como, por ejemplo, el uso de la potestad expropiatoria).

La concesión (o licencia) de servicio público, como hemos visto, no implica la prestación monopólica del servicio. La misma puede ser otorgada en un régimen de exclusividad o en competencia.

La contrapartida elemental de los efectos que el contrato de concesión (o licencia) tendrá sobre terceros (los usuarios), estará dada, por un lado, por el control de los precios (tarifas) por parte del Estado concedente; y, por otro, por la afirmación del principio de que el contrato es ejecutado por el concesionario a su “riesgo y ventura”.<sup>15</sup>

---

*resuelto que los privilegios, exenciones o franquicias deben ser establecidos por ley y en forma clara (Fallos 149:218 y 196:6). Entre nosotros, las concesiones que se otorgaron por ley implicaron, en general, ventajas de distinta índole para los concesionarios, por ejemplo garantía de intereses, donación de tierras, etc. En otros supuestos la concesión nace de un acto administrativo. Así la ley 750 1/2, referente al telégrafo también aplicable al servicio telefónico dice que ningún telégrafo nacional podrá establecerse en la República sin la autorización previa del Poder Ejecutivo o del Congreso en el caso de que debiese gozar de un privilegio (art. 4)...” Diez, Manuel María, “Derecho Administrativo”, Plus Ultra, tomo III, segunda edición, Buenos Aires, 1979, pág. 422 y 423.*

<sup>14</sup> Puede afirmarse que el fundamento constitucional en relación con la extensión de los efectos del contrato de concesión (o licencia) de servicios públicos frente a terceros (usuarios), está dado por el principio constitucional de sujeción a las cargas públicas (art. 4 y 16 de la Constitución nacional), al que se suma la obligación o deber de contribuir al sostenimiento del servicio público incluido en el art. XXXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, conf. art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional. En relación con el tratamiento de esta cuestión en la doctrina clásica, ver: Bercaitz, Miguel Ángel, “Teoría General de los Contratos Administrativos”, segundo edición, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 376 y ss.

<sup>15</sup> Aunque volveremos sobre esto, cabe apuntar que Bercaitz desechaba la idea de “riesgo y ventura” al considerar que: “...pertenece a la naturaleza de los contratos administrativos su carácter conmutativo. El alea no existe ya en ellos. Su ámbito ha quedado reducido a un campo tan limitado que no cuenta y permite el rechazo de la teoría ‘a riesgo y ventura’...”. Agregando que: “...la intervención de la Administración pública en las tarifas impide

El objeto del contrato es, por su parte y por definición, mutable o variable. Se ajusta en función de las necesidades del servicio; las cuales, a su vez, pueden cambiar por distinto tipo de razones: a) tecnológicas; b) económicas; c) sociales; etc.

Este principio justifica, finalmente, la creación de órganos reguladores o de control para cada servicio público, los cuales controlarán la correcta prestación del servicio (sobre las bases legales y reglamentarias que se encuentren vigentes) y la necesidad de sus modificaciones y ajustes.

En cuanto a los caracteres del contrato de concesión (o licencia) de servicio público, debe señalarse que el mismo resulta<sup>16</sup>:

---

*al concesionario la obtención de beneficios aleatorios extraordinarios. Las tarifas se fijan conforme a un standard de 'justas y razonables' atendiendo a los dos factores en juego: el usuario y el concesionario. Y cuando aun así, la aparición de factores imposibles de prever en el momento de celebración del contrato, hacen excesivamente onerosa la obligación del último, la teoría de la imprevisión interviene para restablecer el equilibrio...'*, Berçaitz, Miguel Ángel, "Teoría General de los Contratos Administrativos", Depalma, segunda edición, Buenos Aires, 1980, pág. 351 y ss.

<sup>16</sup> Respecto de los caracteres del contrato de concesión de servicio público, Marienhoff apunta: "...Los 'caracteres' jurídicos de la concesión de servicio público, considerada como 'contrato administrativo', son: a) En primer lugar, deben tenerse presentes los caracteres de los contratos administrativos, en general, de los cuales me ocupé precedentemente (números 697-705). b) Es un contrato "bilateral" (o "sinalagmático"). Ambas partes se obligan a hacia la otra: 1º el concesionario o cocontratante a prestar el servicio, y eventualmente a entregarle al Estado un porcentaje sobre sus beneficios; 2º la Administración Pública a permitir que el concesionario perciba de los usuarios el importe respectivo. Asimismo, la Administración puede obligarse al pago de una subvención al concesionario; todo ello sin perjuicio del respeto a los "privilegios" que se hubieren otorgado con la concesión. c) Es "oneroso" y, dentro de ello, "conmutativo": las recíprocas prestaciones de ambas partes, además de hallarse razonable y relativamente "determinadas", se presumen equivalentes. d) En cuanto a si es o no un contrato "formal", véase el nº 1163. e) Es "intuitu personae". Véase el nº 1156. De ahí dos consecuencias fundamentales: 1º la concesión de servicio público debe ser ejercida "personalmente" por el concesionario (es decir, por su "exclusiva" cuenta y riesgo); 2º no puede ser transferida o cedida sin autorización del concedente. En el presente caso la obligación del concesionario de ejercer y cumplir "personalmente" la concesión tiene un doble fundamento: en primer lugar, el carácter "intuitu personae" con que dicha concesión es otorgada; en segundo lugar, la obligación "personal" de cumplir el respectivo contrato que pesa sobre todo cocontratante en los contratos administrativos de "colaboración", carácter que reviste la concesión de servicio público. De igual modo, en este caso la prohibición de transferir o ceder el contrato sin autorización del concedente, tiene ese mismo doble fundamento. Véanse los números 700-701. f) Se ha sostenido que entre los caracteres específicos de la concesión de servicio público debe mencionarse el

- 1.- Bilateral, con efectos sobre terceros (usuarios), e *intuitu personae*.
- 2.- De tracto sucesivo y, generalmente, de larga duración.
- 3.- Sujeto a diversas modalidades: a) oneroso; b) gratuito; c) subvencionado.
- 4.- De objeto mutable o variable.
- 5.- Ejecutado a riesgo y ventura del concesionario.
- 6.- Remunerado bajo un régimen de precios públicos (tarifas).
- 7.- Controlado por órganos estatales específicos.

## 2. 3. Onerosidad del contrato de concesión (o licencia) de servicio público

El contrato de concesión (o licencia) de servicio público es el marco en el que el Estado concedente asume concretas obligaciones fren-

---

*de que constituye un contrato de "buena fe". En modo alguno comparto tal afirmación. Al respecto reitero lo que dije refiriéndome al contrato administrativo de "obra pública" (nº 1127, punto f)..."* Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", op. cit., Tomo III-B, pág. 627 y 628. Escola, por su parte, concluía que "...la concesión de servicios públicos es un contrato administrativo bilateral, consensual, salvo en los casos en los que la ley disponga lo contrario, a título oneroso, conmutativo, nominado, principal, simple y de ejecución sucesiva", Escola, Héctor, "Tratado Integral de los Contratos Administrativos", op. cit., pág. 36. Finalmente, para Bielsa el contrato de concesión es: "...Sinalagmático. Porque obliga recíprocamente al concedente y concesionario. Pero, dada la especial naturaleza del acto administrativo, el contrato de concesión no está sometido al mismo régimen jurídico y legal de los contratos del derecho privado. Conmutativo. Lo es el contrato de concesión porque las prestaciones a que están obligadas las partes son ciertas, y ellas pueden apreciarlas, aun cuando no siempre a punto fijo. El servicio público que debe prestar el concesionario se determina con certeza en lo que respecta a su naturaleza o clase, pero no a su extensión ni a sus modalidades, que pueden variar en consonancia con las necesidades colectivas; el servicio es susceptible de ser ampliado y modificado, con tal que no se lo desnaturalice. El concedente tiene derecho a imponer modificaciones sobre la base de la llamada ecuación económico-financiera, punto al cual nos referiremos al tratar de la indemnización. Y siendo conmutativo es, por eso mismo, oneroso. El contrato de concesión se celebra siempre intuitu personae... Por consiguiente éste -el concesionario- no puede transferir la concesión sin el consentimiento de aquel de quien aquella emana. En suma: la concesión de servicios públicos es un contrato de derecho público, contrato administrativo por excelencia...", Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", La Ley, Tomo II, Buenos Aires, 1966, pág. 262 y 263.

te al concesionario, adquiriendo éste, por ende, derechos exclusivos frente al Estado.

Esto implica dos cuestiones centrales: a) en primer lugar, la técnica concesional requiere de una manifestación expresa por parte del Estado y, por ende, no es aceptable que su establecimiento de manera tácita<sup>17</sup>; y b) en segundo lugar, el concesionario adquiere derechos frente al Estado que, al margen de la mutabilidad del servicio y, por ende, de sus obligaciones, no pueden considerarse “precarios” sino plenos.

En relación con esto último, la jurisprudencia nacional ha señalado que: *“...los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público o de las que reconocen como causas una delegación de la autoridad del Estado (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales) se encuentran tan protegidas por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio. Y no puede ser de otro modo. La realización de los grandes fines de bienestar y progreso material de una ciudad por el concurso de los capitales privados no sería factible si el contenido de las concesiones mediante las cuales aquellos pueden lograrse, debiera quedar librado al juicio o al arbitrio subsiguiente de las personas en cuyo beneficio se ha querido precisamente organizar el servicio público de que se trata...”*<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> La Corte Suprema nacional ha señalado en este sentido que: *“... Toda concesión nace de un atributo de la soberanía por cuanto debe necesariamente referirse a bienes sometidos al dominio público y, como el concesionario va a ejercitar -en determinada medida- la autoridad del Estado o los órganos del gobierno, no es posible consentir que los servicios públicos se consideren enajenados o renunciados a favor de quien esté prestándolos sin una clara y expresa voluntad de otorgar la concesión por parte de la autoridad, dado que se trata de un acto de imperio que exige determinadas formas para ser tal...”* CSJN, in re: “Cía. de Electricidad de Tandil “Usina Popular”, S.A. c/ Dir. Gral. Imp. Réditos”, 1951, Fallos: 220, 409.

<sup>18</sup> CSJN, Fallos: 158: 268. Por su parte, la Corte Suprema ha afirmado que: *“...Si bien el Estado puede imponer al concesionario de servicios públicos gastos y erogaciones que, sin revestir el carácter de impuestos o tasas, sean como la condición misma para que se realice con eficacia el servicio concedido, no debe olvidarse que aquéllos deben referirse directamente al servicio en los términos del contrato y de las facultades inherentes al poder de policía, que no deben gravitar excesivamente sobre el equilibrio económico del concesionario, y que tal facultad queda restringida cuando el concedente ha reconocido al concesionario el privilegio de no soportar más cargas...”* CSJN, in re: “Caja de Jubilaciones



Ahora bien, estos derechos plenos del concesionario frente al Estado tienen un doble orden de limitaciones: a) la mutabilidad del servicio y por ende de las obligaciones (de cantidad y calidad del servicio) que deberá cumplir el concesionario; y b) los derechos de los usuarios.

En lo que hace a la mutabilidad y su impacto en las tarifas, la Corte Suprema ha señalado que: *“...la tasa percibida por el concesionario de los usuarios no es un precio sujeto a la ley de la oferta y la demanda ni al mero arbitrio del empresario, sino la retribución de un servicio público regulada por la Administración y sujeta, como los impuestos, al principio general del art. 16 de la Constitución Nacional. De ahí que aquellas leyes dispongan que el precio del servicio no puede ser aumentado o disminuido por el concesionario; c) la necesidad de las tarifas y de su aprobación existente no sólo respecto del servicio público en sí mismo, sino también del valor de los instrumentos o aparatos indispensables por medio de los cuales aquél es susceptible de prestarse. Tratándose, en efecto, de un servicio cuya explotación se confiere por el Estado en forma de franquicia, concesión o privilegio, la única defensa del público llamado a usar de él consiste en el contralor permanente de aquél sobre los precios, por medio de las tarifas. Es por eso que ninguna tarifa tiene validez legal sin una ley o decreto que la autorice, pero una vez establecida ella es obligatoria para el público y para el concesionario...”*

Como corolario de lo cual, la Corte deduce que: *“...la absoluta libertad de contratar y de fijar el precio de las cosas sólo existe cuando la propiedad o la actividad personal se encuentran dedicados a objetos y fines puramente privados porque cuando lo son a usos públicos, especialmente si se explota alguna concesión, privilegio o monopolio concedido por el Estado, el propietario o concesionario se encuentra sometido por el*

---

de Empleados Ferroviarios c/ F. C. Central Argentino”, 1940, Fallos: 188: 9; como, asimismo, que: *“...En todo régimen de prestación de servicios públicos por medio de concesionarios, las tarifas son fijadas o aprobadas por el poder público, conforme a lo que disponen la ley o el contrato. Ello es una atribución y no una mera facultad del Estado, ya que la justa retribución del patrimonio aportado por el concesionario tiene su única fuente en las tarifas. Si por motivos políticos o de otra índole, el gobierno mantiene tarifas inferiores al costo del servicio, debe indemnizar...”* CSJN, in re: “Compañía de Tranvías Anglo Argentina c/ Nación”, 1965, Fallos: 262: 555.

*carácter de la dedicación de su actividad y por la naturaleza misma del favor que le ha sido otorgado a un contralor especial de la autoridad administrativa, contralor que comprende también el punto relativo al precio o tarifa compensatoria del servicio que está encargado de prestar. Fallos: 146: 207; 158: 268 y otros...<sup>19</sup>*

Como, asimismo, que: *“...la responsabilidad del Estado concedente y su autoridad no se detienen en el momento del otorgamiento de la concesión y, por ello, resulta ilegítima la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado a lo largo del tiempo si las circunstancias imponen su modificación, ya que ello implicaría que la Administración renunciara ilegítimamente a su prerrogativa de control de la evolución de las tarifas y, en su caso, de la necesidad de su modificación, y, por otra parte, afectaría el principio de igualdad en la licitación, ya que los demás oferentes, al momento de presentarse en aquélla, tuvieron en cuenta las pautas de posible modificación tarifaria posterior, y sobre esas condiciones efectuaron sus propuestas (...) 14) Que, sin embargo, aun cuando las tarifas no constituyen un precio único e inmutable para regir durante todo el tiempo de la concesión, el concesionario tiene derecho a reclamar la indemnización correspondiente en el caso de que los nuevos precios alteren la ecuación económico-financiera de la concesión...”<sup>20</sup>*

Y que: *“...Cabe rechazar el recurso ordinario interpuesto contra la sentencia que rechazó la demanda deducida por la actora con el objeto*

---

<sup>19</sup> CSJN; in re: “Ventafridda, Víctor c. Compañía Unión Telefónica del Río de la Plata”, sentencia del 04/08/1939. Doctrina con un claro antecedente en el fallo de la Corte Suprema in re: “Gómez, Juan B. c/ Empresa del Ferrocarril Central Córdoba”, 1926, Fallos: 146: 207. Con posterioridad, la jurisprudencia nacional ha señalado que: *“...en defensa de los intereses de los usuarios, corresponde a la autoridad concedente o encargada del contralor de las tarifas, en ejercicio del poder de policía, decidir tanto sobre los ingresos del concesionario como sobre la organización y funcionamiento del servicio...”* CSJN, in re: “Cía. de Electricidad del Sud Argentino S.A. c/ Municipalidad de San Andrés de Giles”, 1955, Fallos: 231: 311.

<sup>20</sup> CSJN, in re: M. 107. XXXII R.O - “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato”, sentencia del 30/06/1998. Ver, asimismo, CSJN, in re: F 496 XXXIII - “Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN)) s/ amparo - ley 16986”, sentencia del 07/12/1999.

*de obtener la reparación de los daños y perjuicios que alega haber sufrido como consecuencia de la modificación de las tarifas que regían el suministro de gas natural por redes, pues ello no es más que la consecuencia propia de todo sistema de prestación de servicios públicos por medio de concesionarios —al que se sujetó la actora—, en el que resultaría ilegítima la pretensión de mantener un régimen tarifario inalterado a lo largo del tiempo si las circunstancias imponen su modificación, puesto que ello implicaría la renuncia de la Administración a su prerrogativa de control de la evolución de las tarifas...*<sup>21</sup>

## **2. 4. Modalidades de la concesión de obras y servicios públicos**

Las denominadas “modalidades” que puede asumir una concesión de obra o servicio público se vinculan con las relaciones económicas que, por medio del contrato de concesión, se entablen entre concedente y concesionario.<sup>22</sup>

En efecto, el Estado —como concedente— al establecer al organizar la prestación de un servicio público (o la construcción de una obra pública) por particulares, debe establecer el carácter o modalidad que asumirá la concesión a ser otorgada en lo que hace a las obligaciones económicas que se fijan entre las partes.

---

<sup>21</sup> CSJN, in re: “Cía. Gral de Gas S.A. c/ENARGAS y otros s/demanda ordinaria”, sentencia del 23/08/2011, Fallos: 334: 941.

<sup>22</sup> Tal como lo recuerda la doctrina: “... Como en el caso de la concesión de servicio público (...), la concesión de obra pública se clasifica en onerosa, gratuita y subvencionada. Esta clasificación tiene origen legal —art. 2° de la ley 17.520 y art. 1° de la ley 9254 de la Provincia de Buenos Aires— y se refiere a las relaciones entre concedente y concesionario o, más estrictamente, contempla cierto tipo de obligaciones económicas entre las partes...”, Barra, Rodolfo Carlos, “Contrato de obra pública”, Tomo 1, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 357.

Dichas modalidades, en nuestro régimen jurídico nacional han sido establecidas en la ley 17.520, de concesión de obra pública, en sus arts. 1, 2 y 3.<sup>23</sup>

Normativa que, como vimos anteriormente, ha sido expresamente declarada de aplicación a las concesiones (y licencias) de servicio público, por el Decreto N°1105/89, reglamentario de la ley 23.696.

En función de la ley 17.520, las concesiones pueden ser gratuitas, onerosas o subvencionadas.

---

<sup>23</sup> En primer lugar, debe recordarse que el art. 58 de la ley 23.696 incorporó, como párrafo segundo al artículo 1° de la ley 17.520, la posibilidad de “...otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnico o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario. Para ello se tendrá en cuenta la ecuación económico-financiera de cada emprendimiento, la que deberá ser estructurada en orden a obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario. La tarifa de peaje compensará la ejecución, modificación, ampliación, o los servicios de administración, reparación, conservación, o mantenimiento de la obra existente y la ejecución, explotación y mantenimiento de la obra nueva. En cualquier caso, las concesiones onerosas o gratuitas, siempre que las inversiones a efectuar por el concesionario no fueren a ser financiadas con recursos del crédito a obtenerse por el estado o por el concesionario con la garantía de aquel, podrán ser otorgadas por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos mediante delegación expresa del Poder Ejecutivo Nacional, delegación que podrá efectuarse en cualquier estado del trámite de adjudicación, incluso con anterioridad a la iniciación del procedimiento de contratación que corresponda según el régimen de la presente ley.” Por su parte, el art. 2° establece que: “La concesión podrá ser: a) A título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado; b) Gratuita; c) Subvencionada por el Estado, con una entrega inicial durante la construcción o con entregas en el periodo de la explotación reintegrables o no al Estado.” Norma a la cual la ley 23.696 agregó, como segundo párrafo del inciso c), el siguiente: “Aclarase que no se considerará subvencionada la concesión por el solo hecho de otorgarse sobre una obra ya existente.” Finalmente, y complementando dichas normas, el art. 3° indica que: “Para definir la modalidad de la concesión dentro de las alternativas fijadas en el artículo anterior, el Poder Ejecutivo deberá considerar: 1. Que el nivel medio de las tarifas no podrá exceder al valor económico medio del servicio ofrecido. 2. La rentabilidad de la obra, teniendo en cuenta el tráfico presunto, el pago de la amortización de su costo, de los intereses, beneficio y de los gastos de conservación y de explotación. Si al definir la modalidad de la concesión a otorgar se optase por la gratuita o subvencionada por el Estado, deberán precisarse las obligaciones de reinversión del concesionario o de participación del Estado en el caso de que los ingresos resulten superiores a los previstos.”

Ahora bien, y por lo dicho anteriormente, debe aclararse en qué consiste la modalidad concesional “onerosa”.

Como adelantamos, esta modalidad implica la existencia de obligaciones (en la relación entre el prestador y el concedente) en virtud de las cuales se acuerda (en los términos contractuales) una contraprestación económica (con motivo de la explotación de la actividad) que el concesionario debe pagar al concedente.

No debe confundirse ello con la relación entre el concesionario y los usuarios.

En ese caso, y al margen de la modalidad que asuma la relación entre concesionario y concedente, la onerosidad se presume en la relación prestador-usuario (el prestador explota, de hecho, una actividad económica).

### **2. 4. 1. La subvención o subsidio como forma de retribución en los contratos de concesión de obras y servicios públicos**

La subvención o subsidio aplicados en contratos de concesión de obras y servicios públicos (si bien mantienen su condición original de instrumento de fomento estatal), cambian su caracterización y naturaleza para pasar a convertirse en “contractuales”.

Concretamente, su utilización se da en el marco de un acuerdo de voluntades entre Estado Concedente y Concesionario y se relaciona de manera con la ecuación económico financiera del contrato de concesión, pasando a formar parte de los ingresos que constituirán la retribución del concesionario por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En el caso de las concesiones “subvencionadas”, se atiende: “...a la necesidad del concesionario de contar con fondos durante la construcción de la obra, cuando no sea posible o no resulte conveniente obtenerlos de terceros. Estos adelantos de fondos pueden también hacerse efectivos durante la misma explotación de la obra, lo que normalmente ocurrirá

*cuando los ingresos por peaje no resulten suficientes para la amortización de los préstamos contratados con anterioridad y el pago de los gastos que demande la misma explotación y conservación de la obra. Como no se trata de una verdadera subvención (que es un típico medio de fomento, lo que no se da en el caso), sino simplemente de un adelanto de fondos en beneficio del contratista, con cargo al total de su remuneración, que será reintegrada o no al concedente (según las dos alternativas previstas en el art. 2º inc. c) de la ley 17.520) de acuerdo con la forma en que se haya elaborado la ecuación económico financiera...”<sup>24</sup>*

La “contractualización” del subsidio cambia, pues, su naturaleza jurídica, dejando de perfilarse como una típica subvención, para pasar a conformar parte de un sistema de contraprestaciones contractuales en el marco de un contrato de concesión.<sup>25</sup>

Un ejemplo paradigmático del uso de esta modalidad concesional ha sido el de las concesiones ferroviarias otorgadas en el marco del proceso de privatización de empresas públicas iniciado con la ley 23.696.

En efecto, en el marco de la delegación prevista en los arts. 10, 13 y 15 de la ley 23.696, se dictarían una serie de normas que aplicarían este esquema mixto en los futuros contratos de concesión.

Normas entre las cuales se destaca el Decreto N°1143/91, marco normativo general en materia tarifaria.

Tal como ha sido reconocido por la doctrina nacional: “...el decreto 1143/91 –verdadero marco regulatorio del aspecto tarifario- se hallaba orientado hacia la ponderación de los costos –y como se recordará, la regulación por tasa de rendimiento implica un ingreso que los cubra –en tanto prevé, por un lado, que el concesionario percibe las tarifas que se aprueben,

---

<sup>24</sup> Barra, Rodolfo Carlos, “Contrato de obra pública”, Tomo 1, op., cit., pág. 357 y 358.

<sup>25</sup> Tal como se ha puntualizado: “...La doctrina denomina subvenciones-dotación a las ayudas o transferencias económicas a fondo perdido que realiza la Administración en favor de las empresas concesionarias de servicios públicos al objeto de mantener el equilibrio de éstas. Es decir, si la Administración impone unas tarifas por la prestación de un servicio público y el importe de éstas no alcanza a cubrir el coste o a permitir un beneficio empresarial al gestor (con lo cual la tarifa se equipara a un precio político) la diferencia es cubierta por la Administración Pública mediante subvenciones...” Villar Escurra, José L., “Derecho Administrativo Especial”, Civitas, Madrid, 1999, pág. 121.

*y, por el otro, que existirá la posibilidad de subsidio para enjugar distintos costos al reconocerse que el concesionario podría no alcanzar a compensar, con la tarifa aprobada, los costos globales involucrados, v. gr., los de inversión, los de explotación, más una razonable rentabilidad...*<sup>26</sup>

## **2. 5. Mutabilidad y aleatoriedad en el contrato de concesión de servicio público**

La aleatoriedad (o no) del contrato de concesión de servicio público es una de las cuestiones cuya discusión resurgió a partir del dictado de la ley 23.696 y del consiguiente proceso de privatizaciones iniciado.

Durante mucho tiempo, y siguiendo las líneas directrices de las doctrinas francesa y española, la doctrina nacional se ocupó del tema a partir del desarrollo de la noción de “ecuación económico-financiera” del contrato administrativo, en general, y del contrato de concesión, en particular.<sup>27</sup>

Entre nosotros, muchos autores se afiliaron a la idea de que la vigencia (y defensa) de la ecuación económico-financiera del contrato de concesión y de sus derivaciones (fundamentalmente, el derecho a la intangibilidad de su remuneración para el concesionario), impedían calificar al contrato de concesión como un típico contrato aleatorio.

---

<sup>26</sup> Puntualizándose, además, que: “...debe hacerse hincapié en que el ingreso por tarifa, con más el ingreso adicional del subsidio, cubriría los costos globales, categoría abarcadora de las inversiones, los gastos de explotación y una razonable ganancia (...) De tal suerte, podían distinguirse los siguientes ingresos de la firma: tarifa (sufragada por los usuarios); posibilidad de subsidio para gastos operativos (a sufragar por el Estado); posibilidad de subsidio para inversiones (a sufragar por el Estado). Y dicho ingreso total debía cubrir los costos globales de los servicios establecidos en la normativa, a saber: gastos de explotación; gastos de inversión; razonable rentabilidad...”, Sacristán, Estela B., “Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2007, pág. 277 a 279.

<sup>27</sup> Ver para esto: Ariño Ortiz, Gaspar, “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, pág. 247, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, España, 1968.

O, mejor, en la vieja terminología del derecho público, que el concesionario realizaba sus inversiones a “riesgo y ventura” y que, por tanto, debía soportar las pérdidas dentro del alea normal de los negocios.<sup>28</sup>

De cualquier manera, hay que tener presente que, tal como hemos visto, nuestro modelo concesional fue desarrollado fundamentalmente en el sector ferroviario (entre mediados del siglo XIX y principios del XX), en un esquema de leyes-contrato por medio de las cuales el Estado concedente “garantizaba”, bajo distintas modalidades, una rentabilidad mínima al concesionario.

Modelo que, ciertamente, tuvo un fuerte impacto en la posterior generalización de los elementos del contrato de concesión y que se proyectó hacia otros ámbitos de prestación de servicios públicos.

El desarrollo de la noción de “ecuación económico-financiera”, viene a ser el correlato del reconocimiento de las potestades estatales en materia de organización de la prestación de los servicios públicos, y de su principal consecuencia que es la denominada “mutabilidad” del servicio.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Salomoni recuerda que: “...el concepto “riesgo y ventura”, abarca dos ámbitos de aplicación, ó ha sido utilizado en dos sentidos, no contrapuestos pero si diferenciales, independientemente del fundamento utilizado: uno, vinculado al aspecto económico-financiero propiamente dicho, esto es, el soporte limitado por el contratista de las pérdidas provenientes de la distorsión de la ecuación económica del contrato -limitado, en el sentido que sobrepasado cierto umbral adquiere el derecho a ser indemnizado por el Estado concedente-; el otro, la asunción, también por el contratista, de los riesgos por la desaparición o deterioro del objeto del contrato, esto es en el caso concreto, la pérdida, destrucción ó deterioro de la obra que se comprometió a realizar...”, Salomoni, Jorge L., “Teoría general de los servicios públicos”, op. cit., pág. 385.

<sup>29</sup> En relación con la naturaleza del contrato de concesión de servicios públicos, se ha sostenido que constituye: “...una hipótesis en la que el servicio puede ser o no de la Administración Pública (servicio público en sentido subjetivo o en sentido objetivo). La Administración lo confía a un particular. Se combinan el interés (público) de la obtención del fin público y el (privado) de obtener un beneficio. La relación está regulada por el acto de concesión. Este transfiere el servicio e indica las obligaciones del concesionario: de realizar el servicio, de organizarlo y aportar los medios necesarios, de asumir las relaciones obligatorias conexas y de someterse a los controles del concedente. A su vez, este último prevé y atribuye la remuneración del servicio, puede revocar o suspender la concesión y tiene poderes de dirección, de inspección y de ordenación. Según los diversos tipos, al concedente le son imputables sólo los resultados o también los actos realizados por el concesionario. En cambio, los ilícitos civiles, contractuales o extracontractuales, al ser propios del área de lo privado, son imputables al concesionario...”, conf. Cassese, Sabino,



Recordemos, puntualmente, con Bielsa, que: “...Una de las más importantes cuestiones en el régimen de que tratamos es la relativa a la facultad que la Administración tiene de modificar las formas y condiciones del funcionamiento del servicio público objeto de concesión. El servicio público, por definición, satisface una necesidad colectiva, su causa es el interés público, y ante esta consideración primordial el argumento contractual pierde importancia en el sentido de que no puede ser una traba al mejoramiento o perfección del servicio (...) Las causas determinadas de las modificaciones son de dos órdenes: 1) relativas al propio servicio público, que subdividimos en razón de la mejora en las siguientes: a) de mayor economía; b) de más seguridad; c) de comodidad. Se trata de ventajas y beneficios para los usuarios del servicio público. 2) Relativas a la seguridad o comodidad de los habitantes de los lugares donde funciona el servicio; es decir que son motivos de policía general o especial”. En el contrato de concesión de servicios públicos, entonces ‘...domina el principio expresado por Hauriou: Rigidez del servicio; flexibilidad del contrato’...”<sup>30</sup>

Si las obligaciones que se imponen al concesionario a los efectos de la debida prestación del servicio cambian, el Estado debe asegurar –en la ecuación económico-financiera contractual- la debida compensación.

Cuestión que involucra, desde ya, al sistema tarifario del servicio público.<sup>31</sup>

---

“Las Bases del Derecho Administrativo”, pág. 189, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994.

<sup>30</sup> Bielsa, Rafael, “Derecho...”, Tomo II, op., cit., pág. 277 a 280.

<sup>31</sup> En relación con la cuestión tarifaria, debe recordarse que la Corte Suprema nacional fijó la recepción de los principios cardinales en la materia, al señalar que: “...resulta ilegítima la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado a lo largo del tiempo si las circunstancias imponen su modificación, ya que ello implicaría que la Administración renunciara ilegítimamente a su prerrogativa de control de la evolución de las tarifas y, en su caso, de la necesidad de su modificación (...) aun cuando las tarifas no constituyen un precio único e inmutable para regir durante todo el tiempo de la concesión, el concesionario tiene derecho a reclamar la indemnización correspondiente en el caso de que los nuevos precios alteren la ecuación económico- financiera de la concesión (...) En el caso, para la determinación de las tarifas, la autoridad de aplicación estaba obligada a asegurar que el concesionario obtuviera una “razonable rentabilidad” por la explotación del servicio (confr. Art. 5° de la ley 21.892), pauta que atenuaba sensiblemente el riesgo empresario, y que la actora aceptó al realizar sus ofertas...”, conf. CSJN, in re: “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y

## 2. 5. 1. Alea normal y anormal y reparto de responsabilidades contractuales entre los sujetos del servicio

Aquello que debe tenerse en cuenta a los efectos de la distribución de responsabilidad contractual entre los sujetos del servicio (Estado, concesionario y usuarios), es la razón o motivo del cambio de las obligaciones originalmente asumidas por el concesionario, y que llevan -a su vez- a diferenciar entre: a) alea normal; y b) alea anormal o extraordinaria.

El ámbito y límite de aplicación de cada alea (normal o anormal) y, en definitiva, la motivación de las nuevas imposiciones al concesionario por parte del Estado, le impondrán a éste (o no) la obligación de compensar al concesionario.

En efecto, de lo que se trata es de establecer los tipos de riesgo o aleas que pueden producirse y sus consecuencias en la economía del contrato, con la finalidad de distribuir la responsabilidad que debe soportar cada parte en función del buscado equilibrio entre prerrogativas y garantías.

Se configura, así, dentro de los caracteres del contrato administrativo, la distinción entre alea ordinaria y extraordinaria<sup>32</sup>.

El alea normal del contrato (lo previsible), debe ser soportada por el concesionario.<sup>33</sup>

El alea anormal o extraordinaria, fue caracterizada como: “...*el evento que frustra todos los cálculos que las partes han podido hacer en el momento del contrato, y excede los límites extremos que aquéllas han podido tener en cuenta al celebrar el contrato, la circunstancia que trastorna su*

---

Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato”, sentencia del 30/06/1998.

<sup>32</sup> Sobre esto, ver: Jèze, Gastón, “Principios Generales del Derecho Administrativo”, Tº V, Depalma, Buenos Aires, 1950, pág. 36.

<sup>33</sup> Jèze, Gastón, op. cit., pág. 43; ver, asimismo: Marienhoff, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tº III-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 524.

*economía. Dicho alea puede invocarse para obtener, de la Administración, temporariamente, cierta participación en las pérdidas...*<sup>34</sup>

En función de dicho principio, cuando la denominada alea extraordinaria traiga aparejadas no pérdidas sino ganancias o beneficios extraordinarios, el Estado se encuentra en la obligación de establecer la manera en que el concesionario ajustará su ecuación económico-financiera, no ya a favor del propio Estado concedente sino del usuario del servicio.<sup>35</sup>

Ahora bien, resulta necesario destacar que la readecuación de la ecuación económico-financiera del contrato sólo será automática cuando corresponda a favor del Estado o los usuarios, no así en favor del concesionario, quien –para ello- debe invocar la teoría de la imprevisión y, por lo tanto, probar la extraordinariedad, la sobreviniencia y anormalidad de la pérdida que reclama<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Jèze, Gastón, op. cit., pág. 44.

<sup>35</sup> De manera concordante, y fundado en la interpretación restrictiva de las concesiones y licencias, Gordillo ha señalado que: “...*El fundamento constitucional de la interpretación restrictiva de tales concesiones o licencias deviene de que ellos constituyen una excepción a la regla de la libre competencia prevista en la Constitución, con lo cual son válidos en cuanto se interpreten restrictivamente (...)* Las circunstancias antedichas ponen un énfasis especial en el tema de la tarifa. Así por ejemplo, ‘el derecho de los usuarios a la elección de la tarifa más baja (...) debería prevalecer por sobre el derecho de la licenciataria de obtener mayor ganancia’. Ya hemos visto que las tarifas deben ser justas y razonables, tanto para el concesionario o licenciatario como para los usuarios...”, conf. Gordillo, Agustín, en ob., cit., “Tratado de Derecho...”, Tomo 2, VI - 26/8. Postura que se encuentra en línea, a su vez, con la doctrina de la Corte Suprema nacional en el sentido de la afirmación del “... principio que señala que el derecho del concesionario no puede ir más allá de lo que la concesión define y enumera, y que la regla más segura en materia de interpretación de concesiones es la de que toda duda debe ser resuelta en sentido adverso al concesionario, porque nada debe tenerse por concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por implicancia clara (doctrina de Fallos 155: 12), ya que no existen derechos implícitos en la concesión en beneficio del concesionario, la afirmativa debe ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para su derecho (Fallos: 316:382; 321:1784; 323:337, entre muchos otros)...” del Dictamen del Procurador General, CSJN, in re: “Metrogas S.A. c/ Resolución Regulatoria 6/10/95 -ENARGAS- expte. n° 1242/95.”, sentencia del 23/06/2005, Fallos: 328: 2464.

<sup>36</sup> Debe tenerse presente que, desde otra perspectiva, se ha afirmado que: “...*Tanto la concesión de servicios públicos como la figura de la licencia de explotación de servicios públicos constituyen contratos administrativos en razón de su objeto, que reflejan una equivalencia de prestaciones nacida de un acuerdo de voluntades entre la Administración y el particular concesionario o licenciatario. En el mantenimiento de esa equivalencia*

Pero en el ámbito del contrato de concesión, la Corte Suprema nacional ha establecido con toda claridad que: *“...la absoluta certidumbre de las obligaciones del concesionario no es propia del régimen de las concesiones en cuanto supondría la renuncia a la facultad del Estado concedente de regular el servicio, y de ejercer su correspondiente poder de policía, aun imponiendo por tal vía erogaciones no previstas. (Fallos: 188, 9; Bielsa, Derecho Administrativo, 3ª edición, T. 1, págs. 378 y sgtes.) A lo que no es obstáculo la procedencia de indemnización en los casos en que con ese hecho -hecho del Príncipe- se alterara efectivamente el equilibrio económico del contrato del concesionario...”*<sup>37</sup> (el resaltado nos pertenece).

Para Salomoni, concretamente, puede concluirse que: *“...el riesgo en los contratos administrativos de concesión reconocería tres ámbitos que determinan tres supuestos diferenciales en cuanto a sus consecuencias y que lo distinguen del derecho privado: i.- en primer lugar, las necesidades del servicio impuestas por el Estado concedente, ámbito éste vinculado al ius variandi como prerrogativa de la Administración en la ejecución*

---

*durante la vida del contrato administrativo (y siempre que la economía de ésta no se distorsione por culpa del contratista), estriba una de las distinciones de mayor trascendencia existentes entre el régimen jurídico de los contratos administrativos y los contratos privados (civiles o comerciales). En efecto, en el derecho público todas las técnicas correctoras de los desequilibrios económicos-financieros no juegan, en principio, para la resolución o extinción de la relación contractual sino para mantener inalterada la ecuación económico-financiera del contrato. Así concebida, la superación del principio de ‘riesgo y ventura’ en los contratos administrativos implica que el contratista privado asume sólo los riesgos propios y normales de su gestión, quedando a cargo de la Administración todos aquellos riesgos que le son ajenos, ya provengan de actos o hechos del propio Estado o de caso fortuito o fuerza mayor...”* Como asimismo que: *“...El derecho del concesionario o licenciatario a obtener el reajuste tarifario como consecuencia de la alteración del equilibrio económico-financiero del contrato por causas que no le son imputables, se configura -como se ha visto- como un auténtico derecho subjetivo... Y aunque los marcos regulatorios o las cláusulas de los contratos de concesión o de licencia limiten o restrinjan el alcance del derecho a mantener intangible la ecuación económico-financiera de la concesión o licencia este derecho existe con independencia de su reconocimiento legislativo, reglamentario o contractual pues tiene base en normas y principios constitucionales (arts. 16,17, y 28 de la Const. Nac., entre otros) no pudiendo ser objeto de renuncia en virtud de la naturaleza de orden público que se le atribuye...”*; conf. Cassagne, Juan Carlos, ob., cit., “Derecho...”, Tomo II, págs., 527 y 528 y 541 a 542.

<sup>37</sup> CSJN, in re: “S.A. Compañía Argentina de Teléfonos v. Provincia...”, Fallos: 211:83.

*de los contratos administrativos y que puede generar alguna compensación al concesionario (...) ii.- en segundo lugar, la situación económica financiera general o particular que afecte la economía del contrato independientemente de la previsión del concesionario, ámbito que da lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión y/o del factum principis, y con ello la aplicación del sistema de responsabilidad emergente de esas instituciones; iii.- y por último, los ingresos previstos en la oferta, que están sujetos a verificación empírica, ámbito que debe ser soportado exclusivamente por el concesionario, excepto que la previsión hubiera sido en menos, caso en el cual deberá participar de sus ganancias al Estado concedente y/o el usuario...”<sup>38</sup>*

En función de lo cual, se aprecia claramente cómo el riesgo para el concesionario de obras y servicios públicos se ha ampliado al influjo de la introducción constitucional de los derechos fundamentales de los usuarios.

## **2. 5. 2. Alea extraordinaria y emergencia económica**

Las cuestiones vinculadas con el alea extraordinaria y el contrato de concesión, adquirirán un lugar central en las discusiones y conflictos que se proyectarían con el dictado de las leyes de emergencia 25.344 y, fundamentalmente, 25.561.

Esta última norma de emergencia, en particular, tendrá una profunda influencia en el marco prestacional y regulatorio de los servicios públicos nacionales al establecer, en lo pertinente: a) la pesificación y congelamiento tarifario; y b) un sistema de renegociación generalizada de los contratos de concesión y licencia de servicios públicos.

Esta profunda intervención estatal atravesará a todos los servicios públicos nacionales y redundará, en definitiva, en las siguientes cuestiones: a) renegociación de contratos de concesión y licencia; b) inicio de acciones judiciales y arbitrales por parte de los concesiona-

---

<sup>38</sup> Salomoni, Jorge L., “Teoría general de los servicios públicos”, op. cit., pág. 391 y 392.

rios y licenciatarios, tanto en el país como en el exterior; c) estructuración de un sistema generalizado de subsidios por parte del Estado nacional, para atender a los déficit producidos por la pesificación y el congelamiento tarifarios; d) el establecimiento, por vía tarifaria, de cargos específicos para costear la realización de inversiones; e) la rescisión de contratos de concesión y licencia y la creación de sociedades de propiedad estatal para la continuidad de la prestación de los servicios públicos.

Pero sobre ello volveremos luego, al tratar sobre la específica protección que, en ese marco de emergencia, intentó articularse a favor de los usuarios.

## **2. 6. Constitucionalización de los derechos del usuario y reparto de responsabilidades entre el Estado y los prestadores**

En lo que hace al reparto de las responsabilidades contractuales entre los sujetos del servicio público, y a la luz de la reforma constitucional de 1994, se ha afirmado que: *“...en los contratos de concesión de servicios públicos, -y por ende en los de concesión de obra pública-, los únicos sujetos que no tienen riesgo que soportar, son el estado concedente y el usuario, por lo que la garantía de la ecuación económica financiera se traduce en el ejercicio de la potestad, por parte de la administración, de impedir el aumento de la tarifa o peaje que percibe el concesionario, o de rebajarla, cuando se produzca una distorsión en favor de éste último...”*

Y, correlativamente, que: *“...el concepto de riesgo empresario (...) impide que el concesionario exija una revisión de la economía contractual cuando se produzca una distorsión en su contra, es decir, que obtenga menos ganancias que las previstas en su oferta, excepto cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión, del factum*

*principis o se supere el límite legal que debe soportar el cocontratante por el ejercicio, por parte del Estado latu sensu, del ius variandi...*<sup>39</sup>

Ello es consecuencia del sistema de derechos y garantías establecido en la constitución a favor de los usuarios, en la relación de consumo, que se proyectan tanto frente al Estado como frente al prestador.

Concretamente, los derechos del usuario a: 1) contar con una información adecuada; 2) al trato equitativo y digno; 3) a la protección y resguardo de sus intereses económicos; y 4) al control de los monopolios, naturales y legales, y de los efectos de toda distorsión en los mercados.

De esta manera, estos derechos –y sus correlativas garantías- conforman un mínimo de derechos que desplazan, tanto a las potestades estatales que (por acción u omisión) no cumplan con estos objetivos, como a las condiciones que se hubieran establecido en los contratos de concesión (entre el Estado y el concesionario).

Todo lo cual deriva en el fenómeno de “descontractualización” del servicio público que se ha afianzado desde la reforma constitucional de 1994, y que ha tenido reconocimiento jurisprudencial, tanto en materia de servicios sociales, como de servicios públicos económicos.

## **2. 6. 1. La “descontractualización” del régimen de servicio público. La relación de consumo y los derechos de los usuarios**

En efecto, el corolario que tendrá el impacto que tiene en este tema la reforma constitucional de 1994, es la afirmación de la relación de consumo como *nodo* de regulación de las relaciones entre los sujetos

---

<sup>39</sup> Agregando Salomoni que: “...Hasta ahora, la doctrina de la ecuación económica financiera del contrato, en la concepción francesa, o del equivalente económico, en la terminología española (...) es el resultado o la contrapartida (...) de la aplicación de la teoría de la imprevisión cuando se producen circunstancias anormales, extraordinarias y sobrevinientes que encarecen las prestaciones comprometidas en el contrato, pero nunca se consideró al sujeto usuario de la obra o servicio concesionado como factor de modulación de esas teorías, ni menos aún, como determinante de la obligación estatal de rebajar las tarifas cuando se verifique un aumento de las ganancias por parte del concesionario respecto a las previstas en la oferta...”, Salomoni, Jorge L., “Teoría general de los servicios públicos”, op. cit.

del servicio, lo cual lleva –como hemos visto- a la “descontractualización” del mismo.<sup>40</sup>

Ello puede apreciarse con claridad en la evolución que, respecto de la responsabilidad de los concesionarios, ha experimentado la jurisprudencia de la Corte Suprema, del caso “Colavita” del año 2000, a los casos “Ferreyra” y “Bianchi”, del 2006.

En ese marco, se ha consolidado la responsabilidad de los prestadores de servicios públicos económicos, superando una primera interpretación restrictiva de la Corte Suprema nacional, basada en limitaciones de limitaciones de orden contractual, a favor de un sistema de responsabilidad plena de los prestadores sobre la base del plexo normativo constitucional (art. 42 de la Constitución nacional) y legal (ley de Defensa del consumidor).

Puntualmente, y en lo que hace a la aleatoriedad del contrato de concesión, la Corte Suprema nacional ha establecido que: “...*aun cuando el Estado, dentro del marco de la concesión, ejerce los derechos fundamentales; la vinculación entre el concesionario y el usuario resulta comprensiva de derechos de naturaleza contractual de diversa entidad e*

---

<sup>40</sup> Esteta Sacristán se refiere al fenómeno de la “descontractualización” del régimen de los servicios públicos nacionales, desde el punto de vista tarifario, y a partir de la declaración de emergencia de la ley 25.561, señalando que: “...*Existirían tendencias interpretativas que, desde diversas disciplinas, presionan sobre las tarifas de los servicios públicos, escenario en el cual aquellas reguladas originariamente por el sistema de price-cups se ven más afectadas dado su delicado equilibrio, que las equipara -podría decirse- con un contrato de obra pública bajo el sistema de ajuste alzado, pues implican la fijación de un precio máximo. De tal suerte, podrían acometerse diversos puntos de partida para estudiar la cuestión de las tarifas en esencia ‘descontractualizadas’ por la emergencia y sus consecuentes efectos para los usuarios...*” Indicando concretamente en relación con la ley 25.561 que: “...*En el caso de los price-cups, al suspenderse el índice, la intervención estatal los despojó en forma sustancial de su naturaleza contractual para hacer primar la naturaleza reglamentaria unilateralmente fijada por el Estado; y al pesificarse las tarifas (...) se modificó el signo monetario oportunamente fijado, con similares efectos descodificantes. En suma, la regulación tarifaria se convirtió en reglamentación unilateral tarifaria, invitándose a las firmas prestadoras a renegociar...*”, conf. Sacristán, Estela B., “Régimen de las tarifas de los servicios públicos”, op., cit., pág. 405 y 406. El uso del término “descontractualización”, por su parte, había sido anteriormente explicado en: Grecco, Carlos M., “Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario. A propósito de la privatización de ENTel”, en Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos M., “Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 423 y sig.



*intensidad, en tanto aquél realiza la explotación por su propia cuenta y riesgo, lo cual se corresponde con la noción de riesgo y ventura inherente a todo contrato de concesión.”*

Y que, *“...en consonancia con el riesgo asumido y la actuación que le es propia, cabe atribuirle la responsabilidad directa y personal por las consecuencias derivadas del cumplimiento del contrato celebrado con el usuario, no empece a que en su ejecución pudiesen presentarse ciertos obstáculos, en la medida que, como contrapartida, le asiste el derecho a los beneficios económicos derivados de aquella explotación.”*<sup>41</sup>

Frente a lo cual, la responsabilidad del concesionario se considera de carácter objetivo.<sup>42</sup>

En definitiva: 1) el concesionario de servicio público ejecuta su contrato (a partir de un privilegio otorgado por el Estado), a riesgo y ventura; 2) dichos riesgos deben ser repartidos (entre el Estado y el

---

<sup>41</sup> Voto del juez Zaffaroni, concurrente con la mayoría, en la sentencia dictada por la CSJN, in re: “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros”, en fecha 7 de noviembre de 2006.

<sup>42</sup> En efecto, se ha señalado que: *“...la responsabilidad de la concesionaria resulta de carácter objetivo, ya que asume frente al usuario una obligación de seguridad por resultado, consistente en que aquél debe llegar sano y salvo al final del recorrido, en consonancia con el principio de buena fe (art. 1198 del Cód. Civil) que integra la convención y permite interpretarla, y el deber de custodia que sobre aquélla recae. El cumplimiento de este último es inherente a las prestaciones que se encuentran a su cargo, como resultan las de vigilancia permanente, remoción inmediata de obstáculos y elementos peligrosos, alejar a los animales que invadan la ruta dando aviso, de inmediato, a la autoridad pública correspondiente y toda otra medida que pueda caber dentro del referido deber, a los efectos de garantizar debidamente la seguridad y la fluidez de la circulación (...) 19) Que en lo atinente a la responsabilidad objetiva, el concesionario debe responder ante al usuario por los daños provocados por animales que invaden la carretera concesionada, salvo que demuestre la mediación de eximente en punto a la ruptura del nexo causal. Para que proceda dicha eximición, debe acreditar el acaecimiento de culpa de la víctima o la de un tercero por el que no debe responder o del caso fortuito...”* del voto del juez Zaffaroni, concurrente con la mayoría, en la sentencia dictada por la CSJN, in re: “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros”, en fecha 7 de noviembre de 2006. Lo cual tiene claro antecedente en la afirmación de que: *“...El hecho de que la obligación genérica de los transportistas sea de tipo objetivo, impone un análisis restrictivo de las causales exculporias, lo cual guarda concordancia con la idea de que las empresas de servicios públicos crean un riesgo por medio de la realización de una actividad con la que lucran y obtienen beneficios...”* del voto en disidencia del juez Vazquez, CSJN in re: “Senderovsky, Gustavo Osvaldo c/ Transporte Automotor Plaza (línea 140) y otro.”, sentencia del 31/08/1999, Fallos: 322: 1974.

concesionario), a partir de las nociones de alea normal y anormal o extraordinaria; 3) las obligaciones que asume el concesionario son de resultado y, por ende, su responsabilidad es objetiva; 4) la responsabilidad del concesionario frente a los usuarios, en la relación de consumo, no puede ser legal (en los marcos regulatorios) ni contractualmente limitada (por los contratos de concesión o licencia), frente a los derechos y garantías reconocidos en el sistema de los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional.

## **2. 7. Derechos adquiridos y estabilidad de los derechos contractuales de concesionarios y licenciatarios de servicios públicos**

En función del desarrollo efectuado, debemos señalar que la cuestión de la denominada “estabilidad” de los derechos contractuales de los concesionarios y licenciatarios, debe ser abordada en el marco del sistema constitucional de derechos.<sup>43</sup>

Los derechos contractuales de los concesionarios y licenciatarios, protegidos en base al sistema de los arts. 14, 16, 17, sig. y conc., de la Constitución nacional reconocen, efectivamente, algunos límites.

En este sentido, debe recordarse la doctrina de la Corte Suprema nacional que ha señalado que: “...*los derechos emergentes de una concesión se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio. El art. 67 inc. 16 de la Constitución faculta al Congreso a emplear como medio adecuado para obtener lo conducente a la prosperidad del país las concesiones temporales de privilegios, y habría visible inconsistencia entre esa autorización que compromete la fe pública*

---

<sup>43</sup> En relación con la denominada “estabilidad” de los derechos emergentes de concesiones y licencias de servicios públicos, ver: Cassagne, Juan Carlos, “Reflexiones acerca del ejercicio de los poderes normativos respecto de las concesiones y licencias de servicios públicos en una economía de mercado”, en Revista “Derecho Administrativo”, Año 18, 2006, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pág. 1029 y sig.

*de la Nación y la afirmación de que los derechos nacidas de aquellas no se benefician de las garantías y seguridades que otras disposiciones de la misma Constitución aseguran a la propiedad...*<sup>44</sup>

En primer lugar, y en línea de principio, los conflictos que se susciten en torno al mantenimiento de dichos derechos, deberán resolverse exclusivamente entre los concesionarios y licenciatarios y el Estado.

Es decir que, salvo en las circunstancias que seguidamente analizaremos, las consecuencias económicas que surjan de aquellos conflictos no podrían recaer, de manera directa e inmediata, en los usuarios del servicio.

En segundo lugar, los derechos contractuales que los concesionarios podrán invocar frente al Estado, están sujetos y limitados, de manera general, por: a) los derechos constitucionalmente reconocidos a los usuarios; b) el alea normal y anormal de la actividad económica delegada; c) la mutabilidad del servicio; d) las normas de orden público contra las cuales no puedan alegarse derechos adquiridos; y e) las declaraciones de emergencia económica que excedan al sector o actividad y que, sin embargo, tengan impacto en la misma.

En tercer lugar, y una vez despejada la cuestión de si, efectivamente, los derechos contractuales del concesionario o licenciatario son oponibles al Estado concedente y deben ser reconocidos, se discutirá la modalidad de recomposición económica de dicha violación contractual.

Dentro de este marco, podemos afirmar que las alteraciones económicas que, para los concesionarios y licenciatarios surjan de: a) el alea anormal o extraordinaria del contrato; o b) la mutabilidad del servicio (cuando implique la imposición de obligaciones completamente nuevas para los prestadores o, en su caso, la supresión de partes del servicio), podrán dar lugar a recomposiciones económicas del contrato que, eventualmente, tengan impacto en los usuarios a través de las tarifas.

---

<sup>44</sup> CSJN, in re: “Empresa del Ferrocarril del Sud contra la Nación sobre ilegalidad e inconstitucionalidad de un decreto del P.E. e indemnización de daños y perjuicios”, sentencia del 1 de marzo de 1939.

En efecto, esta es la antigua posición de la Corte Suprema nacional sobre la materia.

En casos en que por actos o decisiones generales del Estado que impactan directamente en la “...*ecuación económico financiera...*” del contrato de concesión, la Corte Suprema ha señalado que: “...*el poder público –como Estado general- pudo seguir esa política si así lo creyó conveniente o necesario, pero lo que no pudo –como concedente- fue realizarlo a costa del patrimonio afectado al servicio. Este, de acuerdo con lo resuelto por esta Corte, se encuentra bajo el amparo de la protección que el art. 17 de la Carta fundamental dispensa a la propiedad. De modo pues que si el Poder Ejecutivo no quiso autorizar aumentos de tarifas –o subvencionar al concesionario si prefería-, quedó obligado a indemnizar; deber que tiene fundamento en el principio de expropiación contenido en el mismo precepto constitucional. Tanto el concepto de propiedad, como el de su privación tienen un sentido amplio (Fallos: 145: 307)...*”<sup>45</sup>

En el caso de las alteraciones producidas por el alea normal del contrato, que incluirá a las modificaciones que se introduzcan en la reglamentación del servicio –mutabilidad de las condiciones de regularidad- que no impliquen la imposición de obligaciones totalmente nuevas (que se dará en el caso de la inclusión en la actividad de nuevos servicios anteriormente no contemplados o, en su caso, al contrario, la supresión de servicios anteriormente incluidos) o, por normas de orden público contra las cuales no puedan invocarse derechos adquiridos, deberán ser soportadas por el concesionario o licenciatarario.

Respecto de este último supuesto, debe recordarse que la Corte Suprema nacional ha establecido, por ejemplo, que: “...*La circunstancia de que el contrato de concesión en virtud del cual explota su negocio el empleador sea anterior a la vigencia de la ley 11.729 y de que no se hayan previsto en él los desembolsos a que se refiere dicha ley, no le confiere*

---

<sup>45</sup> CSJN, in re: “Compañía de Tranvías Anglo Argentina c/Gobierno de la Nación s/nulidad e inconstitucionalidad de leyes y decretos”, sentencia del 30 de septiembre de 1965.

*derecho adquirido alguno amparado por la Constitución Nacional para privar a sus empleados de la indemnización por despido...*<sup>46</sup>

Ello, teniendo especialmente en cuenta, a su vez, que las concretas condiciones de regularidad del servicio incluidas en los marcos regulatorio y los contratos de concesión o licencia, no son oponibles por el concesionario o licenciatario –ni frente al Estado concedente ni frente al usuario- en el caso de violación de los derechos constitucionalmente reconocidos a los usuarios.

Principio que, si bien ha recibido expreso reconocimiento en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema nacional, cuenta con arraigo en la antigua jurisprudencia del mismo Tribunal.

Por su parte, en los casos de producirse alteraciones en los derechos económicos contractualmente reconocidos, que se generen como consecuencia del alea anormal o extraordinaria del contrato, el concesionario o licenciatario podrá reclamar al Estado: a) la recomposición económica del contrato que podrá, eventualmente, asumir la forma de: 1) un subsidio; 2) un ajuste tarifario; o 3) una indemnización.

Resulta indistinto, en este caso, la causa que origine el alea anormal o extraordinaria, basta que, al menos, no sea imputable al contratista o licenciatario (es decir, que sea externa, no previsible o, en su caso, aunque previsible, irresistible). De allí nuestras críticas al régimen del Decreto N°1.023/2001.

Por último, en los casos de alteraciones económicas producidas por situaciones de emergencia ajenas al ámbito contractual pero con concretas repercusiones sobre el mismo, el concesionario o licenciatario y el Estado, podrán: a) acordar una recomposición contractual por vía de la renegociación del contrato (con fundamento en la necesidad de dar continuidad a la prestación del servicio); o b) acordar la rescisión contractual sin culpa de las partes.

---

<sup>46</sup> CSJN, in re: “Lopardo Miguel y otros c/ Humberto Beroletti”, 1942, Fallos: 192: 51.

Por las mismas razones apuntadas anteriormente, el régimen previsto en el Decreto N°1.023/2001 resulta, al menos, inadecuado y, entendemos, constitucionalmente cuestionable.

### **2. 7. 1. Emergencia y renegociación de contratos administrativos: la ley 25.561**

El modelo prestacional privado del servicio público (a través de concesiones y licencias administrativas) iniciado con la ley 23.696, tendrá un nuevo hito con la sanción de la ley 25.561 y sus normas reglamentarias.

En efecto, y en plena ejecución de los contratos de concesión de obras y servicios públicos, tanto a nivel nacional como provincial, y como corolario de las normas de emergencia que fundaron su propio régimen jurídico (la ley 23.696 y sus equivalentes provinciales), el Estado nacional y las Provincias continuarían dictando normas generales que, o bien prorrogaban a las anteriores o bien, directamente, volvían a declarar la emergencia económico-financiera del Estado nacional y de sus contrataciones.

El antecedente inmediato había sido la ley 25.344, de 2000, que, justamente por excepcionar su aplicación al conjunto de concesiones y licencias derivadas de la ley 23.696, no había logrado ningún cambio significativo en la acuciante situación económica y financiera, tanto externa como interna.

Esto daría lugar al dictado de la última ley “general” de emergencia, ley 25.561, posteriormente prorrogada y “reglamentada” por el Poder Ejecutivo nacional.

Esta norma, luego de declarar en su art. 1º el estado de “...*emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria...*”, incluyó normas generales respecto a los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público.

Por el art. 8º se estableció dentro del alcance material de la emergencia declarada a los: “...*contratos celebrados por la Administración Públi-*

*ca bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos...*<sup>47</sup>

Y por el art. 9º, se autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a “...renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el Artículo 8º de la presente ley...” disponiendo que para “...el caso de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos...” se tomaran “... en consideración los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas...”; y aclarar que todo ello “...en ningún caso

---

<sup>47</sup> El Decreto 311/2003, en relación con los contratos incluidos dentro del régimen de renegociación, encomendó, por su art. 4º, a la “Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos”, la: “...renegociación de los contratos de obras y servicios públicos correspondientes a los siguientes sectores: a) La provisión de servicios de agua potable y desagües cloacales. b) El servicio de transporte y distribución de energía eléctrica. c) El servicio de transporte y distribución de gas. d) El servicio de telecomunicaciones de telefonía básica (fija). e) El transporte público automotor y ferroviario de personas, de superficie y subterráneo. f) El servicio ferroviario de cargas. g) Las concesiones viales con cobro a usuarios, incluidos los accesos a la CIUDAD DE BUENOS AIRES. h) El servicio portuario. i) Las vías fluviales por peaje. j) (Inciso derogado por art. 1º del Decreto Nº 1457/2005 B.O. 1/12/2005). k) El servicio Postal, Monetario y de Telegrafía. l) El Sistema Nacional de Aeropuertos.” Por su parte, y en relación con el alcance que podría tener el procedimiento de renegociación contractual, la ley 25.790 (posteriormente prorrogada, conjuntamente con la ley 25.561, por la Ley 26.077), además de prorrogar la autorización legal para proceder a la renegociación de los contratos públicos incluidos en el art. 8 de la ley 25.561 y sus normas reglamentarias, estableció: “ARTICULO 2º — Las decisiones que adopte el Poder Ejecutivo nacional en el desarrollo del proceso de renegociación no se hallarán limitadas o condicionadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los contratos de concesión o licencia de los respectivos servicios públicos. Las facultades de los entes reguladores en materia de revisiones contractuales, ajustes y adecuaciones tarifarias previstas en los marcos regulatorios respectivos, podrán ejercerse en tanto resulten compatibles con el desarrollo del proceso de renegociación que lleve a cabo el Poder Ejecutivo nacional en virtud de lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley Nº 25.561. ARTICULO 3º — Los acuerdos de renegociación podrán abarcar aspectos parciales de los contratos de concesión o licencia, contemplar fórmulas de adecuación contractual o enmiendas transitorias del contrato, incluir la posibilidad de revisiones periódicas pautadas así como establecer la adecuación de los parámetros de calidad de los servicios. En caso de enmiendas transitorias, las mismas deberán ser tenidas en consideración dentro de los términos de los acuerdos definitivos a que se arribe con las empresas concesionarias o licenciatarias.”

*autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones...”*

En este caso, como vemos, los contratos de concesión de obras públicas y concesión y licencia de servicio público, no solamente no están excluidos del régimen de emergencia o excepción (como sí lo estuvieron en el marco de la ley 25.344), sino que, por el contrario, son sus principales destinatarios, a los efectos de su continuidad.

## **2. 7. 2. Renegociación contractual y efectos sobre las concesiones vigentes**

Llegados a este punto, resulta necesario avanzar, aunque brevemente, en la definición o conceptualización de lo que puede jurídicamente entenderse por “renegociación” de contratos públicos.

En ese sentido, señala la doctrina nacional que: *“...la renegociación es un procedimiento de acuerdo de voluntades de carácter excepcional y que exige la concurrencia de determinados requisitos para que su procedencia sea factible para la Administración (...) No debemos perder de vista que el contrato renegociable es ya dinámico y cambiante conforme a los procedimientos y pautas que las partes han fijado al celebrar el de larga duración (...) No estamos de acuerdo con aquellos autores que consideran a la ‘renegociación’ como un mero acto de acuerdo de voluntades al que la Administración concurre cada vez que lo encuentra conveniente cual si se tratara de una actividad puramente discrecional de ella...”*<sup>48</sup>

Siendo por ello que: *“...La renegociación es un mecanismo extraordinario y de excepción por muchas razones de carácter fundamental y que merecen destacarse (...) Existen ocho elementos cuya presencia consideramos absolutamente necesaria para hacer procedente la renegociación del contrato público: a) la efectiva comprobación normativa de la existencia de los requisitos que hacen viable la aplicación de la denominada ‘teoría de la imprevisión’ más el carácter definitivo; b) la subsistencia actual*

---

<sup>48</sup> Pérez Hualde, Alejandro, “Renegociación de Contratos Públicos”, LexisNexis – Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, pág. 83 y 84.



*del fin público perseguido por el contrato objeto de la renegociación y de la calidad y eficiencia del servicio público; c) la existencia de una norma legal que determine el alcance de las materias susceptibles de renegociación; d) el respeto y acatamiento de los criterios normativos establecidos para la renegociación; e) el desequilibrio o quebrante del contrato debe ser integral del contrato; f) la celebración de un acuerdo de voluntades; g) el empleo de procedimientos que garanticen publicidad, transparencia y participación; h) inexistencia de incumplimientos del concesionario...<sup>49</sup>*

En función de ello, puede afirmarse que, conceptualmente, la renegociación de contratos públicos, o regidos por normas de derecho público, implica la excepcional posibilidad de “adecuar”, ante el significativo cambio de las condiciones o necesidades que dieran lugar a la celebración de un contrato administrativo, y mediante un acto legislativo expreso de autorización, especialmente en el caso de las concesiones de servicio público, las prestaciones y condiciones contractuales originalmente pactadas al nuevo marco económico, social o jurídico imperante.

Potestad que, siendo excepcional, sin embargo ha sido reconocida reiteradamente por la legislación y jurisprudencia nacionales; especialmente por la jurisprudencia provincial que ha establecido, como principio, la posibilidad de que el concedente de un servicio público pueda modificar o rescindir la concesión primitiva, cuando el mejoramiento o perfección del servicio lo exigiere, sin perjuicio de resolver la situación del concesionario, por razones de equidad, con indemnizaciones o bonificaciones justas, en el caso de que éstas legalmente correspondieran, siendo su fin velar por el interés y bienestar colectivo.<sup>50</sup>

En este sentido, por otra parte, es dable recordar que, a nivel nacional, ya se ha desarrollado un extenso proceso de renegociación de los contratos de concesión de servicios públicos celebrados por el Estado nacional con ocasión de la privatización de las empresas públicas que los prestaban, al amparo del régimen instituido por la ley 23.696.

---

<sup>49</sup> Pérez Hualde, Alejandro, “Renegociación de Contratos Públicos”, op., cit., pág. 86.

<sup>50</sup> SCBA, in re: “López Díaz v. Municipalidad de General Pueyrredón”, JA, 20-1006.

Proceso de renegociación que, sin embargo, tuvo su justificación en causas muy diversas a las que actualmente existen y que, por ello no puede, conceptualmente, ser reconocido como modelo para los presentes supuestos.

En efecto, dicho proceso fue convalidado jurisprudencialmente sobre la base de las argumentaciones aportadas oportunamente por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal<sup>51</sup>, y que podríamos aquí resumir estableciendo que, conceptualmente, la renegociación allí implicada necesitaba para justificar su validez la concurrencia de, al menos, los siguientes requisitos: a) la aparición de una necesidad general de mejoramiento del sistema concesionado, excediendo las previsiones contractuales originarias y sobreviniente a la contratación; b) un acuerdo de voluntades entre el Estado Nacional y los concesionarios; c) el replanteo de las metas oportunamente fijadas; d) la reformulación del contrato de concesión; e) la constancia de que los concesionarios han superado los índices de calidad exigidos en el contrato; y f) la confirmación de que la renegociación resulta oportuna y conveniente, en tanto permite la mejora del servicio sin afectación de la ecuación económica financiera pactada originariamente.

Argumentos que, reiteramos, si bien convalidan la base conceptual que respecto de la renegociación de contratos públicos se brindó anteriormente, y podrían servir, entonces, para comprender los alcances de una renegociación contractual para el caso de una concesión de servicio público, deben ser actualmente revisados en función de la diversa motivación que habilita ahora a la renegociación o reajuste de dichos contratos, y al alcance que ésta podrá tener.

El fin prioritario de la autorización para llevar a cabo la renegociación de estos contratos no está ahora centrado en el mejoramiento de la calidad de las prestaciones, sino, justamente, en garantizar la continuidad de las mismas, básicas desde el punto de vista eco-

---

<sup>51</sup> Ver especialmente, CNACAF, Sala II, causa 42338/99, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN- PEN -Dtos. 1416 - 1418 y 1419/99 s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 15/06/2000.

nómico y social, en el marco de una situación legalmente calificada como de emergencia.

En definitiva, la autorización a la administración para “renegociar” contratos administrativos, implica, en principio, el reconocimiento de una potestad estatal que va más allá o supera conceptualmente: a) al conocido “ius variandi”, como prerrogativa pública en la ejecución de un contrato administrativo, pues en este caso se tratará de la adecuación general del contrato, incluido el alcance o definición de su objeto; b) al “hecho del príncipe” como causa de fuerza mayor que impone un tipo de recomposición contractual o, en su defecto, la rescisión, sin culpa para las partes; y c) la aplicación de la teoría de la imprevisión y la correlativa recomposición contractual que ella supone o permite.

### **2. 7. 3. Contratos de concesión de obras y servicios públicos renegociados y aplicación del Decreto N°1023/2001**

Ahora bien, luego de establecer el alcance de la noción de renegociación contractual, debemos tratar de esclarecer si los contratos de obras y servicios públicos renegociados entran dentro de la órbita del Decreto N°1.023/2001.

Para lo cual es de vital importancia comprender si dichas renegociaciones implican verdaderas novaciones de las obligaciones contractuales originarias.

En efecto, y en ese sentido, debemos tomar en consideración que: *“...La revisión del contrato público implica introducir, a través de la renegociación o de la reconversión, modificaciones en los términos originales del mismo. Se producen variaciones que afectan a uno o más de los elementos del contrato, operando una verdadera ‘novación contractual’, pues sobre la base inicial de la voluntad contractual se reedifica un contrato revisado, modificado, renovado o reconvertido (...) Las obligaciones contractuales nacidas del contrato público anterior se extinguen, junto*

*con sus accesorios y accesorias. De modo tal que las obligaciones nacidas de la renegociación o reconversión sustituyen a las anteriores...*<sup>52</sup>

Como así también que: *“...En el marco de una renegociación o reconversión del contrato, los principios enunciados adquieren la dinámica propia de un reelaboración de común acuerdo entre los contratantes. Es decir, que se produce la continuidad de las ecuaciones del contrato si se entiende que subsiste la necesidad de interés público que lo determinó y que, por ende, se considera más valiosa su consecución más allá de las causales de rescisión o de rescate que pudieran existir. Ello justifica la novación contractual...”*<sup>53</sup>

Cabe señalar que, para otro sector de la doctrina nacional, sin embargo *“...En la ‘renegociación’ en principio no hay novación porque no se extingue la obligación; mientras que la novación es una de las formas de extinción de las obligaciones. Tal como lo aclara el art. 812, Cciv (...) En la ‘renegociación’ no hay extinción de la obligación, solo se modifican las prestaciones del contrato (...) Decimos que la diferencia sólo lo es ‘en principio’ porque distinto es el caso en que nos encontramos con la ‘novación impropia’ o ‘modificación no extintiva’ donde los cambios no transforman a la nueva obligación en totalmente incompatible con la anterior. En este caso, la semejanza con la ‘renegociación’ es evidente (...) El carácter público hace imposible jurídicamente una ‘renegociación’ que tuviera como resultado un contrato incompatible con aquél que se modifica a través de ese mecanismo, por ello, es importante, a los efectos interpretativos del contenido y alcance de la renegociación, este encuadramiento de novación impropia que presenta el instituto de la ‘renegociación’...”*<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Dromi, Roberto, “Renegociación y reconversión de los contratos públicos”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 139.

<sup>53</sup> Dromi, Roberto, “Renegociación y reconversión de los contratos públicos”, op. cit., pág. 140. Señalando, a su vez, este autor que para la aprobación de las renegociaciones se requerirá, en el orden nacional *“...según los casos, la intervención previa a la aprobación de la Auditoría General de la Nación, de la Procuración del Tesoro de la Nación, de la Sindicatura General de la Nación y de la Comisión Bicameral de Seguimiento de las Privatizaciones (...) En conclusión, el acto de aprobación de la revisión, renegociación y reconversión, resulta tan relevante como lo fuera para el perfeccionamiento del contrato original que ahora se revisa...”*, conf. op. cit., pág. 176.

<sup>54</sup> Pérez Hualde, Alejandro, “Renegociación de Contratos Públicos”, op. cit., pág. 49 y 50.

Para nosotros, la dinámica de las renegociaciones contractuales efectivamente desarrolladas en el marco de la ley 25.561 y sus normas reglamentarias, tiende a demostrar que, efectivamente, las partes acuerdan nuevas obligaciones, extinguiendo, por principio, todas aquellas obligaciones originalmente pactadas. Salvo que sean mantenidas o confirmadas expresamente en el “nuevo” contrato.

En definitiva, si bien el contrato renegociado debe mantener su esencia original (en cuanto a las partes, su objeto primario y principales obligaciones), lo que está claro es que el nuevo acuerdo implica un nuevo contrato que rige entre las partes (y con efectos sobre terceros) para el futuro.

Siendo esto así, creemos que constituyen, en los términos del Decreto N°1.023/2001, contrataciones autorizadas a partir de la fecha de su entrada en vigencia, lo que implica que el mismo les es enteramente aplicable como normativa general.

### **3. Reestatización de la prestación de servicios públicos privatizados**

Como efecto directo de la crisis de 2001-2002, se produjo, a nivel federal (y en muchas provincias), un proceso de transformación en la prestación de servicios públicos que estuvo marcado por las cuestiones que seguidamente abordaremos.<sup>55</sup>

En primer lugar, y tal como se adelantó, con el dictado de la ley de emergencia 25.561, se produjo una habilitación general para renegociar la totalidad de los contratos de concesión y licencia de obras y servicios públicos.

A partir de allí, se desarrollaría un extenso proceso de renegociación de los contratos de concesión de obras y servicios públicos que,

---

<sup>55</sup> Sobre el nuevo modelo de Estado empresario ver, en general: Mata, Ismael, “La intervención económica del Estado a través de sus empresas”, op., cit., pág. 357 y sig.

si bien en la mayoría de los casos llegaría a convalidar renegociaciones parciales de los mismos, no lograría salvar todas las concesiones otorgadas bajo el sistema de la ley 23.696.

En efecto, aún luego de renegociado el contrato de concesión, en varios casos se procedió a la rescisión del mismo.

En estos casos, el Estado nacional retomaría la prestación de los servicios públicos anteriormente concesionados a partir de diversas modalidades: a) creación de sociedades comerciales con mayoría de capital estatal (CORREO ARGENTINO; AYSA); b) asociación con otros prestadores privados bajo formas transitorias (UGOFE); o bien, c) provincialización de los servicios y derivación de su prestación a sociedades comerciales creadas en los respectivos ámbitos provinciales (caso de EDELAP; AUBASA).

Respecto a los contratos de concesión rescindidos, no se tuvo una política coherente o única, sino que, según los casos, se procedió a: 1) prorrogar transitoriamente su vigencia a efectos de la prestación del servicio por parte del nuevo prestador público (en el caso Aguas Bonaerenses S.A. con el contrato de Azurix S.A.; en el caso de las concesiones ferroviarias a cargo de UGOFE, esto se da por la vía de la firma del llamado “Acuerdo de Gerenciamiento Operativo de Emergencia para la Operación de los Servicios Ferroviarios Urbanos de Pasajeros”); 2) continuar la prestación del servicio sin contrato de concesión (Correo Argentino S.A.); 3) firmar nuevos contratos de concesión (entre el Estado y la sociedad estatal prestadora) de nuevos contratos de concesión (Agua y Saneamiento S.A.).-

Veamos algunos casos en particular.

### **3. 1. Correo argentino**

En principio, el contrato de concesión fue incluido en el proceso de renegociación contractual por medio del Decreto N°1534/2002.

Sin perjuicio de ello, el contrato de concesión será rescindido por medio de los Decretos N°1074 y N°1075/2003.<sup>56</sup>

Posteriormente, por medio del Decreto de Necesidad y Urgencia N°721/2004, se procede a la creación de una sociedad anónima a la que se encomendó la prestación del servicio bajo la premisa de que su actividad sería transitoria, hasta un nuevo llamado a licitación para volver a privatizar el servicio.<sup>57</sup>

### 3. 2. Aguas y Saneamiento SA

Con el antecedente claro de lo ocurrido en la provincia de Buenos Aires (creación e ABSA para dar continuidad a la concesión rescindida de Azurix), el Estado nacional rescindió el contrato a Aguas Argentinas S.A. y procedió a: 1) Crear AySA, como sociedad anónima, por medio de los Decretos N°303 y N°304 de 2006 y las leyes 26.100 y 26.221; 2)

---

<sup>56</sup> El Decreto 1075/2003, estableció: Art. 1°: “Rescídese, por culpa del Concesionario, el Contrato de Concesión suscripto entre el ESTADO NACIONAL y la empresa CORREO ARGENTINO S.A. por el cual se concedió el servicio oficial de correos, comprendiendo todos los servicios postales, monetarios y de telegrafía prestados oportunamente por ENCOTESA y los restantes servicios que la concesionaria estuviere habilitada a realizar, incluyendo el Servicio Postal Básico Universal, por las causales previstas en el numeral 30.1. a) y b) de dicho Contrato (...) Art. 2° — Reasúmese transitoriamente la operación del Servicio Oficial de Correo, comprendiendo todos los servicios a que alude el artículo anterior (...) Art. 8° — La UNIDAD ADMINISTRATIVA tendrá, entre otras, las siguientes atribuciones decisorias: ...b) Mantener las condiciones operativas del correo oficial, oportunamente pactadas en el contrato de concesión.”

<sup>57</sup> El Decreto 721/2004, establece: Art. 1° — “Dispónese la constitución de la sociedad CORREO OFICIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA SOCIEDAD ANONIMA, en la órbita de la SECRETARIA DE COMUNICACIONES del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS y hasta tanto se privatice, bajo el régimen de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales —t.o. 1984— y sus modificatorias, la que tendrá por objeto la prestación del Servicio Oficial de Correo, comprendiendo todos los servicios postales, monetarios y de telegrafía prestados oportunamente por ENCOTESA y los restantes servicios que la ex concesionaria CORREO ARGENTINO SOCIEDAD ANONIMA estuviere habilitada a realizar, incluyendo el Servicio Postal Básico Universal...”

Aprobar un nuevo marco regulatorio; 3) Crear un nuevo ente regulador; 4) Ordenar la firma de un nuevo contrato de concesión.<sup>58</sup>

### 3. 3. Concesiones ferroviarias

En lo que hace a las concesiones ferroviarias de transporte de pasajeros, se procedió a: 1) Renegociación de los contratos de concesión; 2) Rescisión de varios contratos de concesión por medio de los Decretos N°798/2004; N°591/2007; N°592/2007, N°793/12; 3) Prestación de los servicios por parte de UGOFE; 4) aprobación de un nuevo marco regulatorio, con la creación de ADIF y SOF, por medio de la ley 26.352.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> El Decreto 304/2006, establece: “Art. 1° Dispónese la constitución de la sociedad “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS SOCIEDAD ANONIMA”, en la órbita de la SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, bajo el régimen de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales —t.o. 1984— y sus modificatorias, la que tendrá por objeto la prestación del servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales del área atendida hasta el día de la fecha por Aguas Argentinas S.A (...) Art. 2° — El NOVENTA POR CIENTO (90%) del capital de la sociedad que se crea mediante el artículo precedente pertenecerá al ESTADO NACIONAL, ejerciendo dicha titularidad el MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS. El restante DIEZ POR CIENTO (10%) del capital social corresponderá a los ex trabajadores de Obras Sanitarias de la Nación adheridos al PROGRAMA DE PROPIEDAD PARTICIPADA en virtud del cual se incorporaron oportunamente como accionistas de la ex concesionaria Aguas Argentinas S.A., conforme al Anexo I del Decreto N° 1944/94. Art. 5° — Facúltase al señor Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios o al funcionario que éste designe (...) para suscribir bajo la aprobación de la asamblea de la sociedad el Convenio de Prestación Accesorias que formalice el aporte del servicio público de Provisión de aguas potable y desagües cloacales y la afectación de los bienes muebles e inmuebles necesarios a tal fin.”

<sup>59</sup> La Resolución 408/2004, establece: “Art. 1° Confórmase la UNIDAD DE GESTION OPERATIVA, que asumirá la operación de emergencia del servicio ferroviario correspondiente al Grupo de Servicios N° 5, hasta tanto se entregue la posesión de dicho servicio a la empresa que resulte adjudicataria del proceso licitatorio que se llevará a cabo para otorgar la concesión de la línea ferroviaria en cuestión, en virtud de lo establecido en el Artículo 4° del Decreto N° 798 de fecha 23 de junio de 2004.” Por su parte, en fecha 27 de octubre de 2004, fue suscripto el “Acuerdo de Gerenciamiento Operativo de Emergencia para la Operación de los Servicios Ferroviarios Urbanos de Pasajeros – Grupo de Servicios 5 - Línea SAN MARTIN”, entre la SECRETARIA DE TRANSPORTE del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS y la empresa UNIDAD DE GESTION OPERATIVA FERROVIARIA DE EMERGENCIA SOCIEDAD ANONIMA.



A lo cual se suma, ahora, aunque todavía no ha sido puesto en marcha, el esquema de “acceso abierto” de operadores ferroviarios (de cargas y pasajeros) a la red o infraestructura que se pondrá en manos del Estado nacional (ADIF S.E.), impuesto por la ley 27.132.

## 4. El modelo prestacional mixto

Con la sanción de la ley de emergencia 25.561, se inaugura una nueva etapa en la prestación de servicios públicos, dominada –a pesar de la propia ley- por la reestatización de muchos de los servicios que habían sido privatizados.

Nueva etapa que estará dominada, en primer lugar, por el desarrollo de conflictos propios del actual régimen constitucional del servicio público y su regulación en los ordenamientos públicos globales.

En efecto, tendremos varias consecuencias concretas:

1.- La vigencia de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de inversiones, con la prórroga de jurisdicción allí pactada a favor de tribunales arbitrales internacionales, implicará que los conflictos suscitados en el marco de la crisis económica y financiera del país, especialmente por la pesificación de las tarifas de servicios públicos, se trasladen fuera del país y sean resueltos bajo principios y parámetros propios –no ya del servicio y de los derechos de los usuarios- sino del derecho internacional del comercio.

2.- El Estado nacional propone, en gran medida como forma de resolver esos conflictos sin acudir a la rescisión de los contratos de concesión y licencia, un proceso de renegociación generalizada de dichos contratos.

3.- Por otra parte, y al producirse una amplia judicialización de los conflictos suscitados por la crisis del servicio público, dominada por la extensión de la legitimación a favor de los usuarios y por la defensa de sus intereses, se afianzará progresivamente la noción de que los derechos que el sistema constitucional les reconoce son derechos funda-

mentales, protegidos directamente por los Tratados internacionales de derechos humanos.

4.- Este fenómeno llevará, a su vez, a superar ampliamente la “contractualización” del régimen (y de las obligaciones y derechos de sus actores) que las privatizaciones habían impuesto como lógica central de la regulación del servicio.<sup>60</sup>

De esta manera, los derechos constitucionales reconocidos a los usuarios terminarán imponiéndose sobre los derechos legales y contractuales de los concesionarios o licenciatarios.

Lo que implica, también, que terminarán imponiéndose respecto al propio Estado concedente.

Como ejemplos de todo ello, podemos mencionar a: 1.- Tarifas (límites vinculados a su razonabilidad, a la emergencia económica, a la imposición de “cargos” tributarios y, en fin, a las “tarifas sociales”); 2.- Limitaciones a los cortes de servicio por falta de pago; 3.- Organización y prestación de servicios públicos por medio de empresas estatales; 4.- Responsabilidad de los entes reguladores por falta de control; 5.- Limitación de la potestad jurisdiccional de los entes reguladores; 6.- Participación de los usuarios, a través de audiencias públicas y del ejercicio del derecho al acceso a la información pública; 7.- Protección de la salud y seguridad de los usuarios; 8.- Afirmación del derecho de acceso al servicio público. Entre muchas otras cuestiones.

En todos los casos, puede observarse la tendencia a la regulación o resolución de conflictos vinculados a estas cuestiones por normas de fondo que establecen derechos y obligaciones para los actores del sistema servicial, más allá de lo que pueda establecer o no un contrato de concesión o licencia.

---

<sup>60</sup> Y cuyos ejemplos característicos son: por un lado, la limitación de la responsabilidad de los concesionarios (según la doctrina de la CSJN en la causa “Colavita”); y, por otro, la aceptación del derecho del concesionario a cortar el servicio (aún en el caso de servicios como la provisión de agua potable y cloacas) por falta de pago.

## 4. 1. El modelo prestacional mixto público y privado

Como consecuencia directa del proceso descrito, el Estado nacional (y las provincias) terminará reestatizando la prestación de muchos de los servicios públicos privatizados, y esto traerá aparejado la consolidación de un modelo prestacional mixto: público y privado. En régimen de exclusividad y competencia.<sup>61</sup>

En efecto, como ya hemos visto, esto ocurrió (a nivel nacional), con los servicios de: a) agua potable y saneamiento; b) transporte ferroviario de pasajeros; c) correos; etc.

Ahora bien, en algunos supuestos, como son los casos de los ferrocarriles y el correo, dicha reestatización es parcial ya que, en el primero aún permanecen prestadores privados en algunas líneas y, en el otro, por el régimen de desmonopolización impuesto, el concesionario estatal compete con licenciatarios privados.

El sistema prestacional mixto, pues, admite todas las soluciones posibles.

Por un lado, la existencia de prestadores en régimen de exclusividad, públicos (prestación directa por el Estado, a través de cualquier forma societaria, y bajo un contrato de concesión o no) o privados

---

<sup>61</sup> A nivel de los marcos regulatorios sectoriales, puede decirse que el Decreto N°878/03 (aprobatorio del marco regulatorio de la prestación de servicios de agua y cloacas para la Provincia de Buenos Aires y ratificado por la ley 13.154), es la norma que, luego de la crisis económica del año 2002, ha definido con más claridad conceptual el nuevo esquema prestacional mixto que venimos describiendo, al establecer, en su art. 3° que: *“Entidades Prestadoras: El servicio público sanitario podrá ser prestado por: 1) El Estado provincial como titular de los servicios. 2) Las Municipalidades titulares de los servicios por derecho propio o delegación convencional, mediante administración directa o por la constitución de un organismo descentralizado autárquico o participando en sociedades mixtas con capital estatal mayoritario o mediante un concesionario privado. 3) Personas jurídicas conforme a los requerimientos previstos en el presente Marco Regulatorio y en los que en cada caso establezca el Poder Concedente en las bases de acceso a la prestación del servicio, garantizando la debida competencia, debiendo ser aprobado por ley u ordenanza específica según corresponda. 4) Los Usuarios organizados jurídicamente como cooperativas de servicios públicos. Serán de aplicación a todas las entidades prestadoras del servicio público sanitario mencionadas en este artículo, las disposiciones de los artículos 35 y 36 del presente Marco Regulatorio, referidas a las obligaciones y atribuciones de los concesionarios.”*

(a través de concesionarios, licenciatarios o permisionarios en régimen de exclusividad).

Por otro, la existencia de prestadores en un régimen de competencia, tanto públicos como privados (como se da en el caso del servicio de correos y de telecomunicaciones).

La reestatización de los servicios traerá, a su vez, en algunos casos, la expresión de nuevos paradigmas en la regulación y prestación de los servicios. Ello puede apreciarse claramente en el caso del nuevo marco regulatorio para la provisión de agua potable y cloacas, y en el del servicio de transporte ferroviario de pasajeros.

En estos nuevos marcos regulatorios, aparecen como nuevos paradigmas del servicio: a) la defensa de los derechos de los usuarios; y b) el derecho de acceso a los servicios.<sup>62</sup>

Lo cual conllevará, también, el abandono gradual de la idea de sustentabilidad económica del servicio en su régimen tarifario.

El Estado tiende a subsidiar fuertemente las tarifas y, a su vez, a encargarse de las obras de expansión de los servicios.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> En efecto, la ley 26.352, del año 2008, que creó las Sociedades Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado y Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado, dispone en el TÍTULO I “FINALIDAD”, que: “ARTICULO 1° — *El objeto de esta ley es el reordenamiento de la actividad ferroviaria, ubicando como pieza clave de toda la acción, de los nuevos criterios de gestión y de rentabilidad, la consideración del usuario, conforme a las pautas que se fijan.*”

<sup>63</sup> Un claro ejemplo de ello, es el Decreto de Necesidad y Urgencia N°2075/2002, dictado en el marco de la ley 25.561, por medio del cual se declaró en estado de emergencia a la prestación de los servicios correspondientes al sistema público de transporte ferroviario de pasajeros de superficie y subterráneo del Área Metropolitana de Buenos Aires, y por cuyo art. 4 se estableció que: “*Con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público, cada concesionario deberá presentar ante la SECRETARÍA DE TRANSPORTE del MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN, dentro de los DIEZ (10) días corridos de publicado el presente decreto, para su aprobación por la Autoridad de Aplicación, un Programa de Emergencia de Obras y Trabajos Indispensables y de Prestación del Servicio, al que sujetará su funcionamiento durante la vigencia del presente decreto. La Autoridad de Aplicación considerará y en su caso aprobará los Programas de Emergencia presentados en un plazo no mayor de TREINTA (30) días. El financiamiento y pago de las obras y trabajos indispensables y de la prestación del servicio del Programa de Emergencia provendrá de los aportes presupuestarios, de los fondos recaudados en concepto de ingresos adicionales por tarifa destinados al Fondo de Inversiones constituido a partir de dichos ingresos y de otros aportes estatales. Los ingresos propios del concesionario seguirán destinados al financiamiento de actividades o aspectos vinculados exclusivamente*”

En efecto, se separan, nuevamente, las figuras de la obra pública (como expansión de la infraestructura) y de servicio público (operación y mantenimiento del servicio), anteriormente ligadas en la figura del concesionario.

Esta intervención económica directa del Estado (bajo la forma de subsidios a las tarifas o de aportes directos para la realización de obras de expansión), distorsionará fuertemente el régimen concesional aún subsistente.

Finalmente, debe apuntarse que, desde el punto de vista de las formas de delegación del servicio público, se registrarán algunos inconvenientes vinculados con la ausencia de nuevos contratos de concesión (o licencia) para muchos de los servicios reestatizados.

El Estado, de esta manera, o bien presta el servicio como concesionario pero sin contrato de concesión, o bien lo hace con el contrato de concesión rescindido. Situación que tiene un impacto negativo respecto de las obligaciones de cantidad y calidad de los servicios a cargo de prestadores públicos y de su debido control por parte de los Entes Reguladores.

A lo cual se agregan algunas inconsistencias que son producto, en lo sustancial, de que: 1.- Aún subsisten contratos de concesión otorgados bajo la vigencia de la ley 23.696, que no se ajustan, en muchas cuestiones, a la nueva lógica de los servicios; 2.- Salvo en algunos casos puntuales, no se han modificado los marcos regulatorios sectoriales dictados al amparo de la ley 23.696; y 3.- No se ha modificado el sistema de control por medio de entes reguladores.

---

*a la faz operativa de la prestación del servicio...*” Sobre este fenómeno, ver especialmente: Canosa, Armando N., “El nuevo desafío para los servicios públicos de transporte ferroviario”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 348, pág. 203 y sig., Buenos Aires, 2010.-

# El servicio público como derecho social en el cuarto modelo prestacional

## 1. Introducción

El cambio en el tratamiento constitucional del servicio público es profundo, sin que podamos, aun, conocer con certeza cuáles serán todas las consecuencias que el mismo tendrá. Para ello, es necesario que evolucione -de manera adecuada y sistemática- el régimen legal y reglamentario de aplicación.

Sin perjuicio de lo cual, podemos vislumbrar algunas de las primeras manifestaciones de un régimen jurídico que, hasta el momento, mostraba -a nivel nacional- una fisonomía distinta. Tanto en la discusión conceptual del servicio público como en su régimen jurídico a nivel nacional y provincial.

Conceptualmente, porque aparecerán en el horizonte algunas variaciones que vincularán las diferentes versiones de la noción tradicional de servicio público, a saber: a) servicios públicos generales; b) servicios

públicos económicos; c) servicios sociales; d) servicios universales; e) servicios esenciales.

Cada uno de ellos, con un ámbito de aplicación definido en función de su específica recepción.

Desde el punto de vista del régimen jurídico, tendremos varias cuestiones.

Las primeras, vinculadas a la interpretación y aplicación, por parte del Estado nacional, de la normativa que en la materia ingresa por medio del sistema de fuentes internacionales (Tratados de Derechos Humanos, de la Integración y del Derecho internacional del Comercio).

Las segundas, relativas a la introducción de variables regulatorias vinculadas con la concepción del servicio público como un derecho social: a) formas de organización y prestación; b) bienes afectados a la prestación; c) tarifas sociales; d) control y regulación del servicio; e) legitimación para accionar en la materia (acciones de clase); f) mínimos garantizados; entre otras cuestiones.

Todo ello, en definitiva, como marco normativo y conceptual de los derechos y garantías que específicamente ha incorporado nuestro régimen constitucional en los arts. 41, 42 y 43.

Como ya dijimos, en este marco constitucional, el usuario pasó de ser un sujeto afectado –en calidad de tercero respecto a los sujetos de la relación servicial (Estado titular y prestadores)- por una relación jurídica en la que no era reconocido como parte, a ser el sujeto central del régimen constitucional y legal, acreedor de específicos derechos y garantías que deben ser respetados, justamente, por los restantes sujetos del servicio.

Lo cual lo ubica en una situación particularizada y novedosa: no es parte de la relación jurídica que entablan el Estado (titular del servicio público) y el prestador (concesionario, licenciatario o permisionario), pero titulariza derechos y garantías (en su calidad de usuario actual o potencial) que aquellas partes se encuentran obligadas a respetar.

Esto ha llevado a sostener a Jorge Luis Salomoni, que el usuario, en nuestro sistema constitucional, se ha erigido en sujeto “co-titular” de la actividad servicio público.<sup>1</sup>

De esta manera, el Estado es titular de la actividad (es el sujeto al que el régimen constitucional le asigna el rol y las potestades correspondientes para poder reservar y, por ende excluir del mercado, una actividad económica al caracterizarla formalmente como servicio público) y el usuario es titular de derechos y garantías especificados por la propia Constitución nacional que, necesariamente, imponen un límite, y le exigen acciones positivas determinadas, al propio Estado y, por ende, a los prestadores (sean públicos o privados).

La titularización de derechos y garantías especificados por parte de los usuarios viene, pues, a limitar la discrecionalidad estatal en el ejercicio de las potestades que, en materia de organización, regulación y prestación de los servicios públicos, la propia Constitución nacional establece a favor del Estado nacional y de los Estados provinciales.

Es lo que Salomoni denominó “indisponibilidad” de los derechos y garantías establecidos a favor de los usuarios, por parte del legislador y administrador.

Como corolario de ello, el sistema obliga al legislador y al administrador a:

1.- Establecer y regular el servicio público: a.- Resguardando la salud, la seguridad y los intereses económicos de los usuarios, aún, en el último supuesto, por sobre los intereses de concesionarios y licenciatarios. b.- Garantizando una información adecuada y veraz, que implica

---

<sup>1</sup> “...Esta norma ha producido, en mi opinión, un profundo cambio de legitimidad en el sistema servicial y concesional administrativo, al introducir como sujeto determinante al usuario (...) La norma constitucional en análisis, como se vio, designa a un sujeto acreedor: el usuario, y dos a sujetos deudores solidariamente responsables: el prestador del servicio y el Estado (artículo 42, 2º párrafo C.N.) (...) Esta cualificación constitucional de los derechos del usuario pone en tela de juicio uno de los postulados sobre los que se asienta un sistema de derecho administrativo como el nuestro, como es, el de considerar a la Administración Pública vicaria de los intereses generales, ya que su co-titularización y ejercicio en este colectivo y para este caso concreto, puede desarticular tal postulado...” Salomoni, Jorge Luis, “El Concepto Actual de Servicio Público en la República Argentina”, op., cit.



la garantía de su participación plena, a través de las asociaciones de usuarios o individualmente, en cada una de las etapas en que se desarrolla el proceso de puesta en funcionamiento y prestación efectiva del servicio. c.- Garantizando la libertad de elección y las condiciones de trato digno y equitativo.

2.- Proteger y garantizar el derecho de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, y el control de los monopolios naturales y legales. Cuestiones, ambas, que implican, por una parte, reconocer la tendencia hacia la prestación de servicios en competencia y la liberalización de los mercados, pero también, por otra, la subordinación del derecho de la competencia a las necesidades del servicio público.

3.- Garantizar la calidad y eficiencia de los servicios públicos. Vinculada directamente con el establecimiento y verificación de las condiciones de regularidad en la prestación del servicio.

4.- Establecer procedimientos eficaces para la resolución de conflictos entre los sujetos intervinientes en la relación jurídica del servicio.

5.- Dictar, a través de leyes formales, los marcos regulatorios de los servicios públicos, en un todo de acuerdo a las directivas antes mencionadas.

6.- Establecer los órganos de control de los servicios públicos, garantizando la participación de las asociaciones de usuarios y de las provincias interesadas en dichos entes.

## **2. El servicio público como derecho social. Alcances conceptuales y regulatorios**

En función de todo ello, debemos enfatizar el doble alcance que implica la caracterización del servicio público como derecho social, y sus consecuencias: a) una primera, amplia, que vincula –a través del servicio público- a los particulares con el Estado, en tanto habi-

tantes que tienen reconocidos el derecho de acceso al consumo de bienes vinculados a la satisfacción de necesidades básicas; y b) una segunda, más estricta, que vincula a los particulares con el Estado en el marco de una “relación de consumo”, tal como la denomina el art. 42 de la Constitución nacional, como usuarios de un servicio público económico.

## **2. 1. La universalidad de los derechos sociales y el servicio público**

Hemos abordado en apartados anteriores las discusiones existentes, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, en torno al alcance de los derechos sociales (por oposición a los derechos denominados de primera generación) en relación con su operatividad, exigibilidad, justiciabilidad, límites, progresividad, etc.

En este marco, los derechos sociales se instalan en el centro de la discusión del servicio público, entendido, ahora, como derecho y garantía.

En función de lo cual, debe verse e interpretarse a las normas incluidas en los arts. 41, 42, 43, 75, incs. 18, 19, 22 y 23, de la Constitución nacional, como un verdadero sistema.

Destacándose, dentro de este sistema, a los principios de: a) desarrollo económico sustentable; b) utilización racional de los recursos naturales; c) sustentabilidad social; d) trato equitativo y digno; e) igualdad y no discriminación; f) derecho a la protección de los intereses económicos de los usuarios de bienes y servicios públicos.

## **2. 2. Consumidores y usuarios y relación de consumo**

La figura del usuario reconocido como sujeto de derechos y garantías en la Constitución nacional es asumida por toda persona a la cual el Estado (sea por sí o indirectamente a través de un prestador priva-

do) debe asegurarle, bajo determinadas condiciones, la prestación de un servicio público.<sup>2</sup>

El servicio público, como actividad estatal debida a los usuarios, es receptado en una concepción amplia, incluyendo tanto a los servicios públicos sociales (salud, en general; atención hospitalaria; medicamentos; educación; etc.) como al servicio público económico (incluyendo a los prestados en competencia).<sup>3</sup>

La relación de consumo reconocida en el art. 42 de la Constitución nacional abarca tres ámbitos distintos: a) relaciones de consumo reguladas por el derecho privado en sentido estricto (entre particulares y respecto de bienes privados); b) relaciones de consumo de servicios sociales; y c) relaciones de consumo de servicios públicos económicos.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Sobre la definición de “usuario” y su vinculación con las de “consumidor” y “cliente”, ver: Muratorio, Jorge I., “La situación jurídica del usuario del servicio público. Participación en el control. La tutela administrativa y jurisdiccional”, en “Servicio público, policía y fomento”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 299 y sig. Asimismo, y en relación directa con los ordenamientos internacionales de Derechos Humanos, ver: Said, José Luis, “El usuario como sujeto del régimen jurídico del servicio público”, en AAVV, XXXII Jornadas nacionales de Derecho Administrativo, AADA, Revista RAP N°348, Buenos Aires, 2007, pág. 187 y sig.

<sup>3</sup> La Corte Suprema nacional ha señalado que: “...la relación de consumo (...) abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados (...) De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en la situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes...” CSJN, in re: “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 06/03/2007. En relación a la imposibilidad de reconocer límites meramente contractuales a los contenidos mínimos previstos para la satisfacción de derechos básicos como la salud, la Corte Suprema nacional ha señalado que: “...no debe olvidarse que si bien la actividad que asumen pueda representar determinados rasgos mercantiles “en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v. arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios”, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o, como ocurre en el sub-lite, invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley (v. doctrina de Fallos: 324:677), so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. doctrina de Fallos: 324: 677)...” CSJN, in re: “Cambio Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, sentencia del 28/08/2007, Fallos: 330: 3725.

<sup>4</sup> En efecto, se ha señalado que el vínculo entre prestador y usuario de un servicio público “...conforma una relación de consumo de acuerdo al derecho vigente, en consonancia con

La relación de consumo no implica necesariamente –en los términos y con el alcance que le ha dado el art. 42 de la Constitución nacional- relaciones contractuales, sea que éstas estén regidas por el derecho privado o público.<sup>5</sup> Es decir que tiene la aptitud de abarcar tanto relaciones contractuales en sentido estricto, como relaciones reglamentarias, más propias del Derecho público.<sup>6</sup>

El usuario de servicios públicos es reconocido como sujeto de derechos y garantías especificadas a través de las normas incorporadas en los arts. 41, 42, 43 y 75, incs. 18, 19, 22 y 23 de la Constitución nacional, y el sistema protectorio de la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial, bajo la premisa fundamental de que, tal como ha sostenido la Corte Suprema nacional: “...son sujetos particularmente

---

*lo establecido en la ley 24.240, que alcanzó la máxima jerarquía al quedar incorporado al art. 42 de nuestra Carta Magna, con la reforma constitucional de 1994...”* del voto del juez Zaffaroni, concurrente con la mayoría, en la sentencia dictada por la CSJN, in re: “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y/u otros”, en fecha 7 de noviembre de 2006.

<sup>5</sup> El art. 1 de la ley de Defensa del Consumidor N°24.240, conforme la redacción dada por el Código Civil y Comercial de la Nación, establece: “*Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*”

<sup>6</sup> Lorenzetti ha señalado la importancia de la definición legal de la relación de consumo para que “...abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica de mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor, debe comprender todas las soluciones posibles...”, Lorenzetti, Ricardo L., “Consumidores”, 2da. Edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 74.- Añadiendo en el comentario al art. 1092 del Código Civil y Comercial que: “...el Derecho del Consumidor regula situaciones que se desarrollan tanto en el marco del contrato de consumo como fuera del mismo, por lo que una noción acotada de al relación de consumo dejaría sin poder considerar supuestos expresamente contemplados por la legislación. Pero en todo caso, teniendo su fundamento principal en la normativa constitucional, esta amplitud de criterio es la que mejor se adecua a una correcta hermenéutica...”, Lorenzetti, Ricardo L. (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VI, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 230 y 231.

*vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial...<sup>7</sup>*

De esta manera, dichas normas, sistemáticamente consideradas, reconocen, en lo que aquí interesa, un doble orden de derechos y garantías:

1.- Para todos los habitantes, en su calidad de usuarios (actuales o potenciales) de servicios sociales (prestados tanto por el Estado como por particulares)<sup>8</sup>; estableciendo como derechos y garantías básicas las de: a) derecho de acceso al consumo de bienes y servicios esenciales; b) derecho al trato equitativo y digno; c) derecho a la salud; d) derecho a la seguridad<sup>9</sup>; e) derecho a la protección de sus intereses económicos<sup>10</sup>; f) a la educación para el consumo; g) derecho a la información adecuada y veraz.

---

<sup>7</sup> CSJN, in re: “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, sentencia del 22/04/2008. Se ha señalado a este respecto que: “...*La defensa del consumidor se abre en dos campos: el de los derechos patrimoniales –la seguridad de no sufrir ningún daño; los intereses económicos; la libertad de elección; el trato equitativo y digno; la mayor protección cuando en la relación de consumo se constituya en la parte más débil- y el de los derechos personales –la protección de la salud y la seguridad de no sufrir menoscabo en aquella o en la vida-. Por otra parte, el derecho a una información adecuada y veraz resguarda –como la seguridad- tanto los derechos patrimoniales como los personales, a la vida y a la salud...”, Conf. Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 465.*

<sup>8</sup> En relación con la categoría de “usuario potencial” y su recepción en nuestro régimen jurídico nacional, ver: Muratorio, Jorge I., “La situación jurídica del usuario de servicios públicos”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006, pág. 297 y sig.

<sup>9</sup> La Corte Suprema nacional ha establecido que: “...*el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales. (...) no cabe interpretar que la protección de la seguridad –prevista en el art. 42 de la Constitución Nacional- tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares...*” CSJN, in re: “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 06/03/2007. Doctrina ampliada, tal como luego veremos, en los casos: “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, sentencia del 22/04/2008; “Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros”, sentencia del 09/03/2010; “Montaña, Jorge Luis c/ Transportes Metropolitanos General San Martín s/daños y perjuicios”, sentencia del 03/05/2012, Fallos: 335: 527.

<sup>10</sup> “...*En tanto la protección de los intereses económicos de los usuarios tiene resguardo constitucional, ante la ausencia de norma con rango de ley que limite la reparación de los daños causados por las distribuidoras de energía eléctrica a sus usuarios, no cabe restringir su alcance por vía reglamentaria o contractual, reduciéndola al costo estimado*

El derecho a la salud, en este caso, tiene un doble alcance: a) por un lado, se manifiesta en el derecho a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, a su preservación, y a la utilización racional de los recursos naturales (art. 41 de la Constitución nacional) y los derechos vinculados con el desarrollo humano, el progreso económico con justicia social (art. 75, inc. 19, de la Constitución nacional); y b) por otro, en sentido estricto, en el derecho a la protección de la vida y la salud de los usuarios en la relación de consumo, con el alcance establecido, a su vez, en los Tratados internacionales de Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad.<sup>11</sup>

En cuanto a las garantías, debe señalarse que el art. 43 de la Constitución nacional prevé que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley, la cual

---

*del producto no suministrado...”, Del voto en disidencia parcial del Dr. E. Raúl Zaffaroni que remite al Dictamen de la Procuración General, CSJN, in re: “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750- 002119/96);”, sentencia del 05/04/2005, Fallos: 328: 651.-*

<sup>11</sup> En efecto, ello es lo que ha establecido la Corte Suprema al señalar que: “...a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22. En este sentido, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. El art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. El art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que entre las medidas que los estados partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deberían figurar la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inc. c) y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad...” CSJN, in re: “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16986”, sentencia del 01/06/2000, Fallos: 323: 1339.-

puede incluir cuestiones vinculadas con cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general. Estando legitimados para interponerla: a) el afectado; b) el defensor del pueblo; y c) las asociaciones que propendan a esos fines.<sup>12</sup>

A dicha acción, se sumará, asimismo, lo previsto en los arts. 52 a 54 de la ley de Defensa del consumidor, que han sido consideradas complementarias de lo normado por el art. 43 de la Constitución nacional.<sup>13</sup>

2.- Para todos los habitantes, en su calidad de usuarios (actuales o potenciales) de un servicio público económico (prestado por el Estado o por particulares), de manera monopólica o en competencia; esta-

---

<sup>12</sup> En relación con la interpretación y alcance de las garantías procesales previstas en los arts. 42 y 43 de la Constitución nacional, ver especialmente: CSJN, in re: “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Trenes de Buenos Aires (TBA) y otro s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24 de junio de 2014, voto del Juez Fayt, concurrente con la mayoría.

<sup>13</sup> En efecto, la Corte Suprema nacional ha destacado que: “...a partir de las modificaciones introducidas en el año 2008, la Ley de Defensa del Consumidor admite la posibilidad de que por vía de una acción colectiva puedan introducirse planteos como el que en autos se formula. En efecto, sólo de esta forma puede explicarse que el legislador, al regular las “acciones de incidencia colectiva”, haya expresamente contemplado un procedimiento para hacer efectivas las sentencias que condenen al pago o restitución de sumas de dinero. Tal intención se advierte en el artículo 54 del precepto, que prevé para este tipo de procesos que “...Si la cuestión tuviese contenido patrimonial [la sentencia] establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para la determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado...”, voto de la mayoría, CSJN, in re: “PADEC c. Swiss Medical S.A.”, sentencia del 21/08/2013. Como, asimismo, que: “...la circunstancia de que la actora haya demandado por la vía prevista en los arts. 52, 53 y 54 de la ley 24.240, no constituye un óbice para la aplicación de este precepto, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo (ver sentencia del 22 de abril de 1997 en la causa A. 95. XXX “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción declarativa” y sus citas). En efecto, aquélla también constituye un procedimiento abreviado, tendiente a evitar que se consume la violación de derechos y garantías constitucionales, concretamente de los derechos de los usuarios y consumidores previstos en el art. 42 de la Constitución...” del voto del Juez Petracchi, concurrente con la mayoría, voto de la mayoría, CSJN, in re: “PADEC c. Swiss Medical S.A.”, sentencia del 21/08/2013.

bleciendo como derechos y garantías adicionales los de: a) libertad de elección; b) defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; c) control de los monopolios naturales y legales; d) derecho a la calidad y eficiencia los servicios; e) derecho constituir a asociaciones de consumidores y de usuarios; f) derecho a participar en los organismos de control.

De esta manera, el art. 42 de la Constitución nacional reconoce, para los usuarios de servicios públicos económicos (en los cuales, a diferencia de lo que ocurre con los servicios sociales, el usuario retribuye el servicio por medio de tarifas, es decir, paga por lo que consume<sup>14</sup>) un plus de derechos y garantías específicos vinculados, fundamentalmente, con aquello que será el contenido de los “marcos regulatorios” nacionales, a saber: a) las condiciones de acceso y permanencia al servicio; b) la regulación de la cantidad y calidad mínimos de servicio; c) las modalidades de su organización y prestación (en mercados monopólicos o competitivos); d) su precio; e) su control, etc.

## **2. 3. Principios generales de interpretación y aplicación de los derechos y garantías de los usuarios**

Los derechos y garantías consagrados por el juego de los arts. 41, 42, 43 y 75, incs. 18, 19, 22 y 23, deben, a su vez, interpretarse y aplicarse de conformidad con los siguientes principios generales:

---

<sup>14</sup> La Corte Suprema nacional ha tenido especialmente en cuenta esta cuestión al sostener que: “...el usuario abona una suma de dinero, que percibe el concesionario, por el uso del corredor vial concesionado (...) la contraprestación, por el pago que se realiza, reviste la entidad de un servicio...” Contraprestación que “...constituye el antecedente que posibilita encaminar la relación entre ésta y el usuario, de forma que permite establecer su real naturaleza...” del voto del juez Zaffaroni, concurrente con la mayoría, en la sentencia dictada por la CSJN, in re: “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros”, en fecha 7 de noviembre de 2006.



### 2. 3. 1. Igualdad y no discriminación

El derecho al tratamiento en condiciones de igualdad y no discriminación (conforme su actual recepción constitucional, arts. 16 y, por vía del art. 75, incs. 22 y 23, lo normado en los arts. 1, 2, 24 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), constituye el principio cardinal que informará la interpretación de los derechos y garantías especificados a favor de los usuarios de servicios públicos.

El principio de no discriminación, por su parte, está expresamente receptado en el art. 43 de la Constitución nacional, como causal específica que habilita a la acción de amparo, tanto individual como colectiva, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, los derechos de los usuarios de servicios públicos.

Como, asimismo, en los arts. 1097 y 1098 del Código Civil y Comercial.<sup>15</sup>

### 2. 3. 2. Interpretación más favorable al usuario e interpretación contra el “estipulante”

El principio de la interpretación más favorable al usuario tiene dos niveles de recepción: a) uno constitucional, en el marco de lo dispuesto por el art. 42 y –por vía del art. 75, inc. 22- en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y b) uno legal, en el marco de la ley de Defensa del consumidor y el Código Civil y Comercial.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> El art. 1097 establece: “*Trato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.*” Y el art. 1098: “*Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.*”

<sup>16</sup> En relación con el principio de interpretación más favorable al usuario, la Corte Suprema nacional ha sostenido, en primer término, que: “...el vínculo que se establece entre el concesionario de las rutas y los usuarios de las mismas debe calificarse como una

La Ley de Defensa del Consumidor recoge el principio de la interpretación más favorable al usuario en su art. 3.<sup>17</sup> Y el Código Civil y Comercial en sus arts. 1094 y 1095.<sup>18</sup>

A su vez, en directa vinculación con esto, aparece el principio de interpretación contra el “estipulante”.

El contrato de consumo se asimila a un contrato de “adhesión”, en tanto implica básicamente una contratación efectuada con “cláusulas

---

*relación de consumo conforme al derecho vigente en la actualidad. En efecto, a quien transita por la ruta previo pago de peaje le son aplicables (en su condición de usuario) los principios in dubio pro consumidor, el deber de información y demás pautas contempladas por el art. 42 de la Constitución Nacional y por la ley 24.240...*” Del voto de la jueza Highton de Nolasco, concurrente con la mayoría, en la sentencia dictada por la CSJN, in re: “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros”, en fecha 7 de noviembre de 2006. Como, asimismo, que: “...Esta última circunstancia (la adhesión a cláusulas predisuestas de una empresa y la existencia de un servicio prestado para un consumidor final) indica que debe darse tanto a la ley cuya interpretación se discute como al contrato que vincula a las partes, entre todos los sentidos posibles, el que favorezca al consumidor de conformidad con el art. 42 de la Constitución Nacional y los arts. 3 y 37 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (v. Fallos: 324:677)...” CSJN, in re: “Cambio Pères de Nealón, Celia María Ana y otros c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, sentencia del 28/08/2007, Fallos: 330: 3725.

<sup>17</sup> El art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor establece: “*Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor...*”

<sup>18</sup> El art. 1094 establece: “*Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.*” Y el art. 1095: “*Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.*” En relación con esto, se ha señalado que: “...La aplicación de las normas que regulan los vínculos entre consumidores y proveedores debe hacerse priorizando la protección del consumidor y el acceso al consumo sustentable, ya que éste es el sentido que emana de la normativa constitucional, fuente del microsistema consumerista. El Código recoge esta orientación dejando constancia, además, de que en función del rango jerárquico de la protección del consumidor en este ordenamiento siempre prevalecerá la solución más favorable para éste cuando existan conflictos sobre las normas a aplicar...”, Lorenzetti, Ricardo L. (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VI, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 237.

predispuestas”, en función de que “...la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes...”<sup>19</sup>

Característica que, en caso de duda o interpretación conflictiva de alguna cláusula, activa el principio de “interpretación contra el estipulante”.

En efecto, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema nacional: “...en los casos de contratos con cláusulas predispuestas cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultades para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente, en caso de duda debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con aquel o contra el autor de las cláusulas uniformes...”<sup>20</sup>

Todo lo cual vino a ser reconocido en el Código Civil y Comercial, en tanto el régimen de los “Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas” (arts. 984 a 989), resulta de aplicación a los contratos de consumo, conforme lo dispuesto por el art. 1117, con las limitaciones del art. 1121.<sup>21</sup>

### 2. 3. 3. Buena fe

El principio de buena fe proyecta sus efectos, en particular, en las relaciones entre prestadores y usuarios, en lo que hace a la interpre-

---

<sup>19</sup> Lorenzetti, Ricardo, “Tratado de los Contratos. Parte General”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 681.

<sup>20</sup> CSJN, in re: “Peña de Marqués de Iraola, Jacoba María c/ Asociación Civil Hospital Alemán”, sentencia del 16/04/2002.

<sup>21</sup> El art. 1117 establece: “Normas aplicables. Se aplican en este Capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes.” Y el art. 1121: “Límites. No pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.” En relación con esta última norma, se ha señalado que: “...Aunque no se lo diga expresamente –por no resultar necesario-, va de suyo que las exclusiones de normas legales imperativas actuarán en la medida que no resulten inconstitucionales, por violentar los estándares de protección razonable de los consumidores. El propio Código habilita a esa lectura, al afirmar la ‘constitucionalización del derecho privado’ en sus artículos 1º y 2º, lo que en este caso supone atender en las relaciones de consumo a los estándares emergentes del artículo 42 de la Constitución Nacional...”, Lorenzetti, Ricardo L. (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VI, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 310 y 311.

tación de las obligaciones y los derechos que surjan, entre ellos, en la relación de consumo.<sup>22</sup>

En igual sentido, el principio de la buena fe en el ejercicio del comercio (lealtad comercial), fue reconocido como instrumento de defensa de los derechos de los usuarios y calificado expresamente como tributario del art. 42 de la Constitución nacional.<sup>23</sup>

### 2. 3. 4. Contenido mínimo de las prestaciones y “accesibilidad”

El contenido mínimo de las prestaciones que debe asegurar el Estado surge, también, en dos ámbitos: a) uno, general, tendiente a asegurar el goce de bienes primarios con un contenido mínimo<sup>24</sup>; y b) otro,

---

<sup>22</sup> En lo que hace a los principios generales que informan la interpretación y aplicación de los contratos, se ha señalado que, en la relación de consumo entre prestador y usuario, es fundamental el principio de buena fe, en el sentido de que: “...el principio de la buena fe reviste particular relevancia, en tanto la consecución modal está dirigida a plasmar, materialmente, las expectativas legítimas objetivamente suscitadas, en un marco de razonabilidad consecuente al deber del usuario de conducirse en correspondencia con el uso normal y previsible que concierne a la naturaleza del servicio en cuestión (...) 15) Que esas expectativas, así configuradas, en la materia que se trata, se corresponden con la prestación del servicio, a cargo del concesionario, en términos tales que mantenga indemne la integridad física y patrimonial del usuario, pues en esa consecución éste ha depositado su confianza, la cual estriba en el tránsito por la vía concesionada sin riesgo alguno para dichos bienes.” del voto del juez Zaffaroni, concurrente con la mayoría, en la sentencia dictada por la CSJN, in re: “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros”, en fecha 7 de noviembre de 2006.-

<sup>23</sup> CSJN, in re: “Cencosud S.A. s/ ley 22.802 c/ Sec. de Ind. y Comercio expte. 064-2509/97”, compartiendo el Dictamen del Procurador de fecha 26 de octubre de 2000.

<sup>24</sup> La garantía del contenido mínimo de los derechos fundamentales ha sido perfilada por la Corte Suprema al señalar que: “...los derechos vinculados al acceso a prestaciones de salud integrales no pueden ser meramente declarativos, porque su goce efectivo es lo que permite a una persona desplegar plenamente su valor eminente como agente moral autónomo, base de la dignidad humana que esta Corte debe proteger (...) La protección de los ciudadanos es un asunto fundamental para el funcionamiento del estado de derecho, y ella está estrechamente relacionada con el goce de bienes primarios con un contenido mínimo. Llamar ciudadano a quien no tiene trabajo, vivienda o prestaciones básicas de salud constituye una afrenta, ya que quien se ve privado de ellos queda excluido, condenado al ostracismo social (...) Esta garantía incumbe al Estado, quien debe ocuparse de la efectividad de ese derecho con acciones positivas, “sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades

particular, vinculado con las condiciones de regularidad (mínimos de cantidad y calidad) del servicio público que deben ser garantizados a través de los marcos regulatorios.

Todo lo cual, a su vez, redundará en el principio de “accesibilidad” al servicio público, que debe guiar su regulación y prestación.<sup>25</sup>

### **2. 3. 5. La realización de “acciones positivas” por parte del Estado**

Tal como lo hemos visto, conforme lo establecido en los Tratados de Derechos Humanos incorporados al sistema de fuentes por vía del art. 75, inc. 22, y lo normado en el art. 75, inc. 23, al el Estado debe garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en el plexo constitucional (especialmente, aunque no únicamente, los derechos sociales), a través de acciones positivas.<sup>26</sup> De lo cual derivará la exigencia de

---

*de la llamada medicina prepaga” (Fallos: 323: 3229)...” voto del juez Lorenzetti, CSJN, in re: “Cambio Pères de Nealón, Celia María Ana y otros c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, sentencia del 28/08/2007, Fallos: 330: 3725. Por su parte, la propia Corte Suprema ha señalado, en relación con el art. 42 de la Constitución nacional, que: “...Dicha cláusula, cabe destacar, revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables (Fallos: 331: 819), y garantizar un estándar mínimo de calidad que todo servicio público debe cumplir (...). Al respecto, el Tribunal ha sostenido que quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales y muy especialmente en el caso de las prestaciones... (Fallos: 329: 4741, voto del juez Lorenzetti)...” CSJN, in re: “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN –M° V E Inf. –Sec. Transporte –Dto. 104/01 y otros s/ amp. proc. Sumarísimo (art. 321, inc. 2°, CPCC)”, sentencia del 24 de junio de 2014. Ver, asimismo, y en relación con los derechos sociales: CSJN, in re: “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia del 24/04/2012.*

<sup>25</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil II – Sala B, in re: “Bustos, Rebeca Andrea y otro c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo colectivo”, Expte. N° 21060/2016, sentencia del 4 de julio de 2016.

<sup>26</sup> Sobre la integración conceptual de la “acción positiva” prevista en el art. 75, inc. 23, y el art. 42 de la Constitución nacional, ver: CSJN, in re: “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16986”, sentencia del 01/06/2000, Fallos: 323: 1339. Ver, asimismo, CSJN, in re: “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios”, sentencia del 17/05/2005; CSJN, in re: “Cambio Pères de Nealón, Celia María Ana y otros c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, sentencia del 28/08/2007, Fallos: 330: 3725; y

intervención pública ante hechos o circunstancias que razonablemente impidan a los prestadores (públicos o privados) dar adecuada satisfacción a las demandas de los usuarios (como, por ejemplo, a través de la financiación de obras públicas, la intervención a través de subsidios o subvenciones, etc.)

### 2. 3. 6. El principio de la “confianza legítima”

El principio general de la “confianza legítima”, ha tenido expresa recepción jurisprudencial a efectos de la interpretación de los derechos y obligaciones de prestadores y usuarios en la relación de consumo.<sup>27</sup>

### 2. 3. 7. Responsabilidad del prestador

En relación con la cuestión de la asunción de responsabilidad por los daños que cause la irregular prestación del servicio, se ha dado una evolución en dos planos.

En primer lugar, se ha avanzado en la superación de la tradicional doctrina de la Corte en la cual se consideraba que la prestación de determinados servicios públicos generales como el de salud o seguridad (sobre la base de un deber jurídico de obligaciones indeterminadas), no podía ser fuente de responsabilidad estatal.<sup>28</sup>

---

“Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia del 24/04/2012, entre muchos otros.

<sup>27</sup> Sobre la vigencia del principio de la confianza legítima en materia de relaciones de consumo y, en particular, en el caso de los usuarios de servicios públicos, ver: CSJN, in re: “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 06/03/2007; y la doctrina desarrollada en los casos: “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, sentencia del 22/04/2008; “Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros”, sentencia del 09/03/2010; entre otros.

<sup>28</sup> En este sentido, se afirmó tradicionalmente que: “...En este caso no existe un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente, como ocurriría si hubiera existido una relación con el Estado contratado para brindar el servicio en forma específica. Se trata en cambio, de un deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos quienes, en consecuencia, no tienen un derecho subjetivo, sino un interés legítimo subjetivamente indiferenciado a la seguridad...” CSJN, in re: “Mosca,

Por otro, se ha afirmado la responsabilidad de los prestadores de servicios públicos económicos, superando una primera interpretación restrictiva de la Corte Suprema nacional, basada en limitaciones de limitaciones de orden contractual, a favor de un sistema de responsabilidad plena de los prestadores sobre la base del plexo normativo constitucional (art. 42 de la Constitución nacional) y legal (ley de Defensa del consumidor).<sup>29</sup>

---

Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 06/03/2007, y sus citas. Por su parte, en la causa “Colavita”, la Corte Suprema había afirmado que: “...respecto de la responsabilidad que pretende endilgarse al Estado provincial, forzoso es concluir que tampoco cabe atribuírsela a la demandada, quien no puede asumir frente al usuario -por la delegación de funciones propia de la concesión- derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente, conclusión particularmente válida si se advierte que -conforme a los términos pactados- las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito debían ser ejercidas por la autoridad pública (conf. Reglamento de Explotación. Título segundo. Conservación y Policía; art. 29. Vigilancia) (...) al margen de ello, no surge del contrato de concesión que la demandada hubiese asumido obligaciones vinculadas con el hecho que motiva la presente acción, y cuyo incumplimiento pudiese generar su consiguiente responsabilidad (conf. art. 21 del Reglamento de Explotación). En efecto, si bien Concesionaria Vial del Sur S.A. se encontraba obligada en términos genéricos “a facilitar la circulación por el camino en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino” (Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales y de Precalificación. Título II. art. 6.1 y art. 25 del Reglamento de Explotación), dicha estipulación debe ser interpretada en el contexto de las obligaciones propias del ente concesionario en orden a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido (Título III, pliego citado), enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas, y a la oferta de servicios auxiliares al usuario (...) de este modo, no resulta admisible extender la responsabilidad del concesionario más allá de tales obligaciones -inherentes al estado de la ruta misma...” CSJN, in re: “Colavita, Salvador y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 07/03/2000.-

<sup>29</sup> La Corte Suprema nacional ha sentado doctrina en las causas: “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ VICOV S.A. s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329:646 y “Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.C.V. s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329:695, ambos del 21 de marzo de 2006, votos del juez Lorenzetti; “Basualdo, Argentino René c/ Empresa Virgen de Itatí C.O.V.S.A. (VICOV S.A.) y/o quien resulte propietario y/o responsable s/ daños y perjuicios”, voto del juez Lorenzetti, del 28 de marzo de 2006, Fallos: 329:879, y en la causa originaria B.606.XXIV “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ provincia de Buenos Aires y Camino del Atlántico y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios”, del 7 de noviembre de 2006, voto de la mayoría, Fallos: 329:4944, en el sentido de que: “...el vínculo que une al que contrata o usa el servicio con el concesionario vial, es una típica relación de consumo regida por la

Finalmente, se han establecido las bases sobre las cuales hacer responsable al Estado por la omisión en el control de las condiciones de prestación de los servicios públicos.

## 2. 4. El rol del Estado en la defensa de los derechos de los usuarios de servicios públicos

La inclusión de estos derechos y garantías especificados para los usuarios (actuales o potenciales) de servicios públicos sociales o económicos impone al Estado una serie de deberes y obligaciones que implican que su rol en la materia no pueda ser neutral.

El Estado, en efecto, no puede actuar como un mediador entre los actores del servicio público (prestadores, usuarios, autoridades de control).

---

*ley 24.240, por la cual el último asume, no una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio, calificación jurídica esta última que importa asignarle un deber de seguridad, de origen legal e integrado a la relación contractual, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles según el curso normal y ordinario de las cosas (...) la previsibilidad exigible al concesionario se debe juzgar también teniendo en cuenta la carga de autoinformación que pesa sobre él (...) y el deber de transmitir la correspondiente información al usuario de modo oportuno y eficaz...” Voto del juez Lorenzetti, CSJN, in re: “Gómez, Mario Félix c/ VICOV S.A. y/o responsable s/ daños y perjuicios”, sentencia del 17/03/2009; el juez Zaffaroni, por su parte, bajo los mismos principios normativos, entiende que: “...la concesionaria asume una obligación objetiva de seguridad, frente a la cual es deber del usuario conducirse en correspondencia con el uso normal y previsible que concierne a la naturaleza del servicio prestado por aquella. Este servicio debe prestarse de modo que el tránsito por la vía concesionada se desarrolle sin riesgo para la integridad física y patrimonial del usuario, lo que implica que la prestadora asume una obligación de seguridad por resultado, en consonancia con el deber de custodia que concierne a dicha actividad (...) El cumplimiento de esta última obligación se encuentra inmersa dentro de las prestaciones que se encuentran a su cargo, como resultan las de vigilancia permanente, remoción inmediata de obstáculos y elementos peligrosos, y alejar a los animales que invadan la ruta dando aviso -de inmediato- a la autoridad pública correspondiente...”, voto del juez Zaffaroni, CSJN, in re: “Gómez, Mario Félix c/ VICOV S.A. y/o responsable s/ daños y perjuicios”, sentencia del 17/03/2009.-*



El rol que específicamente le impone la Constitución nacional es la de proteger a los usuarios en su condición de parte débil y vulnerable de la relación jurídica implicada en todo servicio público.<sup>30</sup>

En función de lo cual, la Corte Suprema nacional ha establecido que, en el marco de estas obligaciones, el Estado debe contemplar la situación de: a) las personas con capacidades diferentes; b) los menores; c) las personas no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece.<sup>31</sup>

El rol del Estado no puede reputarse neutral, tanto en su relación con el mercado (al ejercer sus potestades de intervención en la regulación del servicio público), como en la relación de consumo entablada entre prestadores y usuarios.

El Estado tiene que garantizar determinados contenidos mínimos en condiciones de igualdad y sin discriminación.

## **2. 5. Deberes y obligaciones de los usuarios de servicios públicos**

Los usuarios de servicios públicos tienen, por su parte, deberes y obligaciones.

En primer lugar, y en relación con los servicios sociales, los usuarios tienen en deber general de contribuir, a través del pago de impuestos, a su sostenimiento.<sup>32</sup>

Tienen, también, la obligación genérica de no entorpecer su funcionamiento.

---

<sup>30</sup> CSJN, in re: L. 1170. XLII - “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, sentencia del 22/04/2008.

<sup>31</sup> CSJN, in re: L. 1170. XLII - “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, sentencia del 22/04/2008.

<sup>32</sup> Obligación expresamente receptada en el sistema constitucional de fuentes internacionales, en el art. XXXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que goza de jerarquía constitucional en virtud de lo normado en el artículo 75, inciso 22, 2º párrafo de la Constitución Nacional, y que establece que: “*Toda persona tiene el deber de pagar impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos.*”

Los usuarios de servicios públicos económicos cargan con obligaciones adicionales, vinculadas con las condiciones de acceso y permanencia al servicio de que se trate, y que se traducen, básicamente, en el pago de tarifas (bajo cualquier modalidad) y el cumplimiento de las obligaciones que les imponen los marcos regulatorios nacionales (como, por ejemplo, el mantenimiento y, en su caso, construcción y habilitación, de instalaciones domiciliarias; pago de cargos de conexión y reconexión; etc.)<sup>33</sup>

### 3. El servicio público en la “relación de consumo”

La vinculación de los particulares con el Estado, como usuarios de un servicio público económico, se dará en el marco de una “relación de consumo”, tal como la denomina el art. 42 de la Constitución nacional.

En este punto, se impone el estudio y desarrollo de los específicos derechos y garantías consagrados en los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional, a través del esquema regulatorio que incluya la definición: a) de los sujetos prestadores; b) las condiciones de regularidad de cada servicio público económico; c) el control y participación de los usuarios; d) el régimen de los bienes afectados; e) las tarifas; etc.

La existencia actual o potencial de una “relación de consumo” marcará, en definitiva, la vigencia de los derechos y garantías específicos que están establecidos en los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional, en la prestación de servicios públicos económicos.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Sobre las cuestiones vinculadas con el “cargo por conexión”, ver: CSJN, in re: “Aguas Argentinas S.A. c/Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios s/proceso de conocimiento”, sentencia del 17/04/2007, Fallos: 330: 1649.

<sup>34</sup> Entre muchos otros, puede verse el precedente ya citado de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, causa 3801/02, caratulada “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE - EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora”, sentencia del 08/07/2003.

### 3. 1. La “relación de consumo” en el art. 42 de la Constitución nacional. Ley de Defensa del consumidor y régimen del servicio público

Como vimos, la relación de consumo incluida en el art. 42 de la Constitución nacional, excede a los “contratos” de consumo.<sup>35</sup> Aunque, naturalmente, los incluye.<sup>36</sup>

De hecho, y en lo que hace a la caracterización de los específicos derechos de consumidores y usuarios, hay que tener presente que en el derecho argentino los “usuarios”, como categoría, fueron tempranamente identificados en la jurisprudencia nacional, no así los “consumidores”. Y ello, como consecuencia directa del particular régimen jurídico del servicio público.

Basta para ello remitirse a los fallos citados de la Corte Suprema nacional.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Sobre la conceptualización de la “relación de consumo” ver: Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, 1° edición, Santa Fe, 2003, pág. 72 y sig.; Dromi, Roberto y Menem, Eduardo, “La Constitución reformada”, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, pág. 148; Dromi, Roberto, “Competencia y monopolio. Argentina, Mercosur y OMC”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pág. 28; Wajntraub, Javier H., “Protección jurídica del Consumidor”, LexisNexis, Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 25 y sig.; sobre el derecho de “acceso al consumo”, ver: Pérez Bustamente, Laura, “Derecho social de consumo”, La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 99 y sig. Sobre las denominadas “estructuras de adhesión-consumo” y los tipos de contratos de adhesión que pueden surgir, ver: Ghersi, Carlos Alberto, “Cuantificación económica. Contratos de consumo”, Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 69 y sig.

<sup>36</sup> Tal como se ha afirmado: “...*El contrato de consumo determina los límites dentro de los que el sistema brindará protección a los consumidores en el marco de los acuerdos que estos celebren con los proveedores. Si bien el Derecho del Consumidor regula las relaciones de consumo, muchas de ellas se desenvuelven dentro de vínculos de naturaleza contractuales, los cuales, por sus particularidades, merecen un tratamiento específico...*”, Lorenzetti, Ricardo L. (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VI, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 234.

<sup>37</sup> Ver, en este sentido: CSJN, in re: “Ventafridda, Víctor c. Compañía Unión Telefónica del Río de la Plata”, sentencia del 04/08/1939. Doctrina con muchos antecedentes, entre los cuales destaca el fallo de la Corte Suprema in re: “Gómez, Juan B. c/ Empresa del Ferrocarril Central Córdoba”, 1926, Fallos: 146: 207. Con posterioridad, la jurisprudencia nacional ha señalado que: “...*en defensa de los intereses de los usuarios, corresponde a la autoridad concedente o encargada del contralor de las tarifas, en ejercicio del poder de policía, decidir tanto sobre los ingresos del concesionario como sobre la organización y*

Claro que el reconocimiento de la categoría de los “usuarios” no implicaba, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, que los mismos tuvieran un estatus jurídico particularizado vinculado con específicos derechos y garantías. Antes bien, resultaban identificados por el régimen del servicio público como los destinatarios de los servicios (y por ende como una de sus justificaciones) pero, también, como sujetos obligados –en los casos de prestación del servicio por concesionarios o licenciarios- por una relación contractual de derecho público de la cual no formaban parte.

La denominada “relación de consumo”, especialmente en lo tocante a las “relaciones de servicio público”, no puede quedar limitada por los denominados “contratos de consumo”, cuyo origen y regulación proviene claramente del derecho privado.

De esta manera, la interpretación de la “relación de consumo” incluida en el art. 42 de la Constitución nacional no puede desarrollarse, de manera completa y sistemática, partiendo de los principios y normas incluidas en la ley 24.240.<sup>38</sup> Aun con las modificaciones que, en el año 2008, le introdujo ley 26.361 y, más recientemente, el Código Civil y Comercial.

Ello porque, en definitiva, éstas resultan normas reglamentarias que deben adecuarse a los estándares del art. 42 de la Constitución nacional.<sup>39</sup>

---

*funcionamiento del servicio...*” CSJN, in re: “Cía. de Electricidad del Sud Argentino S.A. c/ Municipalidad de San Andrés de Giles”, 1955, Fallos: 231: 311.

<sup>38</sup> Sobre los antecedentes de la ley 24.240, ver: Stiglitz, Gabriel (Director), “Defensa de los consumidores de productos y servicios”, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994, pág. 27 y sig.

<sup>39</sup> El art. 42 de la Constitución nacional fue claramente influido por la sanción de la ley 24.240, cuya sanción data de fines de 1993. A pesar de ello, el texto que finalmente sería incorporado como art. 42 de la Constitución nacional excedió a las previsiones de la ley de Defensa del consumidor, es decir, no se trató –simplemente- de la “constitucionalización” de los principios cardinales que expresaba dicha norma sino de la elevación a rango constitucional de una serie de derechos y garantías mucho más amplios y que incluyeron, como hemos visto, a los consumidores y usuarios de bienes y servicios públicos en un contexto conceptual que exige determinadas intervenciones estatales no contempladas en la ley 24.240. Sobre esto, ver: Farina, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, Astrea, 3° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2004, pág. 6 y sig.

En función de lo cual, hay que prestar atención a varias cuestiones centrales: a) la definición legal de la “relación de consumo”; b) el ámbito de aplicación definido para la ley 24.240 y sus relaciones con normativas sectoriales relacionadas y c) su vinculación con el régimen del servicio público.

El art. 1° de la ley 24.240, en la nueva redacción que le ha dado el Código Civil y Comercial, establece: “*La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (...) Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*”<sup>40</sup>

El sistema legal protectorio de los consumidores alcanza y obliga expresamente a los prestadores, tanto públicos como privados, de servicios públicos.<sup>41</sup>

En efecto, el art. 2 de la ley 24.240, conforme texto introducido por la ley 26.361, establece que: “**PROVEEDOR. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a**

---

<sup>40</sup> Artículo sustituido por punto 3.1 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014. Cabe recordar que el texto original del art. 1° de la Ley 24.240 establecía: “*La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas.*”

<sup>41</sup> En efecto, y tal como se ha señalado: “...la noción de proveedor es una calificación transversal al Derecho Público y Privado, con lo cual puede haber proveedores en el sector público como en el privado, siempre que lo hagan con destino al consumo...”, Lorenzetti, Ricardo L. (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VI, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 236.

**consumidores o usuarios.** *Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.*” (El resaltado nos pertenece).

A su vez, y en cuanto a las reglas de aplicación de la ley de Defensa del consumidor respecto a la legislación específica en materia de servicio público, debemos tener en cuenta, en primer lugar, lo establecido en el art. 3 que indica que: *“Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.”*

Esta norma contiene, por un lado, las claves para la aplicación sistemática de la Ley de Defensa del consumidor y de otras legislaciones sectoriales y, por otro, un principio fundamental -que hace a dicha aplicación- y que no es otro que el de la aplicación de la interpretación *“...más favorable al consumidor...”* Principio, como ya vimos, también receptado en los arts. 1094 y 1095 del Código Civil y Comercial.

Estos criterios deben ser complementados con las previsiones específicas sobre “servicios públicos domiciliarios” previstas en los arts. 25 a 31.

Por el art. 25, texto según ley 26.361, se establece que: *“...Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor. Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la*

*autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley.*<sup>42</sup>

Y por el art. 31, también modificado por la ley 26.361, que: “... *La relación entre el prestador de servicios públicos y el usuario tendrá como base la integración normativa dispuesta en los artículos 3º y 25 de la presente ley...*”

La jurisprudencia, tal como ya hemos reseñado en capítulos precedentes, incluso antes de la sanción de la ley 26.361, estableció la necesidad de que la legislación específica de los servicios públicos domiciliarios debe armonizarse con la Ley de Defensa del consumidor 24.240, el Código Civil y Comercial y el art. 42 de la Constitución nacional.<sup>43</sup>

Puede decirse, en conclusión, que la Ley de Defensa del consumidor y el Código Civil y Comercial, resultan de aplicación directa en los principios y las disposiciones especiales relativas a los derechos de los usuarios de los servicios públicos.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Ya antes de las reformas introducidas por la ley 26.361, y en cuanto a la aplicación supletoria de la ley 24.240 a los servicios públicos domiciliarios (art. 25), se había dicho que: “...*nos parece que debe diferenciarse la situación que se plantea: -Como regla general, el Derecho del consumidor, como microsistema autónomo de rango constitucional, tiene precedencia lógica respecto de otros subsistemas, lo que quiere decir que debe buscarse siempre la solución conforme a sus propias normas, si éstas dan una solución clara, aunque sea contraria a otras legislaciones especiales. - En el Derecho argentino rige la interpretación más favorable (art. 3º, ley 24.240) y la precedencia normativa constitucional, así como la integración con otras normas en el supuesto de ausencia de regulación específica. - La referida ley es de aplicación principal a la relación interna de la empresa con el Estado, y al control, que es el término referido por la norma. - Para el caso de falta de solución, puede integrarse con los principios constitucionales y con las normas relativas a otras legislaciones especiales en base al criterio de la armonización y de la aplicación supletoria...*” Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, 1º edición, Santa Fe, 2003, pág. 48 y 49.

<sup>43</sup> La integración normativa entre la ley de Defensa del consumidor y los marcos regulatorios de servicios públicos, ha sido tratada especialmente por la CSJN, en la causa E. 115. XXXIX, “Edelar S.A. s/inconstitucionalidad”, sentencia del 8 de mayo de 2007; especialmente en el voto del Juez Lorenzetti, concurrente con el de la mayoría; ver, asimismo, lo resuelto en: CNACAF, Sala III, in re: “EDESUR SA c/DNCI-Disp. 452/11 (Expte. 39872/10)”, causa N° 43001/2011, sentencia del 25/09/2012.

<sup>44</sup> En general, el Código Civil y Comercial resulta de aplicación a las relaciones de consumo regidas por ley de Defensa del Consumidor en las que se encuentre involucrada la prestación de un servicio público (tanto federal como provincial o municipal), conforme lo indicado en los arts. 963 y 964 que establecen, respectivamente, que: “*Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley*

Aplicación directa que, por lo demás, y en atención a las regulaciones locales sobre servicio público (régimen que no ha sido delegado por las Provincias a la Nación, salvo en el caso de los servicios públicos nacionales o federalizados), deberá efectuarse siguiendo los criterios de armonización, integración de fuentes y –en caso de vacío o colisión normativa- aplicación de la norma más favorable al usuario.

En esto, el régimen de la ley de Defensa del consumidor, como norma de derecho común, de orden público, y complementaria del Código Civil y Comercial, resulta conteste con la principal consecuencia de la constitucionalización de los derechos de los usuarios de servicios públicos, que hemos ya remarcado en el presente trabajo, esto es: su “nacionalización”.

Las potestades para la organización y prestación del servicio público son locales (salvo el caso de la federalización directa o indirecta). Pero los derechos y garantías que limitan el alcance de dichas potestades y, por ende, el contenido de las regulaciones de servicio público locales, tienen, luego de la reforma constitucional de 1994, un “piso” nacional. Un mínimo de derechos y garantías que todas las jurisdicciones se encuentran en la obligación de respetar.

A la manera de las leyes nacionales de “presupuestos mínimos” que pueden ser complementados por regulaciones especiales, de orden federal o provincial, pero nunca derogados.

Lo mismo ocurrirá, por lo demás, con las normas de carácter procesal, ya que las contenidas en la Ley de Defensa del consumidor resultan de aplicación directa a los servicios públicos de jurisdicción

---

*especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.*, y que: “Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.” Prelación normativa que, puntualmente, deberá aplicarse en cada caso concreto de conformidad con lo establecido en los arts. 7, 12, 1094 y 1095.



federal, y de aplicación supletoria para aquellos regulados por las jurisdicciones locales.<sup>45</sup>

### 3. 2. Consumidores y usuarios en el art. 42 de la Constitución nacional

La relación de consumo, entonces, reconocida en el art. 42 de la Constitución nacional y definida en su alcance por el art. 1° de la Ley de Defensa del consumidor, incluye, como una de sus especies, a la relación de consumo de un servicio público.<sup>46</sup>

Dentro de las relaciones de consumo alcanzadas por el sistema protectorio constitucional, debe diferenciarse a los consumidores y los usuarios.

Ello, por las siguientes razones:

---

<sup>45</sup> Sobre esto en particular, ver lo anotado anteriormente en relación con el “Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo” creado por la Ley 26.993.

<sup>46</sup> Para Lorenzetti, la relación de consumo en materia de servicio público: “...se trata de una relación de consumo (...) con las siguientes características: 1) Los sujetos son el prestador del servicio y el usuario, sea éste último contratante o simplemente usuario. 2) El objeto es la prestación de un servicio, es decir, una obligación de hacer que puede ser indeterminada o bien resolverse en la entrega de un resultado. 3) Las obligaciones de las partes pueden ser anteriores, contemporáneas y posteriores a la efectiva prestación del servicio. 4) La finalidad del servicio es pública, entendido este término en el sentido de que tiene por finalidad satisfacer una necesidad de un grupo social o de la sociedad en su conjunto. No se puede identificar el interés público con el interés de la administración pública. 5) La finalidad pública admite una regulación intervencionista por parte del Estado, la que debe estar guiada por principios constitucionales. 6) Los principios que deben guiar el orden público en esta materia son: a) El incremento de la competencia en el mercado; b) la eficacia del servicio; c) la interpretación restrictiva de los privilegios concedidos al oferente; d) el reparto de riesgos limitado por los derechos constitucionales de acceso al servicio esencial. 7) El sistema regulatorio no es ni privado ni público. La base es la Constitución Nacional y luego la ley que regula el servicio específico, la que es limitada por los derechos constitucionales del usuario y complementada por la ley 24.240...”, Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”, op. cit., págs. 465 y 466; por su parte, y desde la doctrina del derecho público, ver: Farrando, Ismael, “La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos”, en Sarmiento García, Jorge H., y otros, “Los Servicios Públicos: Régimen jurídico actual”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (I.E.D.A.), Depalma, Buenos Aires, 1994; y “La responsabilidad de los prestadores en los marcos regulatorios”, en Revista Actualidad en el Derecho Público, N°15/16, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pág. 65 y sig.

1.- El régimen jurídico que regula las relaciones entre prestadores y consumidores y usuarios. En un caso (consumidores) es preponderantemente de derecho privado y, en el otro (usuarios) preponderantemente de derecho público.

2.- Existen derechos y garantías que solo pueden invocar los usuarios de servicios públicos y que derivan de la existencia (ahora exigida por el art. 42) de los denominados “marcos regulatorios” de servicios públicos.

En la regulación de la actividad privada no existen “marcos regulatorios” en sentido estricto.

Ello, en tanto, un marco regulatorio implica la existencia de una actividad económica cuya caracterización como servicio público conlleva la obligatoriedad de su prestación.

No existen, por definición, actividades económicas privadas cuya prestación sea obligatoria.

De esta manera, los prestadores de servicios “privados”, a diferencia de los que prestan servicios “públicos”, no se encuentran obligados a brindar el servicio “a demanda”.

En el caso de los servicios públicos, los prestadores, dentro de las condiciones técnicas que permita cada actividad, se encuentran impedidos de discriminar entre los usuarios a quienes brindarán el servicio y a quienes no.

La restante cuestión que surge de ello y que, desde ya, es central, es la cuestión tarifaria.

3.- El contrato de adhesión que celebra un consumidor puede diferenciarse del que puede celebrar un usuario, básicamente porque su contenido estará predefinido por el prestador del servicio.

En el caso de los usuarios, las definiciones del contrato de adhesión estarán dadas, básicamente, no por el prestador (concesionario, licenciatario o permisionario) sino por el Estado en su condición de titular del servicio.

Aunque ello no impida, tal como lo establece el art. 1122 del Código Civil y Comercial, controlar sus cláusulas sobre la base de los estándares allí definidos.

4.- Por otra parte, no resulta constitucionalmente válida la distinción entre categorías de usuarios por la condición de los servicios que se le suministran (obligatorios o facultativos; domiciliarios; etc.) En todos los casos, gozan, por imperativo constitucional, de los mismos derechos y garantías.<sup>47</sup>

De allí que el principio establecido en el art. 3° de la ley de Defensa del consumidor y los arts. 1094 y 1095 del Código Civil y Comercial (interpretación más favorable al consumidor o usuario), sea de aplicación para todas las relaciones de consumo de servicio público y no sólo para aquellas específicamente incluidas en dicha ley en los arts. 25 a 31 (servicios públicos domiciliarios).

5.- Resulta, por último, indiferente o indistinta, la modalidad que asuma la organización y prestación del servicio públicos, esto es: a) monopólica; b) oligopólica; o c) en competencia o desmonopolizados; y, por otro lado, por prestadores: d) públicos; o e) privados.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> En sentido concordante, se ha señalado que: *“...la distinción entre servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios no cambia la sustancia y los caracteres de la relación entre prestatarios y usuarios; peso a lo cual la ley 24.240 considera que determinadas cuestiones de la cadena comercial de la energía eléctrica, del gas natural, de las telecomunicaciones queden comprendidas en ella, en tanto que a otras se les aplicará supletoriamente esta regulación. Tampoco se advierte la razón de que se plantee un trato diferencial entre servicios públicos domiciliarios y servicios públicos no domiciliarios como el transporte o el correo. No vemos que exista razón válida alguna para este tratamiento diferente...”*, concluyéndose que: *“...no ha de entenderse que los usuarios de los servicios públicos ‘no domiciliarios’ estén excluidos de su tutela, pues su art. 1° explícitamente dispone que la ley tiene por objeto la defensa de los usuarios que contratan para beneficio propio o de su grupo familiar o social ‘la prestación de servicios’ (...) Esta interpretación es congruente con lo dispuesto por el párr. 3° del art. 42 de la Const. Nacional, que se refiere a ‘servicios públicos’ en general...”*, Farina, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, op., cit., pág. 293 y 294. Ver, asimismo: Muratorio, Jorge L., “La ley de defensa del consumidor y la protección de los usuarios de los servicios públicos”, La Ley Actualidad, diario del 9/15/93.

<sup>48</sup> Lorenzetti, sin embargo, ha considerado que cuando la ley 24.240 utiliza el término “usuario”: *“...desde la perspectiva de la empresa prestadora del servicio se está en presencia de un ‘cliente’, al que se le asigna libertad de decidir y de contratar, mientras que para la ley y gran parte de la jurisprudencia, al no haber tal libertad, no hay contratante en el sentido*

La tendencia, en relación con estas cuestiones, y tal como lo hemos visto en este trabajo, es la desmonopolización de los mercados de servicio público.

Aun así, y en nuestro sistema constitucional, rigen, en plenitud, los derechos y garantías reconocidos a los usuarios.

Viéndose reflejados, en última instancia, en las denominadas “obligaciones de servicio público” que deben establecerse para la prestación del “servicio universal”, entendido como modalidad que asume el servicio público económico cuando es prestado en plena competencia.

### **3. 3. Derechos y garantías reconocidos para los usuarios de servicios públicos en la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial**

En lo que hace a los derechos específicamente reconocidos en el sistema protectorio creado por la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial, cabe destacar la inclusión –por el art. 6° de la Ley N° 26.361- del art. 8° bis sobre “Trato digno. Prácticas abusivas”, que establece que: *“Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeiros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante*

---

*clásico de la palabra; hay un usuario que no tiene otra alternativa que utilizar los servicios de una empresa que goza de un monopolio de hecho. Este debate sobre los nombres responde a la organización del servicio, que puede presentar diversos modelos, bien conocidos y que simplemente mencionaremos: Servicio público estatal: este supuesto ha regido durante muchos años en todo el mundo, y en éste, el servicio es regulado por el Derecho Público, específicamente el Derecho Administrativo. Servicio público privatizado: la ‘privatización’ supone que el servicio pasa a manos privadas en lo referente a la prestación, y existe una relación de Derecho Privado entre el prestador y el usuario...”, Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”, op. cit., págs. pág. 462.*

*sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas...*

De esta manera, el derecho al “trato digno y equitativo” a los consumidores y usuarios es erigido, por imperio del art. 42 de la Constitución nacional, en principio rector del sistema de Defensa del Consumidor, y debe inspirar la interpretación y aplicación de los derechos específicos reconocidos por la ley de Defensa del consumidor a los usuarios de servicios públicos domiciliarios, incluidos en los arts. 25 a 31.

Por otra parte, y tal como lo hemos recordado, el art. 42 de la Constitución nacional se inserta en un verdadero sistema de derechos y garantías, integrado por los arts. 41, 42, 43 y, por vía del art. 75, inc. 22, los Tratados internacionales de Derechos Humanos.

Respecto de estos derechos y garantías, debe señalarse que la Ley de Defensa del consumidor, en su redacción dada por la ley 26.361 y el Código Civil y Comercial de la Nación, establece principios y normas procesales en el CAPITULO XII “PROCEDIMIENTO Y SANCIONES”, arts. 45 a 51; el CAPITULO XIII “DE LAS ACCIONES”, arts. 52 a 54; y el CAPITULO XIV “DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES”, arts. 55 a 58, que resultan reglamentarios de lo establecido, fundamentalmente, en los arts. 42 y 43 en lo tocante a: 1) el establecimiento de “...*procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos...*” (art. 42); y 2) la acción de amparo individual y colectiva (art. 43).<sup>49</sup>

A todo lo cual cabe sumar, ahora, las previsiones contenidas en el “Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo” creado por la Ley 26.993, y que ha sido comentado en esta misma obra al tratar las relaciones entre la Ley de Defensa del Consumidor y los marcos regulatorios nacionales de servicios públicos.

---

<sup>49</sup> Sobre la legitimación de los usuarios, las acciones colectivas y, en particular, los intereses individuales homogéneos, ver: Rusconi, Dante D., “Acciones judiciales de los consumidores”, Editorial Juris, Rosario, 2004, pág. 45 y sig.

Por su parte, y de manera específica, el Código Civil y Comercial reconoce tanto a las “relaciones”<sup>50</sup> como a los “contratos” de consumo. El contrato de consumo es definido como aquel contrato “...celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.” (conf. art. 1093). Contrato que comprende, así, a las relaciones jurídicas que se entablan entre prestadores y usuarios de servicios públicos, sean estos públicos o privados, federales, provinciales o municipales.<sup>51</sup>

Entre los derechos que se garantizan a los usuarios de servicios públicos en el Código Civil y Comercial, en tanto contratos de consumo, encontramos, en general, todo lo vinculado con las disposiciones relativas a los “Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas” (arts. 984 a 989, conforme lo dispuesto por el art. 1117 y sig., con las limitaciones del art. 1121), y, en particular, los reconocidos a los consumidores en los contratos de consumo (arts. 1092 a 1122).

---

<sup>50</sup> Según El art. 1092, la: “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.” Y, en virtud del art. 1094: “Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.”

<sup>51</sup> De forma concordante, el art. 1122, relativo al control judicial de las cláusulas abusivas, establece que éste se rige: “... sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control...”

Destacándose, entre los derechos allí reconocidos, los siguientes:

a) Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente (art. 987); b) Las cláusulas abusivas, en los contratos de consumo, se deben tener por no escritas, siempre que: 1) desnaturalicen las obligaciones del predisponente; 2) importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; 3) por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles (art. 988); c) La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad (arts. 989 y 1122); d) el derecho a la interpretación de las normas aplicables a la relación de consumo conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable y de prevalencia de la norma más favorable al consumidor (arts. 1094 y 1095); e) el derecho de los usuarios y consumidores a que los proveedores les garanticen condiciones de atención y trato digno “...conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos...” (art. 1097); f) derecho al trato equitativo y no discriminatorio por parte de los proveedores (art. 1098); g) derecho a recibir del proveedor información cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee (arts. 1100 a 1103); h) el derecho a fijar la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato de consumo en el lugar de cumplimiento en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación (art. 1109).

En el marco de estas relaciones de consumo el Estado (nacional o provincial y municipal), podrá encontrarse, a su vez, en diferentes posiciones. Podrá ser concedente, prestador o ente regulador o de control. Asumiendo, en función de esas diferentes posiciones, diversas obligaciones.

Si es prestador (proveedor), será deudor directo de los derechos y garantías establecidos a favor de los usuarios en la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial; si, en cambio es concedente u órgano de control o regulador, tendrá la doble obligación de: a) contemplarlos al dictar normas regulatorias, como por ejemplo, en la aprobación de los reglamentos de servicio, los cuadros tarifarios, etc.; y b) hacerlos cumplir por parte de los prestadores, tanto públicos como privados. Y será responsable en los términos de la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944.



# Derechos y garantías de los usuarios de servicios públicos

## 1. El derecho de acceso al consumo y al servicio público

La reforma constitucional de 1994 ha reconocido, a través del sistema de los arts. 41, 42 y 43, un derecho de acceso al consumo y a una economía y desarrollo sustentables, que tiene como objeto directo asegurar que los habitantes gocen de un efectivo acceso al consumo en sus necesidades básicas (sustentabilidad social cuyo fundamento se encuentra en los derechos de tercera generación).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> La doctrina ha señalado en este sentido que: “...los individuos tienen derecho a acceder a un nivel de consumo compatible con el desarrollo sustentable; los poderes públicos — legislativo, ejecutivo y judicial— tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para la efectividad de aquel acceso y se encuentran sujetos a responsabilidad frente al poder que la Constitución confiere a toda persona —‘soberano’ en términos constitucionales— para obtener la satisfacción concreta de sus pretensiones amparadas por una garantía constitucional...”. Conf. Pérez Bustamante, Laura, “El acceso al consumo como derecho social: vivienda, salud, educación y alimentación” – DJ, 2004-3, 77.

El derecho de acceso al consumo se vincula, de manera directa, con el derecho “...*al trato equitativo y digno...*” y “...*no discriminatorio...*” (arts. 42 y 43 de la Constitución nacional), en el goce efectivo de los “servicios sociales” o esenciales (vinculados fundamentalmente a la salud pública; a la educación; a la asistencia previsional; etc.; consagrados como tales por la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 11, 2. c. y 14, 2. h; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, art. 5, e. iv., y f; y la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24) y “servicios públicos” básicos (servicios públicos económicos consagrados en el art. 42 de la Constitución nacional y el art. 11 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”).

Derechos que implican el deber del Estado de asegurar a los habitantes la prestación de servicios sociales, en general, de manera concurrente con la sociedad (salud pública; educación; seguridad; etc.), constituyéndose, en definitiva, en garante de las prestaciones mínimas que en cada caso se determinen.

En el caso de los servicios públicos económicos, el Estado tendrá la obligación de: a) consagrar la actividad de que se trate al régimen tuitivo –de los derechos de los usuarios- del servicio público); b) garantizar un trato que, ante el carácter oneroso y de autosatisfacción económica, no implique discriminaciones injustificables entre los habitantes en función de su poder económico; c) garantizar la vigencia del principio de igualdad entre todos los habitantes que tengan la misma necesidad; d) atender, en definitiva y dentro de este marco, a la satisfacción de necesidades básicas de la población.

Procurando, a su vez, dentro del sistema prestacional que en cada caso se defina en los marcos regulatorios, un razonable equilibrio en la relación de consumo que se desarrollará entre usuarios y prestadores.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Cabe recordar que el Código Civil y Comercial establece en su art. 1094: “*Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser*

En este sentido, se ha establecido que: “...el derecho primario o básico de los consumidores o usuarios es el derecho de acceso al consumo...”, el cual, por su parte, incluye: “...reconoce los derechos sustanciales a la seguridad -que incluye el derecho a la vida, a la salud, a la integridad, a la protección del medio ambiente y la prevención de daños- y a la protección de sus intereses económicos -que incluye la calidad de los servicios públicos, la eficiencia en su prestación, tarifas justas y razonables y la reparación de daños...”<sup>3</sup>

Todo lo cual incluye la discusión del denominado “derecho” al servicio público.

En relación con esto, la jurisprudencia nacional ha señalado puntualmente que: “...Para el goce de los derechos constitucionales primarios “todos” no son muchos, ni casi todos: son todos. De manera que la existencia de un número indeterminado de afectados -en la medida arriba señalada- por el cargo facturado conjuntamente con el gas natural consumido en el período -factor de hecho que entiendo justificado suficientemente mediante el método de “muestreo” por tratarse de una acción entablada en defensa de derechos de incidencia colectiva- autoriza a estimar que, al menos para una parte del universo descripto, no resulta posible afrontar el pago de la factura (...) la existencia de una fracción de la población que se ve impedida, entonces, de acceder al servicio esencial de provisión de gas natural -se sabe que a la falta de pago sigue el corte del suministro...- autoriza a concluir en que ese perjuicio resulta irreparable (...) estos servicios esenciales, que así se califican por ser absolutamente primarios -agua

---

*aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.”*

<sup>3</sup> Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, in re: «Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE - EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora», sentencia del 08/07/2003. Ver, asimismo: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, in re: “Benítez, María M. c. Dirección Provincial de Energía de Ctes.”, sentencia del 11/04/2007. Del voto en disidencia del Juez Carlos Rubin; y Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, in re: “Municipalidad de Mercedes, Corrientes c. Aguas de Corrientes S.A., Suc. Mercedes s/medida autosatisfactiva”, sentencia del 13/02/2009.

*potable, desagües cloacales, electricidad y gas- no reconocen temporada alta o baja, pues la dignidad de la vida hogareña es un bien que no es posible afectar so capa de más o menos calor, frío, humedad o cualquier otra contingencia estacional...”<sup>4</sup>*

Como, asimismo, y tal como ya hemos visto, que: “...un servicio que es considerado imprescindible en la actualidad, no puede convertirse en un bien – en sentido amplio – de acceso limitado...”, con lo cual: “...La accesibilidad del servicio hace a que el mismo tenga alcance general, es decir que pueda ser utilizado por la mayor cantidad de habitantes posible, ya que responde a necesidades colectivas, de ello deriva que para que la tarifa no sea un obstáculo para su uso, la misma debe ser justa y razonable...”<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, in re: “Defensoría del Pueblo de la Provincia de Río Negro c. Estado Nacional y otros”, sentencia del 07/08/2009. En cuanto a la expansión del servicio y el derecho de acceso, se ha establecido que: “... la expansión de redes, en primera instancia, se encuentra a cargo de la distribuidora, y, sólo en el caso de que la extensión no provea a la distribuidora el ingreso suficiente para financiar su construcción, serán los usuarios quienes deberán hacerse cargo de los costos. Sin embargo, toda vez que las obras que así se ejecuten, una vez habilitadas, son incorporadas -por razones de seguridad pública y en resguardo de la normal y eficiente prestación del servicio- al patrimonio de la empresa para su mantenimiento y explotación, deberá ser ésta -la distribuidora- la que debe demostrar y justificar económicamente la necesidad del aporte de los beneficiarios del proyecto (...) tal conclusión se encuentra reforzada por el principio de acceso al servicio público en condiciones de igualdad. En tal sentido, se ha dicho que el mencionado principio significa que “todos los habitantes tienen derecho a exigir y recibir el servicio en igualdad de condiciones, corolario del principio fundamental de igualdad ante la ley” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pág. 79/80) (...) Por ello, -y ante la falencia probatoria de la distribuidora- no puede dicha parte alegar que el consumo requerido por los usuarios del edificio en cuestión supera lo proyectado y que por ello no asumirá el costo de la obra, ya que colocaría a dichos usuarios en una situación de desigualdad respecto a los demás beneficiarios del servicio que han obtenido la conexión sin soportar el costo de la obra...” conf. CNCAF, SALA V, in re: “Metrogas SA c/ Resolución 203/09 ENARGAS (EXPTE 14561-09)”, Expte. N° 15.168/2009, sentencia del 27/03/2013.

<sup>5</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil II – Sala B, in re: “Bustos, Rebeca Andrea y otro c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo colectivo”, Expte. N° 21060/2016, sentencia del 4 de julio de 2016.

## 1. 1. El acceso al agua como bien fundamental. Un caso testigo

El derecho de acceso al consumo (en el caso a un bien considerado fundamental y que, por ende expresa la satisfacción de un derecho humano básico), es ya el principal objetivo que guía al marco regulatorio de provisión de agua potable y cloacas para la concesionaria estatal Agua y Saneamiento S.A., aprobado por ley 26.221.<sup>6</sup>

Todo lo cual se enmarca en las normas y principios del Derecho internacional que rigen la materia y la interpretación jurisprudencial que, asimismo, se ha afirmado a nivel nacional.<sup>7</sup>

En este sentido se ha afirmado en relación con el agua que el “...acceso por parte de la población, debe entenderse como un derecho humano

---

<sup>6</sup> La ley 26.221 (Marco regulatorio de provisión de agua potable y cloacas para la concesionaria estatal Agua y Saneamiento S.A.), establece en su “Preámbulo” que: “El carácter de Derecho Humano de acceso al agua que se contempló en el Decreto N° 303/06, es el principio que ilumina el presente Marco Regulatorio. La interpretación y aplicación de cualquiera de sus normas no podrá implicar el conculcamiento de tal derecho. La empresa Agua y Saneamientos Argentinos S.A. creada mediante Decreto N° 304/06, debe asumir como objetivo primario asegurar la prestación del servicio de manera justa, eficiente y profesional; para lo cual se configuran los estímulos necesarios para que se lleve adelante una gestión prudente y adecuada de la empresa, que posibilite cumplir con equidad las metas a fin de satisfacer las necesidades sociales que deben ser cubiertas. El principio de eficiencia debe ser entendido y aplicado de forma complementaria con el principio de equidad, por lo que en ninguna circunstancia los intervinientes podrán utilizar argumentos fundados en la incompatibilidad de ambos principios rectores...” Principio que se traduce en concretos derechos para los usuarios, tal como lo establece el propio marco regulatorio al señalar en su art. 60 que lo usuarios tienen derecho a: “...a) Recibir de la Concesionaria, en las condiciones establecidas en el presente Marco Regulatorio, el Contrato de Concesión y planes aprobados, los servicios de agua potable y desagües cloacales en el momento que los mismos estén disponibles para su uso. b) Exigir a la Concesionaria la prestación de los servicios conforme a los niveles de calidad establecidos en el presente y en el Contrato de Concesión, y a reclamar ante la misma si así no sucediera. c) Recurrir ante el Ente Regulador, cuando el nivel del servicio sea inferior al establecido y la Concesionaria no hubiera atendido en debido tiempo y forma el reclamo a que se refiere el inciso anterior, para que le ordene a esta la adecuación del mismo a los términos contractuales en el plazo que se determine.”

<sup>7</sup> Sobre el reconocimiento y regulación internacional y nacional del derecho humano al agua, ver: Bezzi, Ana María, “El derecho internacional en la tutela del agua. Historia y actualidad”, en AAVV, XXXIX Jornadas nacionales de Derecho Administrativo, AADA, Revista RAP N°429, Buenos Aires, 2014, pág. 125 y sig.

*fundamental (arts. 75 inc. 22, Constitución nacional; 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación General 15 de las Naciones Unidas sobre el derecho al agua, 29º período de sesiones, 2002 especialmente párrafos 1 a 6), que impone a los gobiernos la responsabilidad por su concreción progresiva a través de un marco legislativo y regulador que rija la acción de todos los suministradores del servicio, públicos y privados (ver Informe sobre Desarrollo Humano 2006 del Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo –P.N.U.D. especialmente capítulo 2 Agua para el consumo humano y párr. 17 a 29 de la Observación General 15, cit.)...»<sup>8</sup>*

Como, asimismo, que: *“...la prestación de los servicios públicos se encuentra gobernada por principios jurídicos que fundamentan ontológicamente la existencia y organización del sistema prestacional y que son fuente de derechos y deberes tanto para el Estado concedente y controlador como para el prestador y el usuario. Estos principios que encuentran fundamento en el art. 42 de la C.N. son pautas orientadoras en la interpretación y regulación de los servicios públicos. En el concreto caso, el de accesibilidad manda que todos los miembros de la comunidad puedan acceder a los servicios y, en los términos del aludido art. 42 de la C.N. se exhibe como un deber de las autoridades públicas de proveer a su “eficiencia” (...) Tratándose en el sub iudice de la prestación del servicio de agua potable surge con toda nitidez que en rigor se trata de la tutela de un derecho personalísimo -a la salud- que hace la dignidad del ser humano a cuya tutela se ha obligado el Estado argentino (art. 11 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales), y al que el Cíbero Tribunal ha dado preferente tutela (“Floreacing, Andrea”, 11/7/06; “Reynoso, Nilda”, “Rodríguez, Karina”, 07/03/06); obligación cuyo cumplimiento no puede eludirse con la in-*

---

<sup>8</sup> SCBA, causa A. 69.021, in re: “Utilducto S.A. contra Aguas Bonaerenses S.A. Pretensión anulatoria”, sentencia del 8 de julio de 2008. Ver, asimismo, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala IV, in re: “Legajo de apelación en incidente de medida cautelar en autos: L.; S.I. y otros s/ Aguas de Corrientes S.A. s/ sumarísimo», Expte. N° 30736, sentencia del 07/12/2011, especialmente voto del juez Carlos Aníbal Rodríguez, concurrente con la mayoría.-

*vocación de normas del Derecho Interno (Carta de Organización de las Naciones Unidas; Carta de Organización de los Estados Americanos; art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; C.S.J.N.; in re “Fibraca”, 07/7/93; “Firmenich”, Fallos 310-1476; “Ekmekdjian c. Sofovich”, Fallos 315-1492)...”*<sup>9</sup>

La propia Corte Suprema nacional ha señalado con toda claridad que: *“...el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces. En este sentido cabe resaltar que en su reciente resolución A/HRC/RES/27/7 distribuida el 2 de octubre de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas exhorta a los Estados a que “velen por que todas las personas tengan acceso sin discriminación a recursos efectivos en caso de violación de sus obligaciones respecto del derecho humano al agua potable y el saneamiento...”*

Agregando que: *“...en muchos instrumentos internacionales se menciona la tutela del derecho al agua potable. En este sentido, la resolución A/RES/64/292, del 30/07/2010, de Naciones Unidas, declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. La “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (1979), artículo 14, párr. 2 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” del 17/11/1988, predicen que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos; la “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 24, 2º párr. (1989), exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre...”*<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, in re: “Municipalidad de Mercedes, Corrientes c. Aguas de Corrientes S.A., Suc. Mercedes s/medida autosatisfactiva”, sentencia del 13/02/2009.

<sup>10</sup> CSJ 42/2013 (49-K), RECURSO DE HECHO, in re: “Kersich, Juan Gabriel y otros el Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/amparo”, sentencia del 2 de diciembre de 2014.-

## 1. 2. Limitaciones al corte de servicio por falta de pago

La cuestión del corte de servicio por falta de pago se vincula con la cuestión tarifaria pero, ciertamente, la excede, y se relaciona –de manera más general- tanto con el derecho de acceso al servicio como a la protección de los intereses económicos de los usuarios.

El corte de servicio se vincula, así, con las condiciones de regularidad y continuidad del mismo.<sup>11</sup>

Al respecto, ha sostenido la jurisprudencia nacional (bajo el régimen del marco regulatorio aprobado por el Decreto 999/92 para Aguas Argentinas S.A.), que: *“...como lo ha decidido este Tribunal en un precedente que guarda sustancial analogía (expte. 4796/02 caratulado “Valot S.A. c/ Aguas Argentinas S.A. s/ cautelar autónoma”), se advierte que la interrupción del servicio de cloacas puede producir perjuicios graves y no solamente al demandante sino también a terceros, circunstancia que compromete el interés público que resulta de imprescindible consideración en la materia (...) Las circunstancias de autos, prima facie valoradas, persuaden al Tribunal de que el mantenimiento de la actividad comercial del actor sin conexión a los desagües cloacales resulta contraria a las normas invocadas y provoca o puede provocar un perjuicio que los jueces están llamados a impedir o atenuar (artículo 41 de la Constitución Nacional (...)) En estas condiciones, Aguas Argentinas S.A. deberá continuar absteniéndose de interrumpir el servicio de cloacas sobre el inmueble de propiedad del actor, sin perjuicio del derecho que le asiste a aquélla de exigir el pago de la deuda reclamada por la vía que corresponda...”*<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> En lo que hace a la restricción y corte del servicio, la ley 26.221 (Marco regulatorio de provisión de agua potable y cloacas para la concesionaria estatal Agua y Saneamiento S.A.), establece en su art. 81 un régimen por el cual se autoriza la restricción para el caso de los usuarios residenciales y el corte sólo para los casos de usuarios no residenciales.

<sup>12</sup> Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, Expediente n° 12.901/05, «MIDULLA, Pedro Alberto c/ Aguas Argentinas S.A. s/ Amparo», sentencia del 27/04/2006.



Aplicando el principio protectorio establecido en la Constitución nacional a favor de los usuarios, la jurisprudencia provincial ha sostenido soluciones concordantes.

En el caso de la energía eléctrica, y partiendo de la consideración de que el marco normativo atribuía a la entidad prestataria del servicio público el poder de suspenderlo cuando medie mora en el pago de facturas, se ha considerado que: *“...en pos de proteger a aquellos consumidores que se encuentran impedidos de cumplir con las obligaciones que conlleva la provisión de suministro la D.P.E.C., implementó la tarifa social mediante la resolución N° 205/02, homologada por decreto del Poder Ejecutivo 1289/02, ello para atender a usuarios con dificultades económicas, otorgándole una tarifa diferenciada, y amplias facilidades (...) El referido marco de excepción no comprende el caso de autos porque en la especie está comprometido el derecho a la salud del hijo de la actora, derecho que desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional), entre ellos, el art. 12 inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1° arts. 4° y 5° de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1° del art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que la Corte desde sus inicios entendió que el Estado Nacional está obligado a “proteger la salud pública” (Fallos: 31:273) pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida que es “el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.” (Fallos: 302:1284; 310:112 -La Ley, 1981- A 401; 1987B, 311)...”*<sup>13</sup>

Por su parte, y en materia de provisión de agua potable, se estableció que: *“...El derecho al agua presenta un espectro abarcativo muy superior al decimonónico uso común e incluso más amplio que la mera noción del servicio público de abastecimiento poblacional (...) la Asamblea General*

---

<sup>13</sup> Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Corrientes, in re: “Mesa Marta c/ Dirección provincial de energía de Corrientes y/o Estado de la provincia de Corrientes s/ amparo”, Expte. N° 40180/9, sentencia del 10/04/2013.

*de la ONU reconoció el 28 de Julio de 2.010 el acceso al agua potable como un derecho humano básico (...) la Asamblea estipuló también que el acceso a los servicios sanitarios básicos es un derecho en vista de que la contaminación del agua es una de las principales causas de mortalidad en los países más pobres (...) Es obvio entonces que al reconocer el acceso al agua potable como un derecho humano básico, no solo se está protegiendo el derecho a la vida y a la salud física, sino que ello debe compatibilizarse con el resto de los derechos y entre ellos, el derecho a trabajar también reconocido constitucionalmente. En virtud de ello no puedo sino llegar a la conclusión que una norma provincial de concesión de un servicio público, nunca puede oponerse a un Derecho Humano Fundamental. (...) En ese sentido el Art. 41° de nuestra Constitución establece que todo habitante tiene el derecho de gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano. Y el 42° que: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos (...) De tal análisis puedo concluir que se trata de un derecho humano fundamental, es decir constitucionalizado. Y al ser derecho humano fundamental, nos encontramos en la cúspide misma de nuestro derecho positivo...”<sup>14</sup>*

## **2. Libertad de elección y condiciones de trato digno y equitativo**

El art. 42 de la Constitución nacional establece el derecho de los usuarios a la “...libertad de elección...”, a ser protegidos contra “...*toda forma de distorsión de los mercados...*” y al correlativo “...*control de los monopolios naturales y legales...*”

---

<sup>14</sup> Del voto del Juez Carlos Aníbal Rodríguez, concurrente con la mayoría, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, SALA IV, in re: «Legajo de apelación en incidente de medida cautelar en autos: L.; S.I. y otros s/ Aguas de Corrientes S.A. s/ sumarísimo», Expte. N° 30736, sentencia del 07/12/2011.

En capítulos anteriores, hemos ya establecido las coordenadas generales para la interpretación del sentido y alcance de estos derechos vinculados con la “competitividad” de los mercados en que se prestan los servicios públicos.

De cualquier manera, apuntaremos –ahora- que:

1.- La libertad de elección es un derecho de los usuarios que tiene dos implicancias posibles: a) la elección entre varios prestadores que ofrecen sus servicios en competencia; b) la elección de las condiciones, modalidades, alcances y tipos de servicios ofrecidos por prestadores monopólicos. Es decir, a que, dentro de posibilidades técnicas y económicas razonables, se ofrezcan al usuario prestaciones entre las cuales pueda elegir.

2.- El derecho de la competencia, regulado por la ley 25.156, es la rama del derecho que debe prever formas de control de “...*toda forma de distorsión de los mercados...*” y de los “...*monopolios naturales y legales...*”, y se encuentra sometida, en la materia, a las necesidades del servicio público.

Y no a la inversa, como ha sucedido tanto en el ámbito europeo como anglosajón.

3.- Finalmente, la obligación del Estado de controlar los “...*monopolios naturales y legales...*”, implica varias cuestiones: a) en primer lugar, el reconocimiento constitucional de que determinadas actividades de servicio público no pueden organizarse sino a partir de la certeza de su condición de “monopolios naturales”; b) en segundo término, y en los casos de que los monopolios -naturales o legales- sean puestos en manos de prestadores privados (a través de concesiones, licencias o permisos), la exigencia de que los derechos que se adjudiquen a los mismos, se consideren de interpretación restrictiva; y c) finalmente, en tercer lugar, que en los casos de monopolios -naturales o legales- la protección debida a los usuarios debe ser plena (especialmente en lo que hace a sus “intereses económicos”) ante la realidad de que el mismo es un sujeto “cautivo” del prestador monopólico.

### **3. Garantizar la calidad y eficiencia de los servicios públicos**

El deber de garantizar la “calidad y eficiencia” de los servicios públicos que se ha impuesto a las “autoridades nacionales”, incluye varias cuestiones que van desde las condiciones de “regularidad” (calidad y cantidad mínimas de servicio) que se impongan a los prestadores en los marcos regulatorios; pasando por la organización y sostenimiento de organismos de control especializados; hasta la protección jurisdiccional que se dará a los usuarios para garantizar la efectividad de estos derechos.

Y se encuentra impuesto, tal como lo ha señalado la Corte Suprema nacional, a todos los poderes del Estado.

#### **3. 1. Marcos regulatorios de los servicios públicos nacionales**

Respecto de los marcos regulatorios de los servicios públicos, sobre los que hemos tratado en capítulos anteriores, han sido expresamente incluidos dentro del elenco de derechos y garantías de los usuarios.

Ello implica que estas normas sectoriales se erigen, por un lado, en un derecho de los usuarios y, por otro, en un deber del Estado.

Concretamente, los usuarios tienen derecho a que: a) los marcos regulatorios sean establecidos por medio de leyes formales (por el Congreso nacional y las legislaturas provinciales); y b) que dichos marcos regulatorios incluyan el mínimo de derechos y garantías previsto en el sistema protectorio (arts. 41, 42, 43, 75, inc. 22 y 23).

La primera cuestión (es decir, que los marcos regulatorios sean establecidos por leyes formales), ha sido expresamente reconocida por la Corte Suprema nacional, al señalar que: “...*el art. 42 del nuevo texto, en la parte pertinente de su tercer párrafo, dispone que ‘la legislación establecerá... los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia*

nacional, y la legislación a la cual se refiere no puede ser otra que la emanada del Congreso de la Nación en ejercicio de sus poderes implícitos conferidos por el art. 75, inc. 32, de la Carta Magna...<sup>15</sup>

En cuanto a la segunda, hemos recordado ya lo sostenido por la Corte Suprema en el sentido de que: “...El constituyente de 1994 ha contemplado los servicios públicos poniendo el acento en el interés y en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, tal como resulta de manera elocuente, por lo demás, del primer párrafo del citado art. 42; y ha dejado librado al criterio del legislador –siempre que se asegure la calidad y eficiencia del servicio bajo un marco regulatorio adecuado y con organismos de control pertinente- determinar la naturaleza de la persona o personas –estatal, pública, mixta o privada- que tendrán a su cargo la prestación del servicio y las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo...”<sup>16</sup>

### 3. 2. Organismos de control

El art. 42 de la Constitución nacional prevé la existencia de “...órganos de control de los servicios públicos...”, los cuales deben ser establecidos por el Estado, garantizando, a su vez, la “...participación de las asociaciones de usuarios y de las provincias interesadas en dichos entes.”

Hemos ya establecido las bases conceptuales sobre las cuales debe interpretarse el rol y el alcance de las potestades de los denominados “Entes reguladores” en el marco constitucional argentino.

Volveremos, luego, sobre la cuestión de los derechos de participación de los usuarios.

---

<sup>15</sup> CSJN, in re: “Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad ley 2813”, sentencia del 28 de abril de 1998, y sus citas.

<sup>16</sup> CSJN, in re: “NSS S.A. c/GCBA s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 15 de julio de 2014.

## 4. Derechos sustanciales en la relación de consumo

### 4. 1. Resguardo de la salud, seguridad e intereses económicos de los usuarios

Todo lo vinculado con el resguardo de la salud, la seguridad y los intereses económicos de los usuarios debe ser interpretado, en cuanto a su alcance y extensión, en dos planos diferentes.

En primer lugar, dichos deberes de los prestadores se integran dentro de la doctrina general sentada por la Corte Suprema nacional que establece que quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar o cumplir con el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o su ejecución irregular.<sup>17</sup>

Luego, en segundo lugar, las obligaciones de seguridad, de proteger la salud y los intereses económicos de los usuarios, debe interpretarse dentro de la relación de consumo y el sistema protectorio establecido a esos efectos por el art. 42 de la Constitución nacional, la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial.

---

<sup>17</sup> CSJN, Fallos: 315:2865 y sus citas; 316:2136 y 321:2144, entre muchos otros. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional, el fuero federal en lo civil y comercial establecerá que: “...la empresa proveedora de energía eléctrica debe extremar las precauciones para que el servicio público se lleve a cabo en las mejores condiciones posibles de seguridad, cuidando y supervisando que la cosa no ocasione daños a terceros. No hay que perder de vista que se trata además de un suministro que supone un servicio público y que, como tal exige del estado o de quienes actúan por delegación, concesión, etc, elementos que no ofrezcan peligro a los usuarios (Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala 2°, causa 20627, 6-7-1999 y Ramírez Ignacia y otros c/ Edesur SA, 1-7-2003) (...) Como prestataria del servicio público que provee energía a los domicilios, su responsabilidad emana de la obligación de supervisión que es propia de esa actividad, lo que la obliga a ejercer una razonable vigilancia de las condiciones de prestación para evitar sus consecuencias dañosas, deber que en autos se verifica en principio como incumplido (C.S.J.N., Fallos 284:279; art. 902 del Código Civil)...”, caso L. 449734 - “Furtado Néstor Gabriel c/Edesur SA s/ daños y perjuicios” - CNCIV - SALA C - Marzo/2007.

En este plano, el sistema protectorio y la Corte Suprema nacional establecerán el alcance del derecho a la salud, a la seguridad y a la preservación de los intereses económicos de los usuarios dentro del nuevo sistema de derechos y garantías constitucionales, puntualizando que:

1.- A los efectos de superar posibles conflictos normativos (legales, reglamentarios y contractuales), debe partirse de la ponderación de los “valores” constitucionales, que deben guiar tanto la conducta del Estado como de los prestadores y que están establecidos en el art. 42 de la Constitución nacional.

2.- Dichos valores que son dominados por el derecho de los usuarios a recibir un trato “digno y equitativo” y de “buena fe” por parte de los prestadores de los servicios públicos, que proteja las razonables expectativas que se han creado en torno a las condiciones de prestación del servicio. Afirmándose, en este sentido, que: *“...la Constitución Nacional obliga a los prestadores de servicios a los consumidores a brindarles un trato digno (art. 42 Constitución Nacional) El trato digno al pasajero transportado significa que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece...”*<sup>18</sup> Principios ahora receptados en el Código Civil y Comercial (art. 1097).

---

<sup>18</sup> CSJN, in re: L. 1170. XLII - “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, sentencia del 22/04/2008. El fuero contencioso administrativo federal señaló, a su vez, que la prestación de servicios en condición de emergencia, no puede dispensar del deber de seguridad a quien lo presta. En efecto, señaló en este sentido que: *“...el juez a quo, en el marco del conflicto planteado entre actores y demandados, se limitó a tener por acreditadas las omisiones jurídicas que, por incumplimiento de las obligaciones a cargo de cada uno de los co-demandados, se verificaban en la prestación del servicio público ferroviario de que se trata, y, en su consecuencia, a ordenar que los responsables de prestar adecuadamente el servicio y de controlar que él sea así prestado adoptasen las urgente medidas que entendié necesarias para evitar la subsistencia de tales omisiones y/o que ellas pudieran seguir poniendo en grave peligro la vida de los usuarios, circunscribiéndose a dictar una sentencia estimatoria de la pretensión en ejercicio de la función jurisdiccional que frente a ella se encontraba obligado a brindar (...) IX. Que todo ello sentado, en relación al particular agravio formulado por la UGOPE S.A., es de poner de relieve que la circunstancia de que ella preste el servicio público de transporte ferroviario de pasajeros*

3.- El deber de seguridad, debe entenderse en su vinculación directa o indirecta con la vida y la salud de las personas. De esta manera, para la Corte Suprema, el deber de seguridad incluye, necesariamente, a la protección de la salud y de los intereses económicos de los usuarios.

4.- El deber de seguridad, incluido en el art. 42 de la Constitución nacional, constituye “...una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos...”

5.- La interpretación de su alcance no puede limitarse a las obligaciones que puntualmente el prestador haya asumido (por vía legal o contractual), sino que debe ser “...efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios...”

6.- La responsabilidad por el incumplimiento del deber de seguridad y, consiguientemente, del deber de preservar la salud y los intereses económicos de los usuarios, es objetiva.

7.- De esta manera, la responsabilidad por los daños causados por el irregular cumplimiento del servicio, en el marco de los principios cons-

---

*correspondiente a la línea General San Martín, no como concesionario de él, sino de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de Gerenciamiento Operativo de Emergencia que -en los términos de lo dispuesto en el art. 4º de decreto 798/04 y resolución (ST) 408/04- suscribiera el 27/10/2004 con la Secretaría de Transporte (ver fs. 94/105), con obligación de operarlo con los bienes que le fueron entregados y en el estado en que ellos se encontraban a la fecha en que tomó posesión de los mismos -habiendo el Estado Nacional asumido la obligación de mantenerla indemne de todo reclamo por responsabilidad civil derivada de los siniestros y accidentes que, salvo dolo de su parte, pudiesen producirse como consecuencia de ello-, no autoriza a considerarla habilitada para hacerlo con ostensible compromiso del constitucional derecho de los usuarios a que ese servicio público les sea prestado en condiciones mínimas de “seguridad” para su vida, tal como acontece cuando aquellos usuarios son transportados en las condiciones que ilustran las fotografías acompañadas por el Defensor del Pueblo de la Nación...”, CNACAF, Sala I, Expte N° 23.473/05, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ UGOFESA y otro (Línea San Martín) s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24/08/2006. Doctrina reiterada por la CNACAF, Sala V, Expte. N° 5576/2014, in re: “Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia SA y otros c/ DNCI s/recurso directo ley 24.240 – Art. 45”, sentencia del 24/09/2015.*



titucionales reseñados, solo podrá evitarse demostrando “...*la ruptura del nexo causal...*”

Por su parte, y en relación con la protección de la salud en las relaciones de consumo vinculadas con la prestación de servicios públicos, debe tenerse presente lo resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el sentido de que: “...*El derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional -art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional- siendo extensivo no sólo a la salud individual sino también a la colectiva. En tal sentido, este Tribunal ha señalado que el derecho a la salud de los habitantes (art. 36 inc. 8, Constitución provincial) implica que la actividad estatal -o en su caso la privada- no generen situaciones que la pongan en peligro genérico (Ac. 82.843, sent. del 30-III-2005), sin olvidar que el Estado debe garantizar la preservación de dicha prerrogativa con acciones positivas (B. 65.643, sent. del 3-XI-2004)...*”<sup>19</sup>

## 4. 2. Intereses económicos de los usuarios

Al margen de lo señalado anteriormente, debe decirse que la preservación de los intereses económicos de los usuarios tiene un ámbito propio de desarrollo en torno a algunas de los elementos centrales de la regulación del servicio público.

Entre ellos destaca, desde ya, el sistema tarifario.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> SCBA, causa A-70011, sentencia del 30 de noviembre de 2012, in re: “Conde Alberto Jose Luis y otro c/ Aguas Bonaerenses S.A. (ABSA S.A.) s/ amparo”. Ver, asimismo: SCBA, causa C 89.298, sentencia del 15 de julio de 2009, in re: “Boragina, Juan Carlos, Miano, Marcelo Fabián y Iudica, Juan Ignacio contra Municipalidad de Junín s/Amparo”.

<sup>20</sup> En relación con los sistemas tarifarios, en general, y su aplicación en el marco de la “reforma” del Estado, en particular, ver, por todos: Sacristán, Estela B., “Régimen de las tarifas de los servicios públicos”, op., cit.

## 4. 2. 1. Servicio público y tarifas

A partir de la “reforma” del Estado iniciada en 1989, la cuestión tarifaria cobró especial importancia, dada la privatización de los principales servicios públicos nacionales.

La cuestión tarifaria se centrará en las relaciones entre Estado concedente y concesionario (o licenciarios) y el mantenimiento de la denominada “ecuación económico financiera” de los respectivos contratos.<sup>21</sup>

Ello, a su vez, bajo diversas modalidades: a) de la predominante de los “Price-caps”; a b) las tarifas que incluyeron subsidios contractuales (como en el caso de los servicios de transporte ferroviario de pasajeros).

De cualquier manera, la ecuación económica de los contratos de concesión y licencia celebrados en el marco de la ley de “reforma” del Estado, estarán signados por cuestiones que, estando en la base de dicho régimen (tal como ya vimos), pretendieron ser obviadas.

---

<sup>21</sup> Sobre esto, en general, ver: Mata, Ismael, “Las facultades tarifarias del Estado (a la luz de la jurisprudencia administrativa y judicial)”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006, pág. 273 y sig. En lo que hace al reconocimiento de los principios clásicos del régimen tarifario, ajustados al modelo concesional de la ley 23.696, tenemos que la ley 24.065 establece en su art. 40 que: “Los servicios suministrados por los transportistas y distribuidores serán ofrecidos a tarifas justas y razonables, las que se ajustarán a los siguientes principios: a) Proveerán a los transportistas y distribuidores que operen en forma económica y prudente, la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una tasa de retorno determinada conforme lo dispuesto en el artículo 41 de esta ley...” Y, en el art. 42 que: “Los contratos de concesión a transportistas y distribuidores incluirán un cuadro tarifario inicial que será válido por un período de cinco (5) años y se ajustará a los siguientes principios: a) Establecerá las tarifas iniciales que correspondan a cada tipo de servicio ofrecido, tales bases serán determinadas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la presente ley; b) Las tarifas subsiguientes establecerán el precio máximo que se fije para cada clase de servicios; c) El precio máximo será determinado por el ente de acuerdo con los indicadores de mercados que reflejen los cambios de valor de bienes y/o servicios. Dichos indicadores serán a su vez ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones; d) Las tarifas estarán sujetas a ajustes que permitan reflejar cualquier cambio en los costos del concesionario, que éste no pueda controlar; e) En ningún caso los costos atribuibles al servicio prestado a un usuario o categoría de usuarios podrán ser recuperados mediante tarifas cobradas a otros usuarios.”

Entre ellas, tendremos, al menos, a: a) la crisis económica y la declaración de emergencia que da lugar a la ley 23.696; b) la necesidad de realización de grandes inversiones (para la expansión y mejora tecnológica de los servicios), sin un régimen jurídico y económico claro (para evitar subsidios cruzados dentro de cada marco regulatorio); c) la no aplicabilidad de la ley 23.928 y la dolarización del sistema tarifario<sup>22</sup>; d) la ausencia de normas regulatorias que generaran condiciones de competencia entre los prestadores privados de servicios públicos; e) la casi inmediata necesidad de renegociar los contratos de concesión y licencia una vez normalizada la situación económica general del país.

Este panorama, sumado al impulso que la privatización de la casi totalidad de los servicios públicos nacionales dio a las corrientes doctrinarias que pregonaban la muerte del servicio público, llevó a pensar que, en realidad, dichas actividades habían pasado a un régimen de regulación de mercado, en el marco del cual la intervención estatal debía justificarse como una excepción y no podía sostenerse como principio.

La cuestión tarifaria marcaría un hito en la reafirmación del sistema de potestades estatales vinculadas al servicio público, no sólo para custodiar el derecho de propiedad de los concesionarios sino, fundamentalmente, para proteger a los usuarios.

En efecto, y todavía dentro de este contexto normativo, la Corte Suprema nacional recordará y aplicará su tradicional doctrina en la materia, sosteniendo, en primer lugar, que: *“...en todo régimen de prestación de servicios públicos por medio de concesionarios -como el que vinculó a las partes- las tarifas son fijadas, aprobadas o verificadas por el poder público conforme a lo que disponen la ley o el contrato,*

---

<sup>22</sup> La CSJN, in re: “PRODELCO c/ PEN s/ amparo”, sentencia del 7 de mayo de 1998, Fallos: 321:1252, estableció (considerando 20) que la ley 23.928 “...sólo estableció un régimen de convertibilidad para la moneda nacional y la prohibición de reformular su expresión económica mediante el empleo de índices que midan la variación de precios...” y que esta cuestión resultaba claramente ajena al eventual incremento de tarifas en la prestación de los servicios públicos.

*atribución que tiene en mira consideraciones de interés público, tales como asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario...*<sup>23</sup>

#### **4. 2. 2. Servicio público, tarifas e igualdad**

La vinculación conceptual del servicio público (y de las tarifas en general) con el principio de igualdad tendrá, a su vez, y en concreto, dos aproximaciones posibles.

Una primera, general, que tendrá que ver con el estándar de origen constitucional por el cual las tarifas de servicios públicos deben ser “justas y razonables”.

La “justicia y razonabilidad” de las tarifas viene, en esta primera aproximación, a establecer un estándar mediante el cual podrán interpretarse algunas cuestiones fundamentales como: a) el acceso “univer-

---

<sup>23</sup> CSJN, in re: “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato”, sentencia del 30/06/1998. En la misma época, la Corte Suprema recordará que: “...desde antiguo esta Corte ha reconocido que la potestad tarifaria reside en el poder administrador y que ella no se ve afectada por la concesión a particulares de la prestación de un servicio público. Así, dijo en la causa “Ventafridda, Víctor c/ Cía. Unión Telefónica” (Fallos: 184:306) que, tratándose de un servicio “cuya explotación se confiere por el Estado en forma de franquicia, concesión o privilegio, la única defensa del público llamado a usar de él consiste en el contralor permanente de aquél sobre los precios, por medio de las tarifas. Es por eso que ninguna tarifa tiene validez legal sin una ley o decreto que la autorice, pero una vez establecida ella es obligatoria para el público y para el concesionario”. Sobre el modo de ejercicio de esa potestad, señaló esta Corte en la misma causa que: “la apreciación de la autoridad administrativa acerca de la justicia y razonabilidad de las tarifas a los fines de su aprobación, es por la ley 750 1/2 facultad privativa del P.E. y éste puede usarla tanto respecto del pasado, diciéndolo expresamente, como del porvenir, sin que los jueces tengan facultad para revisarlas dejándolas sin efecto o para modificarlas en cualquier sentido” (...) Esa doctrina fue recientemente recordada por este Tribunal para ratificar la diferencia entre el ejercicio del control jurisdiccional de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las tarifas, del ejercicio mismo de la potestad tarifaria, que no compete a los jueces, sino al poder administrador, al que no cabe sustituir en la determinación de políticas o criterios de oportunidad (Fallos: 321:1252, voto de la mayoría, considerandos 7º, 21 a 23, 29, 30, voto del juez Boggiano, considerandos 9º, 11, 12, 15, voto de los jueces Belluscio y Bossert, considerando 12)...” CSJN, in re: “Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN) s/ amparo - ley 16986”, sentencia del 07/12/1999.

sal” al servicio; b) la eficiencia del servicio (en relación con sus costos); y c) la retribución del prestador.<sup>24</sup>

Una segunda variante que puede indagarse tiende a visualizar, dentro del principio de “justicia” que deben asegurar las tarifas, la existencia y eventual eliminación de situaciones de “inequidad” que puedan darse entre los usuarios del servicio.

Finalmente, y dentro de esta misma variante, surgirán las cuestiones vinculadas a la justificación constitucional de la distribución “desigualitaria” de los costos entre el universo de usuarios.

Es decir, la existencia de “subsidios cruzados” entre distintas categorías de usuarios.

### **4. 2. 3. El estatuto jurídico del usuario y la cuestión tarifaria**

El marco constitucional de derechos y garantías vinculados con el régimen jurídico del servicio público impone el tratamiento de la cuestión tarifaria de manera directamente vinculada con la protección de los “intereses económicos” de los usuarios.

En efecto, la jurisprudencia nacional ha afirmado que: “...*en todo régimen de prestación de servicios públicos por medio de concesionarios -como el que vinculó a las partes- las tarifas son fijadas, aprobadas o verificadas por el poder público conforme a lo que disponen la ley o el contrato, atribución que tiene en mira consideraciones de interés público, tales como asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario...*”<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Afirmandose en este sentido que: “...*la tarifa que paga el usuario no puede ser un impedimento para el acceso al servicio y para ello la misma debe ser justa y razonable. Justa en cuanto debe intentar ser un punto medio y equilibrado entre las partes, y razonable en los términos de que no puede ser un impedimento para poder acceder a la prestación...*”, Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil II – Sala B, in re: “Bustos, Rebeca Andrea y otro c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo colectivo”, Expte. N° 21060/2016, sentencia del 4 de julio de 2016.

<sup>25</sup> CSJN, in re: M. 107. XXXII R.O - “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato”, sentencia del 30/06/1998.

Concepto que, a su vez, debe interpretarse a partir de la consideración –ya recordada- de que el nuevo sistema de derechos y garantías incluido a favor de los usuarios, tiene fundamento en que: “...*los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial...*” y que: “...*la Constitución Nacional obliga a los prestadores de servicios a los consumidores a brindarles un trato digno (art. 42 Constitución Nacional) El trato digno al pasajero transportado significa que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad...*”<sup>26</sup>

Debiendo destacarse que la eventual necesidad de establecimiento de una tarifa social surgirá, en cualquier caso, del derecho de los usuarios a un trato “...*equitativo y digno...*” expresamente reconocido en el art. 42 de la Constitución Nacional.

Sobre esta base normativa, se desplegarán, a su vez, las obligaciones de intervención “positiva” del Estado a efectos de corregir o paliar las situaciones de desigualdad “real” o de discriminación que existan en el seno de la sociedad, en este caso vinculadas con la prestación de servicios públicos.

#### **4. 2. 4. Servicios públicos, emergencia y renegociación. La cuestión tarifaria**

El punto de arribo del sistema prestacional inaugurado por la ley 23.696 (con un paso intermedio dado por la ley 25.344), será la ley de emergencia 25.561, sancionada en enero de 2002.

Norma de emergencia que tendrá una profunda influencia en el marco prestacional y regulatorio de los servicios públicos nacionales al establecer, en lo pertinente: a) la pesificación y congelamiento tarifario;

---

<sup>26</sup> CSJN, sentencia del 22 de abril de 2008, in re: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.” Doctrina reiterada por la propia Corte Suprema nacional in re: U. 55. XLIII “Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros”, sentencia del 09/03/2010; Fallos: 333: 203.

y b) un sistema de renegociación generalizada de los contratos de concesión y licencia de servicios públicos.<sup>27</sup>

Esta profunda intervención estatal atravesará a todos los servicios públicos nacionales y redundará, en definitiva, en las siguientes cuestiones: a) renegociación de contratos de concesión y licencia; b) inicio de acciones judiciales y arbitrales por parte de los concesionarios y licenciarios, tanto en el país como en el exterior; c) estructuración de un sistema generalizado de subsidios por parte del Estado nacional, para atender a los déficit producidos por la pesificación y el congelamiento tarifarios; d) el establecimiento, por vía tarifaria, de cargos específicos para costear la realización de inversiones; e) la rescisión de contratos de concesión y licencia y la creación de sociedades de propiedad estatal para la continuidad de la prestación de los servicios públicos.

El último eslabón de esta evolución será, ante la crisis económica, el establecimiento de las que se denominaron tarifas “sociales”.

En algunos casos, estableciéndolas en los marcos regulatorios de manera explícita y con un régimen económico claro. Y, en la mayoría, por la simple intervención estatal en el otorgamiento de subsidios a las empresas prestadoras a efectos de compensar la suba de costos ante la pesificación y el congelamiento tarifario que siguió a la ley 25.561.

#### **4. 2. 5. Servicios públicos e indexación de tarifas en moneda extranjera**

Todavía bajo la vigencia de la ley de emergencia 25.344, la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal reafirmaría,

---

<sup>27</sup> Sobre esto, ver: Ivanega, Miriam M., “Control judicial sobre las tarifas en los servicios públicos”, Servicio Público, Policía y Fomento, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, 845 y sig. Por su parte, más allá de los que seguidamente se analizarán, resultan casos testigos de los efectos que tendrá la ley 25.561 en materia tarifaria y, especialmente, en lo atinente a las medidas adoptadas en defensa de la situación de los usuarios, los siguientes: CNCIV Y COMFED, Sala III, Causa n° CCF 10751/2006/CA1, in re: “YCRT S.A. c/ OCEANMARINE S.A. s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 19/05/2015; y CSJN, U. 63. XLIX. REX, in re: “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN - Ley 25413 - M° Economía - resol 72/03 y otro s/proceso de conocimiento”, sentencia del 15/09/2015.

por un lado, la potestad tarifaria de la administración en vinculación directa con una insipiente política de subsidios, al señalar que: “...la retribución prevista al concesionario en el contrato la compone tanto la tarifa que percibe de los usuarios como el subsidio abonado por el Estado Nacional, encontrándose ambos interrelacionados de tal modo que con el incremento de uno disminuye el otorgamiento del otro (...) Es por tanto innegable la atribución de la Administración en decidir el equilibrio en la relación tarifas-subsidios, dada la incidencia fiscal que esta última tiene sobre los recursos del Tesoro Nacional y más aún en el marco de la emergencia económica declarada por la ley 25.344...”<sup>28</sup>

Y, por otro lado, suspenderá un aumento tarifario, a partir de la consideración de los derechos reconocidos a los usuarios en el art. 42 de la Constitución nacional, que se trataba de “...un servicio público esencial...”, en el cual “...la libertad de elección y las reglas del así llamado “mercado” resultan prácticamente inexistentes...”, las crecientes dificultades económicas que afectaba a “...amplios sectores de la población...”, en un régimen tarifario que había previsto “...la dolarización de las tarifas y el seguro de cambios que ello implica como etapa preliminar a una indexación en función de la evolución de precios extraños a la economía doméstica y la eventual huida de expresas disposiciones de la ley de convertibilidad...”, decidiendo por ello “...la suspensión precautoria de los efectos del decreto impugnado hasta tanto se pronuncie sentencia sobre el fondo de la cuestión propuesta...”<sup>29</sup>

Luego, y ya en el marco de la ley de emergencia 25.561, se planteará la posibilidad del cobro retroactivo de las tarifas que surgieran con motivo de la renegociación de los contratos de concesión y licencia.

En este aspecto, se considerará que las circunstancias: “...completamente excepcionales y fundadas en la preexistencia de una ley que decla-

---

<sup>28</sup> CNACAF, Sala V, “Defensor del Pueblo de la Ciudad -Incidente Med c/ E.N.- Mº E I y V - Resols. 1006 1007/00 STN- Resol 17 y 18/00 s/ amp. proc. sumarísimo. (art. 321 inc. 2º C P C y C, (expte. nº519/2001))”, causa 519/2001, sentencia del 15/03/2001.

<sup>29</sup> CNACAF, Sala V, in re: “Defensor del Pueblo de la Nación - Incidente de med. c/ Estado Nacional - PEN-Mº E- Dto 1738/92 Y OTRO s/ Proceso de Conocimiento”, causa 39674/2000, sentencia del 05/10/2001.



*ró el estado de emergencia económica y sujetó a las tarifas vigentes desde enero de 2002, a un proceso de renegociación general, que tuvo carácter público y fue cumplido con la intervención del Congreso y de los usuarios, no corresponde hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad articulado por la parte actora. En tal sentido, cabe advertir que en la especie no se ha producido prueba alguna tendiente a acreditar que los cargos retroactivamente facturados por aplicación de la Cláusula IV del Acta Acuerdo se han extendido por un lapso exagerado, considerando el momento de celebración de ese Acta Acuerdo en el que se instrumentó la renegociación; ni que las tarifas así fijadas resultaron irrazonables o confiscatorias, teniendo en cuenta el costo total de la energía consumida y el incremento de los costos de prestación...*<sup>30</sup>

A su vez, y en lo que hace a la inclusión en las tarifas de cargos específicos para la financiación de inversiones, la jurisprudencia del fuero señaló que: “...teniendo en cuenta que la nota característica de las tarifas es que representan el precio que el usuario debe pagar por el servicio prestado, el diseño normativo del instituto no permite incluir a los cargos en los términos de los arts. 37 y 38 de la ley 24.076 y 40 y 41 de la ley 24.065 (...) el contexto de emergencia en el que cobró vida jurídica la carga cuestionada, no exime al poder público de acatar el mandato constitucional contenido en los art. 4, 17, 52 y 75, inciso 2, de la Constitución federal. En otras palabras, no puede omitirse la vigencia del principio de reserva...” Y que: “...la necesidad de financiar obras de infraestructura para enfrentar una grave situación de emergencia energética, así como los efectos inmediatos en tal contexto del proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos, no constituyen válidos argumentos para aceptar la postura de las deman-

---

<sup>30</sup> CNACAF, Sala V, in re: “Unión de usuarios y consumidores c/ EN - Dto. 1957/06 Resol. ENRE 51/07- Edenor y Otro s/ Proceso de conocimiento”, Expte. N° 10.560/2009, sentencia del 01/06/2011. Del Voto del Sr. Juez Jorge Federico Alemany, concurrente con la mayoría. En la causa, se hizo lugar a la demanda iniciada por Rendering SA y declaró la inconstitucionalidad tanto de los arts. 4o, 5o y 9o, segundo párrafo, de la ley 26.095 como del Decreto N°1216/06 y las Resoluciones N°2008/06 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión y Servicios Públicos y N°3689/07 del Enargas.

*dadas (...)En tal marco referencial, el interés público no sólo comprende el aseguramiento de la acción regulatoria estatal, sino también incluye la necesidad de que toda sanción de un tributo esté respaldada en forma clara y definida por una norma de rango de ley...*<sup>31</sup>

La protección de los derechos de los usuarios, llevará, incluso, a la consideración de la aplicación de los principios tarifarios del servicio público respecto de las actividades de generación de energía eléctrica que, por imperativo legal, no se han incluido como tales dentro del régimen de la ley 24.065.

Así, se señaló que: *“...en la medida en que, en el caso, C.T.S.N. S.A. (generadora) y EDELAP S.A. (distribuidora) están vinculadas por un contrato de suministro de energía eléctrica -es decir que la actividad de generación de C.T.S.N. S.A. está dirigida a abastecer de energía un servicio público-, que el precio que EDELAP S.A. abona en virtud de ese contrato se traslada directamente a la tarifa a usuario final, que la regulación de la actividad de distribución de electricidad debe asegurar -en lo que aquí concierne- que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables y que se prevé la regulación de la actividad de generación en los aspectos y circunstancias que afecten el interés general, en consecuencia no cabe sino concluir que, de conformidad con lo establecido en los arts. 1 (primer y tercer párrafo), 40 inc. c) del decreto n° 1398/92 y arts. 1, 2, incs. a) y i), 40 inc. c), 56, incs. a), d) y s) y 63 incs. a) y g) de la ley n° 24.065, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad obró, en el dictado de ambas resoluciones, en ejercicio de facultades que le son propias...”*<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> CNACAF, Sala II, in re: “Rendering S.A. c. Estado Nacional”, sentencia del 19/05/2009.

<sup>32</sup> CNACAF, Sala III, in re: “Central Térmica San Nicolás c/ ENRE M° de Economía s/ recurso directo”, Expte. N° 31405/1998, sentencia del 13/03/2012. En el caso, la Central Térmica San Nicolás S.A. interpuso recurso contra la Resolución de la Secretaría de Energía y Puertos de la Nación N° 374/98 -que había confirmado las Resoluciones ENRE N° 682/97 y 713/97- en tanto las mismas modificaban el contrato de suministro de energía eléctrica que la vincula con EDELAP S.A. al alterar la fórmula de ajuste del precio del mismo originariamente prevista por las partes, y le impusieron la utilización de una nueva metodología de actualización del precio de dicho contrato.

## 4. 2. 6. Mutabilidad del servicio público por razones de interés social

La mutabilidad del servicio público –en el marco de la emergencia económica declarada por la ley 25.561- tendrá una aplicación concreta en el esquema tarifario, a efectos de proteger al usuario.

Así, tenemos que la jurisprudencia ha considerado, al tratar las implicancias de la ley de emergencia 25.561, que: *“...El específico ámbito de aplicación del reseñado precepto es, pues, el de la protección del consumidor definido por la ley 24.240 y, más concretamente, lo que tutela el art. 13 de la ley 25.561 es -como lo ha destacado la doctrina- exclusivamente el contrato entre el concesionario y el usuario (...) En el caso, empero, resulta meridianamente claro que no es lo mismo la relación consumidor-distribuidor, que la relación distribuidor-productor, pues en la primera inciden componentes que no están en la segunda, vinculados a la protección del usuario de un servicio público, que son precisamente los que permiten discriminaciones como las cuestionadas, en el sentido de admitir que unos sujetos deban asumir el incremento resultante del CER y otros no por su especial posición en la cadena de comercialización del gas (...) La invocada violación del principio del pass through tampoco aporta demostración de arbitrariedad en el laudo. Como fuera explicado precedentemente, la soportación por el distribuidor del incremento derivado del CER, sin posibilidad de traslación del precio pagado por el usuario, constituye una solución que tolera un test constitucional basado en la garantía de igualdad ante la ley y que, por consecuencia, sirve de fundamento bastante para excepcionar -dentro de un marco de emergencia como el declarado por la ley 25.561- la aplicación del principio referenciado...”*<sup>33</sup>

De la misma manera, se estableció que: *“...las normas atacadas fueron dictadas en el marco de las facultades emergentes de las leyes 25.561, 25.790 y 25.820 con el fin de evitar posibles situaciones de insuficiencia de*

<sup>33</sup> CNCOM, Sala D, causa 51.804/2006, “Mobil Argentina SA c/Gasnor SA; s/ laudo arbitral s/ queja”, sentencia del 08/08/2007.

*suministro y atender las ampliaciones y extensiones del sistema de transporte o distribución de gas natural necesarias para cubrir el crecimiento de la demanda (...) las incidencias que en el servicio público tuvieron las medidas de emergencia tomadas en el marco de las leyes 25.561, 25.790 y 25.820, la necesidad de emitir señales económicas razonables que garanticen el normal abastecimiento del producto, la de promover inversiones y la de orientar la política energética y tarifaria en sentido social, con el objeto de proteger fundamentalmente a los sectores de menores ingresos (...) las diferencias entre los distintos sectores del servicio público del gas, cuyas características no son comparables ni compatibles entre sí, lleva aparejada la determinación de situaciones no comunes a todos ellos...”<sup>34</sup>*

#### **4. 2. 7. Servicio público y “cargos” específicos**

Entre las derivaciones de la emergencia declarada por la ley 25.561, la pesificación y el “congelamiento” tarifario que le siguieron, se encuentra el establecimiento de subsidios estatales a las empresas prestadoras y la creación de “cargos” específicos, a cargo de los usuarios, destinados sostener la ampliación de la infraestructura de los servicios públicos nacionales.

Respecto de los “cargos” específicos establecidos en la ley 26.095 y sus normas reglamentarias, la Corte Suprema se pronunció a favor de su constitucionalidad en la causa “Establecimiento Liniers S.A.”, del 11 de junio de 2013.

En la causa, la Corte Suprema, por mayoría, comparte el criterio de la Procuradora Fiscal, estableciéndose que: “...*en ejercicio de la potestad tarifaria, para la mejor prestación del servicio dado en concesión y ante acontecimientos que pudieran modificar las bases tenidas en cuenta al contratar, la autoridad de aplicación puede resolver de qué modo será satisfecha la diferencia, a cuyo fin puede aumentar la tarifa*

---

<sup>34</sup> CNACAF, Sala II, Expte. 21.517/04, “Cid Gas S.A. c/ Estado Nacional- M° de Planificación (ENARGAS)- Dto. 180 y 181/04 y otros s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 06/12/2007.

*o emplear otra forma de financiación del servicio (conf. doctrina de Fallos: 322: 3008) (...) En ese marco, a mi juicio, se inserta la posibilidad de financiar el costo de las ampliaciones de la infraestructura de la red de energía mediante los cargos específicos creados por la ley 26.095. Por tal motivo (...) deben considerarse que tienen naturaleza tarifaria, con la especial característica de que dichos cargos están destinados al repago de obras que serán ejecutadas por el Estado nacional...”, en función de lo cual se concluyó que: “...la ley 26.095 vino a complementar el régimen vigente de la ley 24.076, pues la creación de los cargos específicos por aquella en cuanto estableció un nuevo modo de financiación de las obras de expansión del transporte se tradujo en una modificación tarifaria que la Administración ya se encontraba facultada a realizar en ejercicio del poder que, a tal fin, el marco regulatorio del sector le había conferido (...) Desde tal perspectiva, las facultades atribuidas por la ley 26.095 al Poder Ejecutivo (...) no aparecen, a mi criterio, como manifiestamente arbitrarias o ilegítimas, motivo por el cual considero que deben desecharse las observaciones de carácter constitucional que se fundan en la naturaleza tributaria de tales cargos y en la consecuente violación al principio de reserva de ley que rigen en aquella materia...”*

#### **4. 2. 8. Servicio público y tarifa “social”**

Como adelantamos, una de las novedades que, a nivel tarifario, traerá el régimen del servicio público a partir de la reforma constitucional de 1994, será el de la tarifa “social”.

La denominada tarifa “social” constituye, tal como ha sido tratada por la doctrina, una especie del género “tarifa equitativa” o “tarifa excepcionada por razones de equidad”.

En este sentido, conviene desde ahora tener presente que las “discriminaciones” en los precios del servicio adquieren múltiples expresiones; tal como lo recuerda la doctrina: “...Desde la gratuidad absoluta (que siempre es coste indirecto para otros colectivos) del grupo perceptor, hasta la tarifa de coste real, o la tarifa subvencionada, todas expresan

*posibilidades reglamentarias de acceso a las prestaciones del servicio (...) pues lo político del precio está en la nivelación inducida que toda actividad de servicio supone respecto de los administrados (...) La discriminación de tarifas, si responden a la desigualdad de situaciones socioeconómicas de los usuarios, revelan la aplicación correcta del principio de igualdad tarifaria que, curiosamente, parte precisamente del hecho de la desigualdad económica y social. El principio de discriminación tarifaria, visto desde este sentido, se convierte en un principio justo de política social en los servicios públicos...*<sup>35</sup>

Todo lo cual indica que la tarifa “social” puede ser vista, en relación con el principio de igualdad, bajo una doble óptica: a) como excepción al principio general de igualdad de trato debido a los usuarios de servicios públicos (igualdad tarifaria); o b) como un medio para lograr una igualdad sustancial entre los usuarios de servicios públicos (igualdad tarifaria a partir de un acto de discriminación inversa).

Bajo la primera de las ópticas, se ha señalado que: *“...El estándar de igualdad, aplicado a las tarifas, indicaría (...) que la generalidad de la tarifa admite excepciones al criterio de igualdad tal que se justifiquen discriminaciones por razones económicas o sociales. Las primeras harían a razones de eficiencia; las segundas, a razones de equidad...”*<sup>36</sup>

Las así llamadas “tarifas de equidad”, abordan, temáticamente, dos grandes aspectos: *“...Por un lado, problemas de acceso o conexión al servicio y pago de la tarifa cuando, dadas determinadas circunstancias fácticas acreditables (físicas, v.gr. enfermedad; económicas, v.gr., pobreza; sociales, v.gr., edad avanzada; geográficas, v.gr. condiciones climáticas de un área dada), están obligados a hacer uso del servicio (...) Por el otro lado, la cuestión de la desconexión por falta de pago de la tarifa cuando, dadas determinadas circunstancias fácticas acreditables (valga la reiteración: (físicas, v.gr. enfermedad; económicas, v.gr., pobreza; sociales,*

---

<sup>35</sup> Serrano Triana, Adolfo, “Fundamentos del Servicio Público”, Tomo II, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, pág. 247.

<sup>36</sup> Sacristán, Esteba B., “Régimen de las tarifas de los servicios públicos”, op., cit., pág. 148.

v.gr., edad avanzada; geográficas, v.gr. condiciones climáticas de un área dada), están obligados a hacer uso del servicio...<sup>37</sup>

En definitiva, y siguiendo siempre a Estela Sacristán, la tarifa equitativa: “...Se trata, prima facie, de una tarifa distinta o no-igual, asociada a una clasificación de usuarios construida con base en razones de índole no-económica –v.gr., con base en necesidades y costos sociales-, que se aparta de los precios generales a los que hacen frente los restantes usuarios de la clase bajo el estándar de igualdad, para remunerar los costos en los que la firma incurra para poner a disposición o prestar efectivamente el servicio a los demás usuarios, siendo los costos y razonable ganancia asociados a la tarifa del servicio en cuestión cubiertos por un tercero a la clasificación construida. Ello, pues las consideraciones sociales, de alteridad o de solidaridad, y las respuestas de equidad resultantes, no pueden desviar la atención del juicio utilitario en las relaciones entre autoridad concedente y firma prestadora, v.gr., el juicio utilitario de cómo establecer un precio máximo que asegure la mayor eficiencia de la firma al menor costo para los usuarios...o, en su caso, el juicio utilitario de cómo arribar al cálculo de un tarifa que brinde a la firma un justo retorno sobre capital invertido...<sup>38</sup>

Todo lo cual nos lleva a definir a la tarifa social como un precio diferenciado y subsidiado de los servicios públicos que debe permitir un consumo mínimo garantizado de dichos servicios a la población de menores recursos. Manifestándose, así, como expresión concreta del derecho de los usuarios al libre acceso en condiciones de igualdad, no discriminación y uso generalizado a los servicios públicos, en el marco de una rentabilidad económica razonable para las empresas prestatarias.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Sacristán, Esteba B., “Régimen de las tarifas de los servicios públicos”, op., cit., págs. 149 y 150.

<sup>38</sup> Sacristán, Esteba B., “Régimen de las tarifas de los servicios públicos”, op., cit., págs. 157 y 158.

<sup>39</sup> Cabe anotar que se han presentado en el Congreso nacional diversos proyectos de ley para la regulación de la tarifa social en los servicios públicos nacionales. Entre ellos, se destacan: el proyecto de ley 112 (09/09/2009), Expte. N°4354-D-2009; el proyecto de Ley 111 (08/09/2009), Expte. N° 4309-D-2009; y el proyecto de ley 003 (04/03/2009), 0312-D-2009, LEY DE TARIFAS DE INTERES SOCIAL (TIS).

#### 4. 2. 8. 1. *Recepción normativa de la tarifa “social” en los marcos regulatorios argentinos*

##### 4. 2. 8. 1. 1. *Servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales*

A nivel legislativo, la Ley 26.221, aprobatoria del “Marco regulatorio para la concesión de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales”, estableció en su art. 4º que: “*Son objetivos del presente Marco Regulatorio los siguientes: (...) g) Asegurar que las tarifas y precios que se apliquen a los servicios sean razonables y contemplen criterios de equidad distributiva entre los usuarios, sin perjuicio de los subsidios que se establezcan para aquellos que económicamente no puedan acceder a pagar los servicios regulados.*”

A su vez, el art. 64, dispone que: “*Las estructuras y sistemas tarifarios contemplarán: a) Subsidios cruzados específicos al consumo, que implica el subsidio directo a los usuarios de menores recursos (tarifa social, etc.) y se otorga directamente a quienes por razones económicas no pueden pagar los servicios, según lo establezcan las normas específicamente dictadas al efecto. b) Subsidios no específicos. Implica recargar a algún sector de usuarios con mayor capacidad económica para cobrar menos a quienes no lo pueden hacer o ejecutar obras destinadas a otro sector que por su capacidad económica no las puede afrontar. Sin perjuicio de aquellos servicios que según el presente Marco Regulatorio la Concesionaria deba prestar gratuitamente, en caso que el Poder Ejecutivo Nacional dispusiera exenciones y subsidios explícitos, ellos estarán a cargo del Tesoro Nacional y deberán contemplarse en el presupuesto correspondiente.*”

Por su parte, el art. 74, establece que: “*El Régimen Tarifario de la Concesión debe posibilitar sus objetivos primordiales. En tal sentido debe propender a cumplir con la universalidad del servicio, vale decir que todos los habitantes del Area Regulada accedan a los servicios de agua potable y desagües cloacales. El Régimen Tarifario de la Concesión se ajustará a los siguientes principios generales: ...e) Permitirá que los valores tarifarios aplicados a algunos segmentos de Usuarios equilibren el costo económico*



*de la operación, así como los de otros grupos de usuarios del sistema. f) La estructura tarifaria deberá propender a la concreción del objetivo de la universalización del servicio...*

Para finalmente regular de manera específica, en el art. 76, a la “Tarifa social”, estableciendo que: *“...El Régimen Tarifario debe contemplar la implementación de una tarifa social que permita contar con los servicios de agua potable y saneamiento a sectores económicos de bajos recursos, a cuyo efecto deberá contemplar un mecanismo que posibilite identificar los casos prioritarios. La tarifa social subsistirá en cabeza de un mismo Usuario durante 12 meses continuos. Su renovación estará sujeta a las reglas que establezca la Autoridad de Aplicación y en todo caso será considerada subsidio directo.”*

El Reglamento del Programa “Tarifa Social”, fue aprobado por la Disposición N°16/14 de la Subsecretaría de Recursos Hídricos (SSRH), y sus criterios de inclusión y asignación del beneficio se establecieron a través de la Resolución N°46/14 del Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS), cuyo Anexo IV, referido a los Valores de Referencia Periódica, será actualizado semestralmente.

A su vez, en fecha 31/03/16, la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación ha dictado la Disposición SSRH N°62/16 introduciendo modificaciones que facilitan la operatoria de inclusión para los Usuarios Residenciales.

El Programa contempla la posibilidad de otorgar diferentes beneficios a los Usuarios del Área de Concesión de AySA, destinados tanto al pago de sus facturas y de los cargos de conexión al servicio como a la regularización de sus deudas.

Concretamente, por medio de la Disposición SSRH N°62/2016, se consideró que: *“...con el objeto de asegurar el abastecimiento de los servicios a la población de menores ingresos se ha mantenido un subsidio parcial de las tarifas con aportes del Tesoro Nacional.”* Y que: *“...se ha tenido en cuenta que para los usuarios que carezcan de capacidad de pago para afrontar la totalidad de la tarifa establecida con carácter general, se ha dispuesto fortalecer y aumentar los recursos del Programa de Tarifa*

*Social que administra el ENTE REGULADOR con el objeto de atender el aumento de la demanda de este beneficio.”*

Algo similar ha ocurrido en el derecho público provincial.<sup>40</sup>

#### *4. 2. 8. 1. 2. Servicio público de distribución de gas*

En el caso del servicio público de distribución de gas, la inclusión dentro de los cuadros tarifarios de una tarifa social, comenzó con el dictado de la Resolución ENARGAS N° I-2905/14, por medio de la cual se aprobó la creación del “Registro de Exceptuados a la Política de Redireccionamiento de Subsidios del Estado Nacional.”<sup>41</sup>

Posteriormente, con el dictado de la Resolución N°28/16 del Ministerio de Energía y Minería (MEyM), se dispuso la aplicación de una tarifa final diferenciada a aquellos usuarios que, por su menor capacidad de pago, se vean imposibilitados de abonar los Cuadros Tarifarios Finales correspondientes a su área, denominada formalmente como “Tarifa Social” y consistente en una bonificación del cien por ciento (100%) del precio de Gas Natural o del Gas Propano

---

<sup>40</sup> El Decreto 878/03 aprobatorio del Marco Regulatorio del servicio público de provisión de agua potable y cloacas para la Provincia de Buenos Aires, dictado en el año 2003 y ratificado por ley 13.154, estableció un sistema tarifario que contempla expresamente a la llamada “Tarifa de Interés Social” y cuyas normas más importantes son los arts. 26, 54 y 55. En efecto, el artículo 26 trata sobre la “Sustentabilidad de los Servicios”, estableciendo que: “*Se considera que la prestación de un servicio es sustentable cuando se logra equilibrar la oferta y demanda del mismo, donde la cobertura, calidad, inversiones, productividad y tarifas que reciben los Usuarios en el presente y en el futuro respondan a un equilibrio, constituyendo la tarifa el principal elemento a tener en cuenta, en atención a la capacidad de pago de los Usuarios.*” Por su parte, los arts. 54 y 55 tratan los principios tarifarios y específicamente la regulación de la tarifa de interés social, de la siguiente manera: “*Artículo 54: Principios Tarifarios: Los precios y tarifas que se habrán de establecer en cada caso para los servicios de agua potable y desagües cloacales que regula el presente marco, se ajustarán a los siguientes principios generales: (...) f) Permitir que los valores tarifarios aplicados a algunos segmentos de Usuarios equilibren el costo económico precisado en el inciso e), respecto de otros grupos de Usuarios del sistema. Sin perjuicio de ello, el Estado podrá implementar mecanismos de subsidios directos al consumo para ciertos grupos de Usuarios en condiciones de indigencia...*” Artículo 55: *Tarifa de Interés Social: El régimen tarifario del servicio, deberá prever que las Entidades Prestadoras apliquen una tarifa de interés social a aquellos Usuarios residenciales con escasos recursos económicos.*”

<sup>41</sup> Conforme el Art. 6° de la Resolución 3784/2016 del ENARGAS, la denominación del mismo pasó a ser: “...Registro de Beneficiarios de Tarifa Social”.

incluidos en las tarifas. Norma posteriormente modificada por medio de la Resolución 219 - E/2016.<sup>42</sup>

#### 4. 2. 8. 1. 3. Transporte público de pasajeros de carácter urbano y suburbano de jurisdicción del Estado Nacional en el Área Metropolitana de Buenos Aires

Por medio de la Resolución N°46/2016 del Ministerio de Transporte, se estableció una “Tarifa con atributo social”.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> En el ANEXO I de esta Resolución sobre “CRITERIOS DE ELEGIBILIDAD PARA SER BENEFICIARIO DE LA “TARIFA SOCIAL”, se establece: “Criterios de inclusión en el beneficio: • Ser jubilado o pensionado o trabajador en relación de dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a DOS (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles. • Ser trabajador “monotributista” inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en dos (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil. • Ser beneficiario de una Pensión no Contributivas y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a dos (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil. • Ser titular de programas sociales. • Estar inscripto en el Régimen de Monotributo Social. • Estar incorporado en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (26.844). • Estar percibiendo el seguro de desempleo. • Ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur. • Contar con certificado de discapacidad expedido por autoridad competente. • Tener el titular o uno de sus convivientes una enfermedad cuyo tratamiento implique electrodependencia. Criterios de exclusión del beneficio • Registro de propiedad Inmueble - quedarán excluidos aquellos titulares de más de uno. • Padrón de Automotores - quedarán excluidos aquellos cuyos modelos tengan hasta DIEZ (10) años de antigüedad. Este criterio no aplica a quienes posean certificado de discapacidad o electrodependencia. • Embarcaciones de lujo - quedarán excluidos quienes posean aeronaves o embarcaciones de lujo.”

<sup>43</sup> Estableciendo, en su art. 3°: “Sustitúyese el Artículo 5° de la Resolución N° 975 de fecha 19 de diciembre de 2012 del ex MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE, el cual quedará redactado de la siguiente manera: “ARTÍCULO 5°.- Establécese que los usuarios del sistema de transporte público por automotor y ferroviario que posean tarjetas del SISTEMA ÚNICO DE BOLETO ELECTRÓNICO (S.U.B.E.) y que pertenezcan a los grupos de afinidad o atributos sociales que seguidamente se mencionan, abonarán los montos establecidos para las TARIFAS CON ATRIBUTO SOCIAL en el ANEXO I de la presente resolución y continuarán abonando los montos establecidos para las TARIFAS CON SUBE en los ANEXOS II a VII de la Resolución N° 66 de fecha 19 de julio de 2012 del ex MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE, y sus modificatorias, a saber: a) Jubilados y/o pensionados. b) Beneficiarios de la Asignación Universal por Hijo. c) Beneficiarios de la Asignación por Embarazo. d) Beneficiarios del Programa Jefes de Hogar. e) Personal del Trabajo Doméstico. f) Veteranos de la Guerra de Malvinas. g) Beneficiarios del “Programa de Respaldo a Estudiantes Argentinos” (PROGRESAR). h) Beneficiarios del “Programa Ingreso Social con Trabajo”. i) Beneficiarios de Pensiones No Contributivas. j) Monotributistas Sociales inscriptos en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social (REDLES). k) Otros beneficiarios que se establezcan en el futuro. Para gozar de tal beneficio, los usuarios antes mencionados deberán poseer la

Para ello, se tuvo en cuenta que: “...es política del ESTADO NACIONAL continuar e incrementar las acciones que tienden a tutelar a los sectores de la población con mayor vulnerabilidad social, tal es el caso de aquellos que cuentan con planes sociales otorgados por el mismo ESTADO NACIONAL y/o pertenezcan a los colectivos mencionados en el Artículo 5° de la Resolución 975 del 19 de diciembre de 2012, del entonces MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE, como ser jubilados y pensionados, personal del trabajo doméstico y veteranos de la guerra de Malvinas, que se encuentren individualizados en los registros de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES)...”

Estableciéndose, además, que corresponde incluir a los titulares del Programa Ingreso Social con Trabajo, a los Monotributistas Sociales inscriptos en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Social y Economía Social (REDLES) y a los Beneficiarios de Pensiones No Contributivas; como nuevos beneficiarios de la “Tarifa con atributo social” propiciada.

Se tuvo presente, por su parte, que por la Resolución N°1609 de fecha 26 de diciembre de 2013 y su modificatoria N°579 de fecha 24 de junio de 2014, ambas del ex Ministerio del Interior y Transporte, se implementaron políticas que permiten a los sectores sociales mencionados, acceder al servicio público de transporte utilizando como medio de pago el Sistema Único de Boleto Electrónico (SUBE) y contando con una tarifa diferenciada que aplicaba un descuento del cuarenta por ciento (40%) sobre las tarifas con SUBE correspondientes.

Y que, en virtud de la Resolución N°2391/2015 del ex Ministerio del Interior y Transporte, correspondía disponer una “Tarifa con atributo social” para los grupos de afinidad que se encuentran detallados en el Artículo 5° de la Resolución N°975/2012, su modificatoria, Resolución

---

*Tarjeta SUBE debidamente personalizada con el atributo social y/o el grupo de afinidad que le corresponda. Los Boletos Escolar y Estudiantil no sufrirán cambios en su valor por aplicación de la presente resolución. Respecto de aquellos servicios en los cuales se encuentre vigente una gratuidad o franquicia mayor a la prevista por el presente artículo, se aplicará dicha gratuidad o franquicia”.*

N°225 de fecha 18 de marzo de 2015, y subsiguientes, todas del ex Ministerio del Interior y Transporte.

Propiciando otorgar un mayor descuento para los grupos de afinidad detallados en la resolución antes mencionada; elevando el porcentual de descuento de la tarifa diferenciada al cincuenta y cinco por ciento (55%).

Todo ello, sin retirar los demás beneficios de que puedan disponer los usuarios de servicios públicos de pasajeros, de manera tal de no vulnerar sus derechos adquiridos.

#### *4. 2. 8. 1. 4. Servicio público de distribución de energía eléctrica*

Por medio del art. 1° de la Resolución 7/2016, el Ministerio de Energía y Minería de la Nación (MEyM), instruyó al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) para que efectúe, a cuenta de la Revisión Tarifaria Integral (RTI), un ajuste del valor agregado de distribución en los cuadros tarifarios de EDENOR S.A. y EDESUR S.A., aplicando para ello el “Régimen tarifario de transición” resultante de la aplicación del Numeral 4.2 y siguientes de la Cláusula Cuarta de las “ACTAS ACUERDO” celebradas entre la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN) y EDENOR S.A. y la citada UNIREN y EDESUR S.A., ratificadas respectivamente por los Decretos N° 1.957/2006 y N° 1.959/2006.

Al mismo tiempo, lo instruyó por el art. 2° para: *“...aplicar una Tarifa Social al universo de usuarios de EDENOR S.A. y EDESUR S.A. que resulten de la aplicación de los criterios que, como Anexo I, forman parte integrante del presente acto, definidos en cumplimiento de lo dispuesto en la Cláusula Décimo Quinta del ACTA ACUERDO ratificada por el Decreto N° 1.957/2006 y de la Cláusula Décimo Cuarta del ACTA ACUERDO ratificada por el Decreto N° 1.959/2006. El ENRE deberá aplicar las excepciones a los criterios establecidos en el Anexo I de la presente resolución que, con intervención previa del CONSEJO NACIONAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICAS SOCIALES dependiente de la PRE-*

*SIDENCIA DE LA NACIÓN, o el órgano que resulte competente en la materia, estime convenientes por responder a la finalidad tutelar perseguida al instrumentar la Tarifa Social.” Norma posteriormente modificada por medio de la Resolución 219 - E/2016, por la cual se unificaron los criterios para que los usuarios puedan acceder a la tarifa social.<sup>44</sup>*

#### *4. 2. 8. 1. 5. Régimen tarifario específico para entidades de bien público*

Finalmente, cabe tener en cuenta lo previsto por la ley 27.218, que aprobó un “Régimen tarifario específico para entidades de bien público”.

El Régimen Tarifario Específico define un tratamiento particular a aplicar a las fundaciones y asociaciones sin fines de lucro sujetos de este régimen en relación con el precio que las mismas pagan por los servicios públicos.<sup>45</sup>

Conforme el art. 2: *“Este tratamiento particular obedece a la naturaleza específica de estas personas jurídicas que no persiguen fines de lucro y tienen por principal objeto el bien común.”* Y por el art. 3º: *“El Régimen Tarifario Específico que se establece en la presente ley supone el cobro de una tarifa, por parte de los prestadores de servicios públicos, que resulta de la incorporación en el cuadro tarifario respectivo de la categoría “entidad de bien público”. Los entes reguladores de servicios públicos deben*

---

<sup>44</sup> Conforme ANEXO I de esta Resolución sobre “CRITERIOS DE ELEGIBILIDAD PARA SER BENEFICIARIO DE LA “TARIFA SOCIAL”.

<sup>45</sup> Por el art. 4º se establece que son sujetos beneficiarios del régimen tarifario las: *“... asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones que no persiguen fines de lucro en forma directa o indirecta y las organizaciones comunitarias sin fines de lucro con reconocimiento municipal que llevan adelante programas de promoción y protección de derechos o desarrollan actividades de ayuda social directa sin cobrar a los destinatarios por los servicios que prestan.”* Y por el art. 6º que: *“Quedan excluidas del presente régimen las organizaciones sociales que tengan su sede principal en el extranjero, así como las formas jurídicas previstas por la ley 19.550 y toda forma jurídica existente o a crearse con fines de lucro. Esta categoría no incluye a las empresas, explotaciones comerciales, industrias y todo otro usuario que no sea compatible ni asimilable a la naturaleza o carácter de estas organizaciones sin fines de lucro. Esta categoría tampoco alcanza a las actividades con fines de lucro que se originen en el seno de asociaciones civiles o fundaciones. Asimismo, quedan excluidas las asociaciones, fundaciones o entidades creadas por sociedades comerciales, bancarias o personas jurídicas que realicen actividades lucrativas, aun cuando estas asociaciones, fundaciones o entidades tengan por objeto acciones de interés social.”*

*incorporar esta categoría en los cuadros tarifarios respectivos e implementar la tarifa creada por la presente ley.”*

Los servicios públicos alcanzados por el “Régimen...” son definidos, a su vez, como “Servicios públicos esenciales”.

Incluyéndose a los servicios públicos de: a) Agua potable y desagües cloacales; b) Electricidad; c) Gas natural; d) Telefonía.

Sin perjuicio de ello, en el art. 24 establece que: *“Todo servicio que en un futuro sea considerado servicio público esencial debe adecuarse al Régimen Tarifario aprobado por esta ley e incorporar la categoría “Entidades de Bien Público” en sus cuadros tarifarios.”*<sup>46</sup>

### **4. 3. Acceso a la información y derechos de participación**

Uno de los ámbitos conceptuales que se derivan directamente del derecho de acceso al consumo de bienes y servicios básicos, es el de los derechos de participación (legitimación procesal) y de acceso a la información pública.

Los trataremos de manera separada.

#### **4. 3. 1. El derecho de los usuarios de servicios públicos a la información adecuada y veraz**

##### *4. 3. 1. 1. El derecho de acceso a la información pública*

El derecho de acceso a la información pública tiene su antecedente directo en el derecho de “petición” a las autoridades, incluido en las constituciones nacionales decimonónicas.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Y, la vez, como límite, dispone en el art. 25, que: *“Si las asociaciones sujetos de esta ley se encontraren bajo un régimen con características similares al instaurado por la presente, pueden optar por el que resultare más favorable. Estas asociaciones no podrán, en ningún caso, acumular más de un régimen por un mismo servicio.”*

<sup>47</sup> Sobre los antecedentes del derecho de acceso a la información pública, ver: González Moras, Juan M., “El derecho de acceso a la información pública. Principales derechos y

De aquel núcleo temático original, que marcaría un tipo de evolución hacia el derecho de acceso a la información pública desde una concepción individual de los derechos, hemos pasado, en la actualidad, fundamentalmente a partir de la incorporación de específicas normas de nivel o rango constitucional con eje en la reforma constitucional de 1994 (nuevos derechos y garantías, arts. 41, 42 y 43 y, por la vía del art. 75, inc. 22, segundo párrafo, derechos y garantías reconocidos por los Tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados al sistema de fuentes), al tratamiento de un moderno derecho de “acceso” a la información pública sobre la base de un nuevo eje conceptual.

En efecto, en primer término, y a partir de su recepción constitucional, de aquel núcleo temático de derechos individuales (libertad de expresión, derecho a “peticionar” ante las autoridades), se ha desarrollado -y especificado- un nuevo derecho (que contiene, a su vez, una serie de derechos y garantías específicas) que se incorpora al plexo constitucional como un derecho humano fundamental.

Este derecho especificado es incorporado, además, por la vía de una serie de tratados internacionales de derechos humanos, como un derecho social.<sup>48</sup>

---

garantías implicados en el derecho federal argentino”, Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 422-443, julho/dezembro de 2013, Revista do Programa do Mestrado em Direito da UniBrasil, ISSN 1982-0496, <http://revistaeletronicardfdl.unibrasil.com.br>; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, Anuario de Derecho de la Comunicación, Año 1, Vol. 1 (2000), Editorial Siglo XXI, Buenos Aires; y Basterra, Marcela I., “El derecho fundamental de acceso a la información pública”, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

<sup>48</sup> En efecto, tal como lo señala la doctrina: “...*Un segundo abordaje de las posibilidades de conceptualización de la información parte de considerarlo ya no como presupuesto de ejercicio de un derecho individual, sino de su carácter de bien público o colectivo. En este sentido, la tematización de la información no se limita a las dimensiones de tipo individual, sino que cobra un marcado carácter público o social. Funcionalmente, este carácter público o social tiende a relevar el empleo instrumental de la información no como –o no sólo como– factor de autorrealización personal, sino como mecanismo o andamiaje de control institucional, tanto frente a autoridades públicas como frente a particulares cuya situación de poder de injerencia o inducción permite la determinación de conductas de otros particulares o su misma subordinación...*”, conf. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, op., cit.



Este derecho humano fundamental, incorporado al elenco de derechos sociales del bloque de constitucionalidad, representa, entonces, un claro avance respecto de aquella primigenia figura que –en su faz más dinámica– sólo permitía a los particulares (bajo estrictas condiciones de legitimación) “peticionar” ante las autoridades (sea en un procedimiento administrativo o en el cauce de un proceso contencioso administrativo).

De aquella figura originaria pasamos, ahora, a adoptar un derecho de “acceso” a la información pública que tiene, en definitiva, otro contenido y objeto.

No se trata ya de poder “peticionar” sino, especialmente, de establecer condiciones objetivas para lograr las mejores condiciones para el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos (en su faz individual o colectiva), como así también, la mayor participación posible de la ciudadanía en la gestión de la “cosa pública”, incluyendo de manera explícita, la idea o noción de “control” institucional.

A nivel federal, este derecho ha sido reglamentado, primero, por el Decreto 1172/2003 y, luego, por la Ley 27.275, sancionada en 2016.<sup>49</sup>

#### *4. 3. 1. 2. La recepción del derecho de acceso a la información pública en los Tratados internacionales de Derechos Humanos*

La jurisprudencia interamericana ha establecido, concretamente, que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “...no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”<sup>50</sup>; aportando, asimismo, el concepto

---

<sup>49</sup> El art. 1º de la Ley 27.275 establece: “Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública...”

<sup>50</sup> Corte IDH, López Álvarez, cit., párr. 163; Ricardo Canese, cit., párr. 77y Herrera Ulloa, cit., párr. 108.

–en relación con este derecho– de “información estatal” o en “poder del Estado”, presupuesto de las posibilidades de participación y contralor, por parte de la ciudadanía, de las acciones del gobierno.<sup>51</sup>

Sobre tal premisa, en definitiva, la Corte Interamericana ha forjado el principio de “Máxima Divulgación”, a efectos de guiar la interpretación del derecho de acceso a la información pública.

Principio en función del cual, deberá entenderse que toda la información en poder del Estado es, por definición, accesible y puede, válidamente, sólo estar sujeta a un sistema restringido de excepciones.<sup>52</sup> Y que, ahora, es receptado de manera expresa en el art. 1 de la Ley 27.275.

### **4. 3. 2. Acceso a la información de los usuarios de servicios públicos. Las audiencias públicas**

Como adelantáramos, el derecho de participación de los usuarios de servicios públicos en la toma de decisiones estatales que afecten sus derechos, ha sido claramente reconocido en el art. 42 de la Constitución nacional.

En primer lugar, se les reconoce el derecho a contar con “...información adecuada y veraz...”<sup>53</sup>

Y, luego, a formar parte de los entes de control de los servicios públicos nacionales.

---

<sup>51</sup> Corte IDH, *López Álvarez v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas, 01/02/2006, párr. 163; *Palamara Iribarne v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 22/11/2005, párr. 69; *Ricardo Canese v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2004, párrs. 77-80; *Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/07/2004, párrs. 108-111; *Ivcher Bronstein v. Perú*. Fondo, 06/02/2001, párrs. 146-149; “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) *v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 05/02/2001, párrs. 64-67; OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 13/11/1985, párrs. 30-33 y 43.

<sup>52</sup> Corte IDH, *Claude Reyes y otros v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 19/09/2006, párr. 92 y cctes.

<sup>53</sup> Por su parte, el Código Civil y Comercial, regula este derecho en sus arts. 1100 a 1103, los cuales resultan complementarios de las normas de la Ley de Defensa del Consumidor.

La participación de los usuarios tiene una triple finalidad: a) estar debidamente informados de las condiciones en que se prestan los servicios públicos; b) participar activamente en el proceso de elaboración de los actos administrativos y reglamentos que puedan afectar sus derechos; y c) ejercer un específico control de los actos desarrollados tanto por el Estado como por el eventual prestador privado del servicio público.

Sin la adecuada participación de los usuarios no podrán, pues, garantizarse plenamente sus derechos al “trato equitativo y digno”, la “libre elección”, la protección de sus “intereses económicos”, a la preservación de su “salud y seguridad”, entre otros derechos consagrados por el art. 42 de la Constitución nacional.

Aquí es donde aparece, como uno de los principales instrumentos para concretar dicha participación, el procedimiento de audiencia pública, receptado de manera expresa tanto en el derecho público provincial (como el art. 48 de la Constitución de Corrientes, o la ley 210 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para todos los servicios públicos locales), como en diversos marcos regulatorios de servicios públicos nacionales (leyes 24.065; 24.076; 26.221; entre otras).

A pesar de ello, hasta el caso “CEPIS”, la Corte Suprema nacional no había consolidado una posición unánime respecto a la exigibilidad de una instancia de participación de los usuarios previa a la emisión de determinados actos estatales.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Ver, en este sentido, CSJN, causa E.280.XLIV, in re: “Establecimiento Liniers S.A. c/ EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/06 y otros s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 11 de junio de 2013; y “Soldano, Domingo c/ EN -ley 26.095- M° de Planificación –resol. 2008/06 y otro s/ amparo ley 26.986”, sentencia del 15 de julio de 2014.; y con anterioridad, causa D. 859. XXXVI. REX, in re: “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaria de Comunicaciones - Resol. 2926/99 s/amparo ley 16.986”, sentencia del 31 de octubre de 2006, especialmente la disidencia de los Jueces Lorenzetti y Zaffaroni. Ello, a pesar de la existencia de jurisprudencia provincial que marcaba, desde hacía varios años, una tendencia distinta. En efecto, se ha sostenido que: “...*La celebración de audiencias públicas, no es más que el ejercicio del derecho a la información y participación que tienen los consumidores y usuarios de un servicio público (...)* El Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 13, inc. 1ro. otorga a toda persona el derecho a buscar, recibir y difundir información (...) En definitiva los Constituyentes Provinciales, no han hecho más que ampliar los requisitos para que el Estado, quien tiene

En efecto, y aun partiendo de la idea de que las “...audiencias consti-  
tuyen una de las varias maneras de participación ciudadana en la toma  
de decisiones públicas...” y que “...no son la única alternativa constitu-  
cional, en tanto el artículo 42 -como se expresó- no las prevé ni explícita  
ni implícitamente, sino que deja en manos del legislador la previsión del  
mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso...”<sup>55</sup>,

---

la obligación de proteger a consumidores y usuarios, instrumento el sistema de audiencia pública para la protección de sus intereses económicos...” Del voto del juez Carlos Aníbal Rodríguez, concurrente con la mayoría, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, SALA IV, in re: “Legajo de apelación en incidente de medida cautelar en autos: L.; S.I. y otros s/ Aguas de Corrientes S.A. s/ sumarísimo”, Expte. N° 30736, sentencia del 07/12/2011. Como, asimismo, que: “...El principio de las audiencias públicas es de raigambre constitucional y constituye el único medio para conseguir la efectiva participación de los interesados (...) La circunstancia de que no se encuentre reglamentado en el ámbito provincial en nada impide su plena operatividad, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (...) Sobre la base de estas consideraciones arribo a la conclusión que la Dirección Provincial de Energía al haber obviado el procedimiento de las audiencias públicas previsto expresamente en el art. 48 de la Constitución provincial y de modo implícito en art. 42 de la Constitución Nacional, para la implementación del nuevo cuadro tarifario, además vulnerar los preceptos constitucionales sindicados, desconoció el derecho de defensa de los usuarios y consumidores del servicio, quienes se vieron privados de la posibilidad de conocer en profundidad y transparencia las razones que llevaron a la entidad accionada a disponer el aumento, convirtiendo a las resoluciones administrativas impugnadas desprovistas de toda validez constitucional...”. Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, in re: “Asociación de usuarios y consumidores de la provincia de Corrientes c/ Dirección Pcial. de Energía de Corrientes y Estado de la Pcia. de Corrientes s/ amparo”, Expediente N° 32226/9, sentencia del 09/12/2009. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha señalado en este sentido que: “...La circunstancia de que no se encuentre prevista en el nuevo marco regulatorio la celebración de una audiencia pública, no puede ser argumento para no garantizar ningún mecanismo de información y participación de los usuarios en la toma de decisión, pues esta obligación no es ya legal sino que deriva de la propias normas constitucionales...” Concluyendo que: “...la omisión de informar adecuadamente y otorgar a los usuarios y asociaciones de defensa de éstos, la posibilidad de participar con carácter previo a la aprobación de las nuevas tarifas a través del decreto 245/2012, resulta una conducta censurable que resta fundamento a la decisión administrativa, habilitando la procedencia del amparo interpuesto...”, SCBA, causa A. 72.408, “Negrelli, Oscar R. y otros c/ Poder Ejecutivo y otros s/ Amparo”, sentencia del 3 de diciembre de 2014. Y, más recientemente, Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil II – Sala B, in re: “Bustos, Rebeca Andrea y otro c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo colectivo”, Expte. N° 21060/2016, sentencia del 4 de julio de 2016.

<sup>55</sup> Agregándose que: “...Desde el punto de vista gnoseológico la audiencia pública es el procedimiento que permite exponer, intercambiar y refutar opiniones técnicas y, como

la Corte Suprema nacional ha despejado definitivamente las dudas acerca de la obligatoriedad de una instancia procedimental previa, que garantice la adecuada participación de los usuarios en la toma de decisiones estatales que afecten sus derechos fundamentales.

De esta manera, los actos administrativos y reglamentos por medio de los cuales se aprueben o modifiquen las tarifas de servicios públicos son, para la Corte Suprema nacional, actos que deben contar en su elaboración, de manera obligatoria, con la participación de los usuarios.

Sosteniendo en este aspecto que: *“...De la redacción del artículo 42 se desprende la clara intención de los constituyentes de 1994 de que consumidores y usuarios -expresamente en la forma de asociaciones, e implícitamente de un modo genérico- participen en la elaboración de ciertas disposiciones de alcance general a cargo de la Administración cuando, como en el caso, al fijar tarifas, puedan proyectar los efectos sobre los derechos e intereses de aquellos (conf. doctrina de la disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en Fallos: 329:4542)...”*

Ello, a los efectos de garantizar a los usuarios que: a) cuenten con una información “adecuada y veraz” e “imparcial”; b) participen de la toma de decisión que afecte sus derechos e “intereses económicos”; c) el acto administrativo o reglamento tenga “razonabilidad y “legitimidad”, lo que presupone que la “cooperación” y el proceso de “justificación

---

*consecuencia, ratificar las percepciones iniciales de sus partícipes o bien modificarlas como consecuencia del debate. Es el mecanismo apto no solo para salir de la ignorancia sino también para construir alternativas que permitan formular una síntesis que dé cabida a la mayor cantidad posible de opiniones diferentes pero no contradictorias. Desde el punto de vista democrático la audiencia expresa la concreción práctica de la deliberación pública, exigencia imprescindible para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en materia de servicios públicos. Se trata de un recaudo que, aunque procesal en su origen, es sustantivo por su consecuencia, en tanto formador de ciudadanía. En efecto, la participación deliberativa es lo que diferencia al usuario del mero administrado y es también lo que impregna de legitimidad a la decisión de la autoridad de aplicación...”*, Del voto del Juez Rosatti, concurrente con el de la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSL, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016.

mutua” que se materialicen durante el procedimiento de participación, integren la causa y motivación de dichos actos.<sup>56</sup>

Participación que, a su vez, debe desenvolverse en tres momentos: a) la recepción de parte del Estado de información adecuada, veraz e imparcial; b) la celebración de un espacio de deliberación entre todos los sectores interesados, que podrá darse o no bajo la modalidad de “audiencia pública”; y c) el momento decisorio que debe integrarse de manera expresa con los resultados de la participación de los usuarios.<sup>57</sup>

De lo contrario, tal como sostiene ahora la Corte Suprema: “...todas las etapas anteriores constituirían puro ritualismo si la autoridad no considerara fundadamente en oportunidad de tomar las resoluciones del caso, las situaciones y argumentaciones que se expusieron en la audiencia y el modo en que ellas inciden en las medidas que se adoptan...”

De esta manera, queda claro que la audiencia pública no traduce solo una exigencia de “procedimiento” sino que hace, fundamentalmente, a la legitimidad del acto o reglamento de que se trate, en lo tocante a su causa y motivación y, por ende, a su razonabilidad.

Conclusión que se encuentra implícita en lo afirmado por Jorge Salomoni hacia mediados de la década de 1990, al señalar que no resulta jurídicamente válido: “...aumentar la tarifa sin una previa audiencia pública que permita el libre debate de los supuestos fácticos y legales invocados como causa de tal aumento, con obligatoria participación de los usuarios...”<sup>58</sup> Ideas citadas por el Juez Rosatti para afirmar que: “...la

---

<sup>56</sup> Del voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSL, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, considerandos 18 y 19.-

<sup>57</sup> Del voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSL, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, considerando 20.-

<sup>58</sup> Salomoni, Jorge Luis, “Teoría General de los servicios públicos”, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 400. En efecto, se había referido a ello con anterioridad en Salomoni, Jorge Luis, “Reforma del Estado y servicio público: titularidad y privatización en el derecho público argentino”, Revista Actualidad en el Derecho Público N°5, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Septiembre-Diciembre de 1996.

*audiencia pública es un mecanismo que integra el proceso de preparación de la voluntad estatal y que se concreta antes que una norma legal o reglamentaria sea dictada...*<sup>59</sup>

Lo que desplaza totalmente la centralidad de la discusión acerca de si las audiencias públicas son “vinculantes” o meramente “consultivas”.

En definitiva, puede afirmarse que en la audiencia pública no se “decide”, pero, al mismo tiempo, que el Estado no puede legítimamente “decidir” sin una previa y adecuada participación de los usuarios y sin tomar en cuenta, para justificar y fundar su acto, el resultado de aquella.

Razón por la cual resulta imperioso estructurar procedimientos de audiencia pública que estén en condiciones de cumplimentar las exigencias marcadas por la Corte Suprema nacional, y no resulten meros ritualismos que intenten cumplir, de manera mecánica y sin atender a su verdadera finalidad, sólo un paso formal antes de la aprobación de un acto administrativo o reglamento.

### **4. 3. 3. Acceso a la información en el Decreto N°1172/2003 y la Ley 27.275. Los prestadores de servicios públicos**

Tanto la Ley 27.275 en su art. 7, inc. i), como su antecesor, el Decreto N°1172/2003, en su Anexo VII, establecen la aplicabilidad directa del régimen en el ámbito de prestación indirecta de servicios públicos.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Ver el voto concurrente del Juez Rosatti en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, considerando 17.-

<sup>60</sup> El art. 7, inc. i) de la ley 27.275, establece: “*Son sujetos obligados a brindar información pública: (...) i) Concesionarios, permisionarios y licenciatarios de servicios públicos o concesionarios permisionarios de uso del dominio público, en la medida en que cumplan servicios públicos y en todo aquello que corresponda al ejercicio de la función administrativa delegada; y contratistas, prestadores y prestatarios bajo cualquier otra forma o modalidad contractual...*” Por su parte, en el “Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional”, Capítulo I, art. 2, se estableció que: “*...Las disposiciones del presente son aplicables asimismo a (...) las empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación*

Extensión de la legitimación pasiva del régimen de acceso a la información pública (a los prestadores de servicios públicos) que, por su parte, ha sido también receptado en el derecho público provincial.<sup>61</sup>

En relación con ello, la jurisprudencia nacional ha intervenido en sendas causas donde se ha discutido la obligación de entregar información pública por parte de: a) la Fuerza Aérea (causa “Monner Sans c/Fuerza Aérea”<sup>62</sup>); b) compañías de aviación (causa “Taboada Mussi”<sup>63</sup>); c) compañías de servicios de telefonía (causa “Bergsztein Nélica”<sup>64</sup>), entre otras.

---

*de un bien del dominio público.” A su vez, en el art. 3 se indica que: “El Acceso a la Información Pública constituye una instancia de participación ciudadana por la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los sujetos mencionados en el artículo 2º.”*

<sup>61</sup> En el marco de lo normado por la ley 12.275 y su Decreto reglamentario 2549/04, que reglamentan el acceso a la información pública en la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte provincial ha establecido que: “... el deber constitucional de brindar una información adecuada y veraz se relaciona directamente con la certeza, autenticidad y comprobabilidad de la misma, en función de la disponibilidad de datos que una de las partes tiene y de la cual la otra –claramente más débil en la relación jurídica- carece. (...) Es que la adecuación y suficiencia de los medios de información se vinculan inexorablemente con su instrumentación en tiempo oportuno y mediante mecanismos comprobables (...) teniendo especialmente en cuenta el carácter monopolístico de la prestación del servicio y de su naturaleza, el interés público comprometido, así como la posición más débil del consumidos (...) debe concluirse el análisis del tema traído a través de una interpretación tuitiva de los mismos.” Conf. SCBA, B-65.834, sentencia del 7 de marzo de 2007, dictada en la causa “DE.U.CO c/ Organismo Regulador de Aguas Bonaerenses y Aguas del Gran Buenos Aires S.A. s/ Amparo”.

<sup>62</sup> Conf., CNACAF, Sala V, sentencia del 18/03/2002 y sentencia de la CSJN de fecha 26/09/2006, SJA 18/4/2007. JA 2007-II-340.

<sup>63</sup> Juzgado N° 6 en lo Contencioso Administrativo Federal, in re: “Taboada Mussi, Mirta Fernanda c/ Alitalia Líneas Aéreas Italianas S.A. s/ amparo por mora”, Expte. N° 1.354/2007, sentencia del 26/10/2007; y CNACAF, Sala II, “Taboada Mussi Mirta Fernanda c/CTI Compañía Telefónica del Interior S.A. s/Amparo por mora”, causa N° 1247/07, sentencia del 11 de septiembre de 2007.

<sup>64</sup> En el caso “Bergsztein Nélica”, la empresa CTI alego la falta de legitimación pasiva, por entender –en esencia- que el servicio de telefonía móvil no constituye un “servicio público” y por tanto no resulta aplicable el régimen previsto por el decreto 1172/03, frente a lo cual, se dictó sentencia en sentido contrario, afirmándose que: “...si bien es cierto que la empresa demandada no resulta ser Administración Pública, el reglamento en su art. 2º la ubica como sujeto pasivo a los fines del decreto, por ser una persona privada que explota un servicio público (tales algunos de los servicios que presta en virtud de los contratos de interconexión que mantiene con Telecom S.A., conforme el objeto estatutario de la persona jurídica)...”, conf. Juzgado N° 11 en lo Contencioso



De las sentencias dictadas en dichas causas, cabe destacar especialmente el voto en disidencia de la Jueza Argibay en la causa “Monner Sans”, en el que estableció, en primer término, en relación con la legitimación procesal del actor que: *“...La protección de la posición que ocupa el usuario y el consumidor en la relación de consumo es, por expresa disposición constitucional, uno de esos bienes colectivos justiciables (artículo 43, segundo párrafo de la Constitución Nacional). No se trata entonces de una pretensión con efectos colectivos sobre derechos o libertades individuales. A su vez, este derecho puede ser afectado por la falta de información disponible para tomar la decisión de consumo (artículo 42 de la Constitución Nacional). De tal modo, imputar una concreta denegación de información relevante para la decisión de consumo, como lo es la de usar el servicio de aerotransporte comercial, es, por sí mismo, un daño o perjuicio que puede servir de base para la configuración de una “causa” judicial, más allá del resultado final del proceso, es decir, de la procedencia o no de otorgar esa información...”*

Y, luego, en lo que hace al derecho a la información de los usuarios, que: *“...En lo que se refiere al modo en que ha de operar el derecho a una información “adecuada y veraz”, establecido en el artículo 42 de la Constitución Nacional, he de señalar que, a mi entender, es el inverso al propuesto por la parte demandada. En efecto, mientras ésta supone que no está obligada a proporcionar la información solicitada por el usuario a menos que haya una norma expresa que la obligue a ello, la cláusula constitucional genera el deber de proporcionar toda información relevante para la decisión de consumo, a menos que se invoque una razón normativa o fáctica que justifique mantener dicha información en reserva. En efecto, si bien el artículo 42, por su generalidad, no es concluyente, tampoco es superfluo, como se seguiría de la posición adoptada por la recurrente, si se tiene en cuenta que la posibilidad de*

---

Administrativo Federal, in re: “Bergsztein Nelida Susana c/CTI- Compañía Telefónica del Interior SA- Dto. 1172/03 s/Amparo por Mora”, causa N° 25657/2007, sentencia del 17/04/08. La sentencia quedó firme.

*sancionar normas legislativas o reglamentarias creando deberes específicos de informar ya se encuentra comprendida en las facultades del Congreso y, en su caso, las de la administración...*<sup>65</sup>

#### **4. 4. Participación de usuarios en forma individual o colectiva**

En lo que hace a los derechos de participación de los usuarios, debemos recordar que el art. 42 de la Constitución nacional señala que: *“La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control...”* En función de lo cual, puede afirmarse que los derechos de participación de los usuarios están directamente vinculados con: a) la prevención y solución de conflictos; y b) los organismos de control.<sup>66</sup>

Dicha participación, a su vez, debe ser garantizada, tanto en la esfera individual como colectiva, a través de las asociaciones de usuarios que son constitucionalmente reconocidas.

Cuestiones que, hasta el momento, han planteado sustancialmente dos temas principales: a) la obligación de realización de audiencias públicas; y b) la participación de los usuarios en los órganos de control de los servicios públicos.

En cuanto al tema de las audiencias públicas, hemos establecido su contenido y finalidad en el apartado anterior.

En lo que hace, a su vez, a la participación en los organismos de control, debemos señalar que, si bien ya ha sido reconocida, en general

---

<sup>65</sup> Del voto en disidencia de la jueza Argibay, CSJN, in re: “Monner Sans, Ricardo c/ Fuerza Aérea Argentina s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 26/06/2006.

<sup>66</sup> Sobre las distintas modalidades de posible participación de los usuarios en los organismos de control, ver: Muratorio, Jorge I., “La situación jurídica del usuario de servicios públicos”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006, especialmente, pág. 303 y sig.

constituye todavía una deuda, tanto en los marcos regulatorios sectoriales como en las que regulan la creación y funciones de los Entes Reguladores nacionales.<sup>67</sup>

De cualquier manera, resulta destacable el avance que, en esta materia, se ve en los marcos regulatorios nacionales más recientes.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Por ejemplo, en el caso del Organismo de Control del Agua de Buenos Aires (OCABA), los usuarios tienen representación en su Directorio. En efecto, de conformidad con el art. 81 del Decreto 878/03 (aprobatorio del marco regulatorio de la prestación de servicios de agua y cloacas para la Provincia de Buenos Aires y ratificado por la ley 13.154), de los 5 miembros que integran el Directorio (y son nombrados por el Poder Ejecutivo Provincial), uno representa a los usuarios y es electo a “...propuesta de las asociaciones de usuarios más representativas del sector, debidamente inscripta de conformidad con la legislación vigente...”

<sup>68</sup> En efecto, en relación con los derechos de participación, la ley 26.221 (Marco regulatorio de provisión de agua potable y cloacas para la concesionaria estatal Agua y Saneamiento S.A.), establece en su art. 60 que los usuarios tienen derecho a: “...j) Denunciar ante el Ente Regulador cualquier conducta irregular u omisión de la Concesionaria o sus agentes que pudiera afectar sus derechos, perjudicar los servicios o el medio ambiente. k) Organizar sus respectivas Asociaciones para la defensa de sus derechos de acuerdo con la Constitución Nacional y la Ley de Defensa del Consumidor.” Por otra parte, el mismo marco regulatorio establece la “Sindicatura de Usuarios” y crea la figura del “Defensor del Usuario”. En efecto, el art. 54 señala: “II: SINDICATURA DE USUARIOS. En el ámbito del Ente Regulador actuará la Sindicatura de Usuarios conformada por representantes de las Asociaciones de Usuarios registradas en la Subsecretaría de Defensa del Consumidor del Ministerio de Economía y Producción, e inscriptas conforme lo establecido en las normas aplicables en la materia. Sus miembros serán elegidos por la Institución que representan conforme el mecanismo que dispongan las entidades de las cuales provienen. Su desempeño será “ad honorem”. Los integrantes de la Sindicatura de Usuarios se vincularán con el Directorio del Ente Regulador a través de la Gerencia General. La Sindicatura de Usuarios deberá sesionar como mínimo una vez por mes y analizará los temas que considere de su incumbencia vinculados a la actividad que desarrollan los prestadores del Área Regulada. La Sindicatura de Usuarios emitirá dictámenes o despachos fijando su opinión en los temas vinculados a la prestación del servicio los que deberán ser considerados por el Directorio. Cada Asociación de Usuarios nombrará y podrá reemplazar a su Representante. Los costos del funcionamiento administrativo de la Sindicatura de Usuarios estarán a cargo del Ente Regulador quien fijará anualmente su presupuesto. La Sindicatura de Usuarios establecerá su propio reglamento de funcionamiento, debiendo poner en conocimiento del mismo al Directorio del Ente Regulador, el cual deberá aprobarlo en un plazo de treinta (30) días de recibido. La Sindicatura de Usuarios se reunirá en dependencias del ERAS. El Directorio del Ente Regulador facilitará a la Sindicatura de Usuarios sus disposiciones y resoluciones, el registro y estado de situación de los servicios, los reclamos de los usuarios y todo otro documento administrativo (...) III: DEFENSOR DEL USUARIO. El Ente regulador contará con un Defensor del Usuario, cuya misión será representar institucionalmente los intereses de los usuarios en las audiencias

## 4. 5. Derechos y garantías procesales

En relación con los derechos y garantías de índole procesal reconocidos a los usuarios de servicios públicos, tenemos un doble orden de cuestiones.

En primer término, el art. 42 de la Constitución nacional obliga a las autoridades nacionales a establecer procedimientos eficaces para la resolución de conflictos entre los sujetos intervinientes en la relación jurídica del servicio.

En segundo lugar, está la acción de amparo, tanto individual como colectiva, establecida en el art. 43 de la Constitución nacional.

La Ley de Defensa del Consumidor incluye, por su parte, en los arts. 52 a 54 bis, el régimen procesal de las acciones judiciales que los consumidores y usuarios podrán iniciar cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

Estableciendo, en lo saliente, que: a) La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas. Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente. En caso de desistimiento o abando-

---

*públicas, así como en cuestiones contenciosas o de procedimientos administrativos en las que el Ente Regulador sea parte y los derechos de los Usuarios pudieran estar afectados por la decisión. Su actividad no limitará la que desarrolle la Sindicatura de Usuarios en virtud de sus funciones y competencias. Deberá, por el contrario, representar sus criterios y posiciones. El Defensor del Usuario será seleccionado por concurso público entre profesionales con la debida formación, competencia y antecedentes para el caso. No podrá ser removido en su cargo salvo por las causales que rigen para los Directores. Su remuneración será equivalente al nivel gerencial del Ente...”*

no de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal (art. 52); b) los consumidores y usuarios tienen derecho a reclamar el “daño punitivo” (art. 52 bis); c) Regirán, en principio, las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, pudiendo los actores acreditar mandato mediante simple acta poder. Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio (art. 53); d) la gratuidad de las acciones judiciales para los usuarios (art. 53)<sup>69</sup>; e) en el caso de acciones de incidencia colectiva, el acuerdo conciliatorio o transacción requiere homologación por auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados

---

<sup>69</sup> El art. 53 de la ley 24.240, conforme la redacción dada por la ley 26.361, establece que: “...Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.” En relación con esto, la Corte Suprema nacional sostuvo que: “...al prever el beneficio de justicia gratuita, el legislador pretendió establecer un mecanismo eficaz para la protección de los consumidores, evitando que obstáculos de índole económica puedan comprometer su acceso a la justicia y, en consecuencia, privarlos de la efectiva tutela de los derechos consagrados en el texto constitucional.” CSJN, in re: “Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c/ Nación Seguros S.A. s/Ordinario”, sentencia del 24/11/2015, Fallos: 338:1344.

puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda (art. 54); f) Las sentencias definitivas y firmes deberán ser publicadas de acuerdo a lo previsto en la ley 26.856. La autoridad de aplicación que corresponda adoptará las medidas concernientes a su competencia y establecerá un registro de antecedentes en materia de relaciones de consumo (art. 54 bis).

## **4. 6. Los procedimientos eficaces para la resolución de conflictos**

En lo tocante con la manda constitucional para que el Estado prevea “procedimientos eficaces para la resolución de conflictos”, debe destacarse el rol que, para ello, la jurisprudencia nacional le ha reconocido a los Entes reguladores, incluso dentro de las limitaciones que se ha impuesto a sus facultades jurisdiccionales.<sup>70</sup>

Estableciéndose, además de ello, y a los mismos efectos, el “Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo” creado por la Ley 26.993, que ya hemos analizado.

---

<sup>70</sup> Hemos visto cómo en fallo Plenario de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, por mayoría, se ha sostenido que: “...*el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) resulta competente para reparar el daño emergente -valor de reparación o sustitución del objeto dañado, es decir la restitución de las cosas a la situación anterior al hecho generador- cuando los usuarios voluntariamente -confr. art. 72 de la ley 24.065- así lo requieran. No resulta ocioso recordar que los particulares tienen derecho a la protección de sus intereses económicos y a que se establezcan procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos (art.42 CN)...*”, CNACAF, EN PLENO, causa N° 20.402/2008, “EDESUR SA c\ Resolución 361/05, ENRE- RS 568/08 SE (EX 157.932/02)”, sentencia del 13/07/2011.

## 4. 6. 1. Legitimación procesal en materia de servicios públicos

En lo que hace al tratamiento que la jurisprudencia nacional le ha dado al tema de la legitimación procesal en materia de servicios públicos (fundamental para lograr, a su vez, la tutela judicial efectiva de los derechos y garantías involucrados), debemos analizar la evolución que ha tenido desde la reforma constitucional de 1994.<sup>71</sup>

Dicha evolución es notable a partir del fallo dictado en la causa “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires”, de 2006, en el que la Corte Suprema nacional desconoció, por mayoría, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo de la Ciudad para cuestionar un acto del gobierno nacional, pero adelantó –en la disidencia de los Jueces Lorenzetti y Zaffaroni, las líneas argumentales que posteriormente terminarían afirmándose.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Para ello, ver especialmente: Ivanega, Miriam M., “La legitimación en las acciones colectivas. El caso de las asociaciones de usuarios y consumidores. El Defensor del Pueblo de la Nación”, en AAVV, “XXXI Jornadas nacionales de Derecho Administrativo”, AADA, Revista RAP N°336, Buenos Aires, 2006, pág. 241 y sig.

<sup>72</sup> CSJN, in re: D. 859. XXXVI - “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones - resol. 2926/99 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 31/10/2006. En el caso, el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires cuestionó la Resolución N°2926/99 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación, que había autorizado el cobro del servicio de informaciones “110” a los usuarios del servicio telefónico, sin que los usuarios hubieran tenido oportunidad de participar y de ser oídos en una audiencia pública, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42 de la Constitución nacional y el Reglamento General de Audiencias Públicas aprobado por la Resolución 57 de 1996. Tanto en primera como en segunda instancia se hizo lugar al amparo, dejando sin efecto la Resolución impugnada. La Corte Suprema, por mayoría, decidió conceder el Recurso Extraordinario presentado por el Estado nacional y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado, sobre la base de considerar que el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires carecía de legitimación para cuestionar u objetar actos de las autoridades nacionales. En la disidencia de los Jueces Lorenzetti y Zaffaroni, se desarrollaron conceptos diferentes en materia de legitimación procesal para cuestionar actos estatales vinculados con la organización y prestación de servicios públicos. En ese marco, introducirán, como categoría de legitimación, la correspondiente a los “intereses individuales homogéneos”. Así, señalaron que: “...9°)...la Constitución Nacional admite una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, cuando hace alusión a los derechos de los consumidores y a la no discriminación en su art. 43 (...) en la presente causa se trata de la legitimación

Posteriormente, en el año 2009, al dictarse sentencia en la causa “Halabi”, la Corte Suprema nacional consagrará la doctrina esbozada en dicha disidencia.<sup>73</sup>

En efecto, en la causa “Halabi”, la Corte Suprema establecerá que, en materia de legitimación procesal corresponde delimitar las tres categorías de pretensiones: a) individuales, b) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y c) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En relación con este último tipo de acciones, la Corte Suprema consideró, a su vez, que se estructuran sobre ciertos elementos: 1) existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales (considerando 13, segundo párrafo), 2) la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes no en lo que cada individuo puede petitionar (considerando 13, tercer párrafo); y 3) cada uno de los intereses individuales considerados aisladamente, no deben justificar en sí mismos la promoción de una demanda para protegerlos (considerando 13, cuarto párrafo).

Finalmente, debemos mencionar que el fuero contencioso administrativo federal, ha sostenido -luego de ello- que: “...la admisión formal

---

*en un supuesto de intereses individuales homogéneos, ya que la Defensoría solicitó una decisión que tendrá efectos jurídicos sobre una pluralidad relevante de sujetos (...) Existe una norma que concede de modo general la legitimación (art. 137 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), la que es invocada en un caso vinculado a los derechos del consumidor (art. 43 de la Constitución Nacional) y por lo tanto es directamente operativa al vincularse con derechos humanos. La pretensión impugnativa, por falta de realización de la audiencia pública, se refiere a una decisión que afecta a una multiplicidad relevante de sujetos y por lo tanto hay una causa homogénea. Hay, además, una causa petendi enfocada en el elemento común, ya que la decisión que se tome afectará, inevitablemente, a todo el grupo. No se advierte una vulneración del derecho de defensa en juicio, ya que no hay ningún aspecto que vaya a interferir en la esfera privada de cada individuo. Está configurada una situación de amenaza directa y relevante de los derechos de los usuarios y consumidores (art. 43 de la Constitución Nacional), es decir, hay una causa o controversia en el sentido técnicamente expresado...”*

<sup>73</sup> Doctrina consolidada en fallos posteriores como, por ejemplo: CSJN, in re: “PADEC c. Swiss Medical S.A.”, sentencia del 21/08/2013. En relación con el caso “Halabi” ver, por todos: García Pulles, Fernando R. “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase? La Ley 2009-B, 189.



*de toda acción colectiva, requiere la verificación de ciertos “recaudos elementales que hacen a su viabilidad”, entre los cuales se enuncian: una precisa identificación del grupo afectado; idoneidad de quien pretenda asumir su representación; existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo; que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio; que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos, etc. (C.S.J.N. “Halabi”, Fallos: 332:111, cons. 20)...”*<sup>74</sup>

Crerios que, además, han tenido ya recepción en la jurisprudencia provincial.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> CNCAF, Sala II, in re: “Lahitou Juan Pablo c/EN-PEN-ENRE y otros s/varios”, Expte. N° 23210/2012, sentencia del 17/04/2013.

<sup>75</sup> Ver: SCBA, causa C. 91.576, “López, Rodolfo Osvaldo contra Cooperativa Eléctrica de Pehuajó. Sumarísimo”, sentencia del 26 de marzo de 2014.

## Bibliografía

- Abalos, María Gabriela**, “Supremacía constitucional y control de convencionalidad a veinte años de la reforma de 1994”, *Sup. Const.* 2014 (julio), 16/07/2014, 17 - La Ley 2014-D, 833.
- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian**, “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de Derecho de la Comunicación*, Año 1, Vol. 1 (2000), Editorial Siglo XXI, Buenos Aires.
- Abregú, Martín**, “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción.”, en **Abregú, M.**, y **Courtis, C.** (Compiladores), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- Aguilar Valdéz, Oscar** “Entes Reguladores de Servicio Públicos: Apuntes sobre su funcionamiento” en VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan-Randolph Brewer-Carías, Caracas, 2002.
- Aguilar Valdez, Oscar R.**, “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, en **Cassagne, Juan Carlos** (Director), “Servicio público y policía”, *El Derecho*, Buenos Aires, 2006.
- Aguilar Valdez, Oscar R.**, “Competencia y regulación económica –lineamientos para una introducción jurídica a su estudio-“, en *AAVV*,

- “Servicio Público, policía y fomento”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003.
- Aguilar Valdez, Oscar R.**, “Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001.
- Alberdi, Juan B.**, “Bases y puntos de partida para la Organización política de la República Argentina”, La cultura argentina, Buenos Aires, 1915.
- Alberdi, Juan B.**, “El proyecto de Código Civil para la República Argentina y las conquistas sociales del Brasil”, París, 1868, en Obras Completas, Tomo VII, Ed. La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1887.
- Alberdi, Juan B.**, “Organización política y económica de la Confederación Argentina”, nueva edición oficial, corregida y revisada, Besanzon, Imprenta de José Jacquin, Grande-Rue, nº14, 1856.
- Alberini, Coriolano**, “Problemas de la Historia de las ideas filosóficas en la Argentina”. Instituto de Estudios Sociales y del Pensamiento Argentino. Departamento de Filosofía. Facultad de Humanidades y Cs. de la Educación. Universidad Nacional de La Plata, año 1966.
- Altamira Gigena, Julio I.**, “El servicio público ferroviario en Argentina”, en AAVV, “Servicios Públicos”, I.E.D.A., Dike, Mendoza, 2001.
- Altamira Gigena, Julio I.**, “El servicio público ferroviario en la Argentina”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001.
- Altamira Gigena, Julio I.**, “Responsabilidad del Estado”, Astrea, Buenos Aires, 1973.
- Arango, Rodolfo**, “El concepto de derechos sociales fundamentales”, Universidad Nacional de Colombia – Legis, Bogotá, 2005.
- Arimany Lamoglia, Esteban**, “La reversión de instalaciones en la Concesión Administrativa de Servicio Público”, Ed. Bosch Casa Editorial S.A. Madrid. España. 1980.

- Ariño Ortiz, Gaspar y Cassagne, Juan Carlos**, “Servicios públicos, regulación y renegociación”, Capítulo I a cargo de Ariño Ortiz, Gaspar, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005.
- Ariño Ortiz, Gaspar**, “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, España, 1968.
- Ariño Ortiz, Gaspar**, y otros, “El nuevo servicio público”, Marcial Pons Ediciones- Universidad Autónoma de Madrid, España, 1997.
- Ávalos, Eduardo, “El proceso contencioso administrativo federal”, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2009.
- Bacellar Filho, Romeu Felipe**, “O poder normativo dos entes reguladores e a participacao dos ciudadaos nesta atividade. Servicios públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulacao na experiencia brasileira”, en Actualidad en el Derecho Público N°18-20, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- Badeni, Gregorio**, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- Balbín, Carlos F.**, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- Balbín, Carlos F.**, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Bandeira de Mello, Celso Antonio**, “Curso de Direito Administrativo”, 14° edición, Malheiros Editores, Sao Paulo, 2002.
- Barbosa, Patricia E. y Pittatore, Pamela**, “Régimen dominial de los hidrocarburos”, trabajo final del Programa de Actualización en Derecho del Petróleo y Gas, Universidad de Buenos Aires, inédito.
- Barbosa Delgado, Francisco**, “El Margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
- Barra, Rodolfo C.**, “Contrato de Obra Pública”, Tomo I, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1984.
- Barra, Rodolfo C.**, “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público”, nota comentario al fallo dictado en

la causa “Fundación San Marín de Tours” por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en fecha 15 de septiembre de 1981; en Revista La Ley, 1982-B, pág. 370.

**Barra, Rodolfo C.**, “Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público”, en AAVV, “Servicio Público, policía y fomento”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003.

**Barra, Rodolfo C.**, “Perspectiva jurídica de la regulación. Los entes reguladores”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001.

**Barra, Rodolfo C.**, “Tratado de derecho administrativo”, Tomo 1, Edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.

**Barraza, Javier Indalecio**, “Responsabilidad extracontractual del Estado”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002.

**Barreiros, Lucas E.**, “El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación”, en **Pinto, Mónica (Compiladora)**, “Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización”, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

**Basterra, Marcela I.**, “El derecho fundamental de acceso a la información pública”, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

**Bazán, Víctor**, “Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales”, Sup. Const. 18/02/2014, 18/02/2014, 3, La Ley 2014-A, 761.

**Bercaitz, Miguel Ángel**, “Teoría General de los Contratos Administrativos”, segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1980.

**Bezzi, Ana María**, “El derecho internacional en la tutela del agua. Historia y actualidad”, en AAVV, XXXIX Jornadas nacionales de Derecho Administrativo, AADA, Revista RAP N°429, Buenos Aires, 2014.

**Bianchi, Alberto B.**, “La regulación económica”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001.

- Bianchi, Alberto B.**, “Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)”, en **Cassagne, Juan Carlos** (Director), “Servicio Público y Policía”, *El Derecho*, Buenos Aires, 2006.
- Bianchi, Alberto B.**, “La cláusula de progreso (con especial referencia a los ferrocarriles)”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* Nro. 398, Buenos Aires, 2016, página 15 y sig.
- Bidart Campos, Germán J.**, “Teoría General de los derechos humanos”, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- Bidart Campos, Germán J.**, “Un importante fallo de la Corte: derecho internacional, inmunidad de jurisdicción y derecho a la jurisdicción”, *ED*, Tomo 107-613.
- Bidart Campos, Germán J.**, y **Albanese, Susana**, “Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario”, *Ediar*, Buenos Aires, 1998.
- Bidart Campos, Germán**, “La dimensión de la salud como bien colectivo y los servicios de salud”, *LA LEY*, 2001-F-906.
- Bidart Campos, Germán**, “El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional”, en **Abregú, M.**, y **Courtis, C.** (Compiladores), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- Bidart Campos, Germán**, “La responsabilidad del Estado en los Tratados con jerarquía Constitucional”, en *VVAA.*, *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1997.
- Bielsa, Rafael**, “Ciencia de la Administración”, Segunda edición actualizada, *Roque Depalma Editor*, Buenos Aires, 1955.
- Bielsa, Rafael**, “Derecho Administrativo y legislación administrativa argentina”, Tomos Primero y Segundo, *J. Lajouane & Cía. Editores*, Librería Nacional, Buenos Aires, 1921.
- Bielsa, Rafael**, “Derecho Administrativo”, Tomo I y III, *La Ley*, Buenos Aires, 1964.

- Bielsa, Rafael**, “Estudio de Derecho Público”, Tomo I “Derecho Administrativo”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950.
- Bielsa, Rafael**, “Régimen de concesiones de servicios públicos”, en Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas”, Tomo V, Rosario, 1936.
- Bielsa, Rafael**, “Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo”, J. Lajouane & Cia Editores, Buenos Aires, 1923.
- Bobbio, N.**, “Letà dei diritti”, Einaudi, Torino, 1990.
- Boggiano, Antonio**, “Teoría del Derecho Internacional. Las relaciones entre los ordenamientos jurídicos. Ius inter iura”, La Ley, Buenos Aires, 1996.
- Borjas Monroy, Alma Corina**, “¿Margen o no margen? He ahí el dilema. Sobre el uso de la doctrina del margen de apreciación en los casos venezolanos”, disponible en: [www.biblio.juridicas.unam.mx](http://www.biblio.juridicas.unam.mx)
- Bosch, Beatriz**, “Las Mensajerías Argentinas Nacionales”, en su volumen “En la Confederación Argentina 1854-1861”, Eudeba, Buenos Aires, 1998.
- Bullrich, Rodolfo**, “Nociones de Derecho Administrativo”, redactadas a base de las conferencias del profesor titular por Juan Bautista Arcioni y José María Garciarena, Librería de Derecho y Jurisprudencia Restoy & Doeste, Buenos Aires, 1925.
- Buteler, Alfonso**, “Derecho Administrativo Argentino”, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.
- Bustelo, Ernesto N.**, “Responsabilidad del Estado por la actividad u omisión de los entes reguladores de los servicios públicos privatizados”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001.
- Cabral Texo, Jorge**, “Fuentes nacionales del Código Civil Argentino (Estudio de algunas de sus disposiciones)”, Buenos Aires, Jesús Menéndez, Libero-Editor, 186 –Irigoyen-, Buenos Aires, 1919.
- Caiella, Pascual y Pittatore, Pamela**, “Alcances del nuevo proceso contencioso administrativo bonaerense. Hacia la justiciabilidad plena de la actuación administrativa”, en **García Pullés, Fernando**

(Director) “El contencioso administrativo en la Argentina: Análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Tomo I, 1a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

**Caiella, Pascual**, “El servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales. La privatización de Obras Sanitarias de la Nación. Su renegociación”, Revista Actualidad en Derecho Público N°7, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

**Caiella, Pascual**, “La reforma del Estado y privatizaciones en la Argentina”, Revista de Derecho Administrativo N°11, Depalma, Buenos Aires, 1992.

**Caiella, Pascual**, “Regulación de los Servicios Públicos y concurrencia”, en Revista Actualidad en el Derecho Público, N°15/16, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

**Cajarville Peluffo, Juan P.**, “La noción de ‘servicio público’ en la Constitución uruguaya”, en AAVV, “Derecho Administrativo Iberoamericano”, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.

**Calvo, Nicolás Antonio**, “Decisiones Constitucionales de los Tribunales Federales de Estados Unidos desde 1789 estableciendo la jurisprudencia constitucional, con los artículos relativos de la Constitución Argentina, y concordados con los textos de ambas constituciones. Conteniendo tres mil interpretaciones judiciales de la Constitución americana, compiladas por el Doctor Orlando Bump, Tomo I, Segunda Edición, Imprenta “La Universidad” de J. N. Kligelfuss, Venezuela 232, Buenos Aires, MDCCCLXXXVII.-

**Canal Feijóo, Bernardo**, “Constitución y Revolución”, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.

**Canosa, Armando N.**, “El proceso de desregulación”, Revista de Derecho Administrativo, Año 3, N°7/8, Buenos Aires, 1992.

**Canosa, Armando N.**, “Régimen jurídico-administrativo del transporte ferroviario de carga”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 277, Buenos Aires, 2001.



- Canosa, Armando N.**, “Régimen administrativo del transporte terrestre”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.
- Canosa, Armando N.**, “El nuevo desafío para los servicios públicos de transporte ferroviario”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Nro. 348, Buenos Aires, 2010.-
- Canosa, Armando N.**, “La nueva regulación en materia de ferrocarriles y transporte”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Nro. 361, Buenos Aires, 2012.-
- Canosa, Armando N.**, “La responsabilidad del Estado derivada de la prestación de servicios públicos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Nro. 381, Buenos Aires, 2014.-
- Capella, Juan Ramón**, “Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado”, Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- Carlassare, Lorenza**, “Forma di Stato e diritti fondamentali”, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, abril de 1995.
- Carnota, Walter**, “Los valores constitucionales y la medicina pre-paga”, *LA LEY*, 1998-F, 564.
- Carnota, Walter**, “El marco teórico-conceptual de los tratados Internacionales”, en “Tratado de los Tratados Internacionales”, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- Cassagne, Juan Carlos**, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977.
- Cassagne, J. C.**, “Derecho Administrativo”, Tomos I y II, Abeledo-Perrot, sexta edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998; y octava edición, Buenos Aires, 2006.
- Cassagne, Juan C.**, “La intervención administrativa”, Abeledo-Perrot, 2º edición, Buenos Aires, 1994.
- Cassagne, Juan Carlos**, “La huelga en los servicios esenciales”, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- Cassagne, Juan Carlos**, “El contrato administrativo”, segunda edición, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

- Cassagne, Juan Carlos**, “El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción)”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 140, mayo-agosto 1996.
- Cassagne, Juan Carlos**, “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”, en **Cassagne, Juan C.**, y **Ariño Ortiz, Gaspar**, “Servicios públicos, regulación y renegociación”, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.
- Cassagne, Juan Carlos**, “El servicio público y las técnicas concesionales”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 18, Depalma, Buenos Aires, enero-abril 1995.
- Cassagne, Juan Carlos**, “Estudios de Derecho público”, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- Cassagne, Juan Carlos**, “La crisis de los servicios públicos en Argentina”, en **Cassagne, Juan Carlos** (Director), “Servicio público y política”, *El Derecho*, Buenos Aires, 2006.
- Cassagne, Juan Carlos**, “La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte”, *ED*, T. 114.
- Cassagne, Juan Carlos**, “Reflexiones acerca del ejercicio de los poderes normativos respecto de las concesiones y licencias de servicios públicos en una economía de mercado”, en *Revista “Derecho Administrativo”*, Año 18, 2006, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- Cassese, Sabino ed Emilio Gerelli** (a cura di), “Deregulation. La deregolamentazione amministrativa e legislativa.”, Franco Agnelli editore, Milano, 1985.
- Cassese, Sabino**, “El Derecho Administrativo global: una introducción”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* N° 2, 2005.
- Cassese, Sabino**, “L’Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell’area europea”; “Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni”, *Quaderni della SPISA (Suola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell’ Amministrazione)*; Maggioli Edit., Rimini, 1997, atti del Convegno per il 40° della SPISA, Bologna, 25-26 settembre 1995.-

- Cassese, Sabino**, “La costruzione del Diritto Amministrativo: Francia e Regno Unito”, en su “Trattato di Diritto Amministrativo”, Tomo Primero, segunda edición, Guiffrè Editore, Milano, 2003.
- Cassese, Sabino**, “La crisi dello Stato”, Editori Laterza, Bari, 2002; en español: “La crisis del Estado”, edit. LexisNexis, Buenos Aires, 2003.
- Cassese, Sabino**, “La nuova costituzione económica”, Roma-Bari, 1995, 5° reimpr. de 1998.
- Cassese, Sabino**, “Las Bases del Derecho Administrativo”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994.
- Cassese, Sabino**, “Lo spazio giuridico globale”, Editori Laterza, Bari, 2003.
- Cassese, Sabino**, “Oltre lo Stato”, Editori Laterza, Roma-Bari, 2006.
- Cassese, Sabino**, “Regulación de los servicios públicos y tutela de la concurrencia”, Revista Actualidad en el Derecho Público N°12, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2000.-
- Cervio, Guillermo J.**, “Derecho de las telecomunicaciones”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1996.
- Chiti, Mario P.**, “Derecho administrativo europeo”, Civitas, Madrid, 2002.
- Chiti, Mario P.**, “Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo”, “Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni”, Quaderni della SPISA; Maggioli Edit., Rimini, 1997.-
- Cincunegui, Juan Bautista**, “El peaje en la legislación argentina (La Concesión de obra pública y peaje como sistema de financiamiento de obras de infraestructura).”, Centro Argentino de Investigaciones Económicas y Sociales, Buenos Aires, 1968.
- Clarich, Marcello**, “Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell’amministrazione italiana”, en “Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni”, Quaderni della SPISA, Maggioli Edit., Rimini, 1997.
- Clarich, Marcello**, “Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi.”, en *Diritto Pubblico*, 1998.
- Colautti, Carlos E.**, “Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales.”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1995.
- Colmeiro, Manuel**, “Derecho Administrativo Español”, Cuarta Edición, ajustada a la legislación vigente y copiosamente aumentada

con nuevos tratados y un apéndice de jurisprudencia administrativa”, Tomo Segundo, Madrid, Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, 1876.

**Colmeiro, Manuel**, “Derecho Administrativo Español”, Madrid y Santiago: Librerías de Don Ángel Calleja, Editor; Lima, Casa de los Señores Calleja, Ojea y Compañía, año 1850; Tomo Segundo, Libro Cuarto. Reimpresión por la Escola Galega de Administración Pública, Santiago, 1995.

**Comadira, Julio Pablo**, “La excepción de incumplimiento contractual en el Derecho administrativo”, en AAVV, I Congreso nacional de Jóvenes Administrativistas, Suplemento Especial Revista RAP N°361, Buenos Aires, 2008.

**Comadira, Julio Pablo**, “Precisiones conceptuales sobre los modos y consecuencias de la extinción de las concesiones de servicios públicos”, en AAVV, “Cuestiones de Intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento”, Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2011.

**Comadira, Julio Rodolfo**, “Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios”, 2da. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, LexisNexis, 2003.

**Comadira, Julio Rodolfo**, “El Derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, en AAVV, “Servicio Público, policía y fomento”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003.

**Comadira, Julio Rodolfo**, “El servicio público como título exorbitante”, en El Derecho –Administrativo- N° 10.912, del 31 de diciembre de 2003.-

**Corail, Jean-Louis de**, “La crise de la notion juridique de service public en droit administratif Français”, Paris, 1954.

**Corra, María Inés**, “Régimen de los bienes afectados a la prestación de los servicios públicos”, en AAVV, “Cuestiones de intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento”, Jornadas

- organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.
- Cortes, Gerónimo**, “Esposición de la reforma constitucional sancionada en 1870”, primera edición, Imprenta de la “Escuela Tipográfica”, Córdoba, 1873.
- Corvalan, Juan G.**, “Origen, Evolución y Concepto de Servicio Público”, Revista de Derecho Administrativo N° 64, LexisNexis, Buenos Aires, 2008.
- Corvalán, Juan G.**, “Discrecionalidad administrativa y tributaria”, tesis doctoral defendida en la Universidad del Salvador, Buenos Aires, el 27 de abril de 2015. Inédita.
- Courtis, Christian**, “La Corte Suprema ante los derechos sociales”, en AAVV, “La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004”, Asociación por los Derechos Civiles y Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2005.
- Cuadros, Oscar A.**, “Los entes reguladores y el principio de la división de poderes”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001.
- D’Angolo Guianluca**, “La sussidiarietà nell’Unione Europea”, CEDAM, Padova, 1998.-
- D’Argenio, Inés**, “Protección jurídica de un usuario sin servicio público”, LA LEY, 2001-E, 19.
- De Cabo Martín, Carlos**, “La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho”, Ed. Trotta, Madrid, 2003.
- De Cabo Martín, Carlos**, “Las fuentes del derecho: Apunte sistemático”, en Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1997.
- De Estrada, Juan R.**, “Enseñanza privada y servicio público”, El Derecho, tomo 119.
- De La Guarda, Ernesto**, “Derecho de los tratados internacionales”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.

- De La Serna Bilbao**, María Nieves “La privatización en España”, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- De Vedia, Agustín**, “Constitución Argentina”, Imprenta y casa editora de Coni Hermanos, 684 –Calle Perú, Buenos Aires, 1907.
- Del Valle, A.**, “Nociones de Derecho Constitucional”, Nota tomadas de sus conferencias por Máximo Castro y Alcides V. Calandrelli, Imprenta, papelería y encuadernación “La Buenos Aires”, Moreno esquina Perú, Buenos Aires, 1897.-
- Della Cananea, G.**, “Los poderes públicos en el espacio jurídico global”, Revista Actualidad en Derecho Público N°18-20, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
- Della Cananea, G.**, “L’Unione europea. Un ordinamento composito”, Editori Laterza, Roma-Bari, 2003.
- Díaz, Benito**, “Mariano Fraguero y la Constitución de 1853”, Edit. El Coloquio, Buenos Aires, 1973.
- Dieterlen, Paulette**, “Ensayos sobre Justicia Distributiva”, Distribuciones Fontamara S.A., México, 1996, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política N° 51.
- Diez, Manuel M.**, “Derecho Administrativo”, Tomo IV, Bibliográfica Omeba Editores-Libreros, Buenos Aires, 1969.
- Diez, Manuel M.**, “Naturaleza jurídica de la propiedad ferroviaria”, Buenos Aires, 1942.
- Diez, Manuel M.**, “Régimen jurídico de las comunicaciones”, Tomo 1, Buenos Aires, 1936; Tomo 2, Buenos Aires, 1937; y Tomo 3, Buenos Aires, 1939.
- Diez, Manuel M.**, “Servicio público de los teléfonos”, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1942.
- Diez, Manuel María**, “Derecho Administrativo”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1963.
- Diez, Manuel María**, “Derecho Administrativo”, Plus Ultra, tomo III, segunda edición, Buenos Aires, 1979.
- Diez, Manuel María**, “Derecho Administrativo”, Tomo IV, Bibliográfica Omeba Editores-Libreros, Buenos Aires, 1969.

- Dromi, Roberto José**, “Derecho Administrativo económico”, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1979.
- Dromi, Roberto y Menem, Eduardo**, “La Constitución reformada”, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.
- Dromi, Roberto**, “Competencia y monopolio. Argentina, Mercosur y OMC”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.
- Dromi, Roberto**, “Derecho Administrativo”, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- Dromi, Roberto**, “Empresas públicas. De estatales a privadas”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- Dromi, Roberto**, “Renegociación y reconversión de los contratos públicos”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- Duguit, León**, “Las Transformaciones del Derecho. (Público y Privado)”, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1975.
- Eberhard Eichenhofer**, “Costituzione e diritto sociale”, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 1997.
- Echevesti, Carlos A.**, “Responsabilidad civil de los funcionarios públicos”, en Echevesti, Carlos A, (Director) “Responsabilidad de los funcionarios públicos”, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2003.
- Ekmekdjian, Migue Ángel**, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo V, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel**, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Escola, Héctor**, “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”, Depalma, Tomo II, Buenos Aires, 1979.
- Estrada, José Manuel**, “Curso de Derecho Constitucional, Federal y Administrativo”, Conferencias dadas en la Universidad de Buenos Aires en los años 1877, 1878 y 1880, Compañía Sudamericana de Billetes de Banco, Calle Chile 263, Buenos Aires, 1895.
- Fanelli Evans, Guillermo**, “Las concesiones de obra y de servicios públicos y los derechos reales administrativos”, en *Revista de Derecho Administrativo*, año 8, N° 21/22, Buenos Aires, 1996.

- Farina, Juan M.**, “Defensa del consumidor y del usuario”, Astrea, 3° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2004.
- Farrando, Ismael**, “El alcance de la indemnización de la responsabilidad del Estado”, en AAVV, “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral; Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008.
- Farrando, Ismael**, “La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos”, en AAVV, “Los servicios públicos”, Buenos Aires, Depalma, 1994.
- Farrando, Ismael**, “La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos”, en Sarmiento García, Jorge H., y otros, “*Los Servicios Públicos: Régimen jurídico actual*”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (I.E.D.A.), Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Farrando, Ismael**, “La responsabilidad de los prestadores en los marcos regulatorios”, en Revista Actualidad en el Derecho Público, N°15/16, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.
- Farrando, Ismael**, “Puntos referenciales de la situación de los Servicios Públicos antes y después de la Reforma del Estado de 1989”, en la AAVV, “Estudios de Derecho Administrativo”, Tomo III, Coordinado por María Gabriela Ábalos, Mendoza, Diké, 2000.
- Farrando, Ismael**, “Servicios públicos y privatizaciones”, en Revista Actualidad en Derecho Público N°7, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- Fernández Arroyo, Diego P.** (coordinador), “Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur”, Zavalía Editor, Buenos Aires, 2005.
- Fernández García, M. Yolanda**, “Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red”, INAP, Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires, 2003.
- Fernández García, María Yolanda** “La regulación de los servicios en el ámbito de la organización mundial del comercio. Luces y sombras desde la perspectiva de la integración comunitaria europea”, Revista Derecho Administrativo, LexisNexis, año 17, 2005, Buenos Aires, 2005.



- Ferrajoli, Luigi**, “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- Ferreya, Ramón**, “Derecho Administrativo General y Argentino”, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1866.
- Ferreya, Leandro E.**, “Responsabilidad del Estado: entre el derecho común y el derecho local.”, Revista Derecho Público. Año III, N° 8. Ediciones Infojus, 2014, pág. 177.
- Fiorini, Bartolomé A.**, “Derecho Administrativo”, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.
- Fiorini, Bartolomé**, “Derecho Administrativo”, Tomo II, Buenos Aires, 1968.
- Fragueiro, M.- Salvador M. del Carril- Zuviría, F.**, Parte oficial publicado el 18 de diciembre de 1853, en El Nacional Argentino, Paraná, N° 64.
- Fragueiro, Mariano**, “Organización del Crédito”, en “Cuestiones Argentinas y Organización del Crédito”, edición con estudio preliminar de Gregorio Weinberg, Edit. Solar / Hachette, Buenos Aires, 1976.
- Fratini, Franco**, “Relazione introduttiva”; en “Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni”, Quaderni della SPISA, Maggioli Edit., Rimini, 1997.-
- Galdós, Jorge Mario**, “Peaje y animales sueltos. ¿La clausura de un debate?” La Ley, 2000-E, 495, nota al fallo de la CSJN, in re: “Colavita Salvador y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, del 7/3/2000, y “Bertinat Pablo J. y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otro”.
- Gallegos Fedriani, Pablo**, “Servicios públicos”, en “Cuestiones de Intervención Estatal”, Jornadas 2010, Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2012, pág. 653 y sig.
- García Lema, Alberto M. y Paixao, Enrique**, “Las reformas del sistema Institucional. El núcleo de coincidencias básicas”; en “Reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión de Redacción”; Rubinzal-Culzoni, Editores; Santa Fe, 1994.

- García Pelayo, Manuel**, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, Alianza Editorial, Madrid, 1989.
- García Pullés, Fernando R.**, “Lecciones de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.
- García Pulles, Fernando R.** “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase? La Ley 2009-B, 189
- García Pullés, Fernando**, “Función pública, tutela administrativa efectiva y las nuevas versiones del acto administrativo”, Revista RAP 411, pág. 85 y sig.
- García Ramírez, Sergio**, “El control judicial interno de convencionalidad”, en **Ferrer Mac-Gregor, Eduardo** y **Herrera García, Alfonso** (coords.), “Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales”, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNAM, Tirant lo Blanch, México, D.F., 2013.
- Garrido Falla, Fernando**, “La crisis de la noción de servicio público”, en “Las transformaciones del régimen administrativo”, Madrid, 1962.
- Garrido Falla, Fernando**, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, Madrid, 1960.
- Garrido Falla, Fernando**, “Tratado de Derecho Administrativo”, Volumen II, novena edición, Tecnos, Madrid, 1989.
- Gelli, María Angélica**, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Tomo II, 4ta. Edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Gelli, María Angélica**, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- Gesta Leal, Rogerio**, “O controle social dos serviços públicos no Brasil como condicao de sua possibilidade”, en AAVV, “Derecho Administrativo Iberoamericano”, IV Congreso Internacional de Derecho

- Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.
- Gherzi, Carlos Alberto**, “Cuantificación económica. Contratos de consumo”, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- Gherzi, Carlos y Weingarten, Celia**, “Amparo: plan médico obligatorio (P.M.O.)”, JA, 2001-IV-574.
- Giannini, Massimo Severo**, “Diritto Amministrativo”, Volume Secondo, Seconda edizione, Guiffrè Editore, Milano, 1988.
- Gil Domínguez, Andrés**, “La regla de reconocimiento constitucional argentina”, Ediar, Buenos Aires, 2007.
- Ghirardi, Olsen A.** “El primer Alberdi. La filosofía de su tiempo.” Buenos Aires; Astrea, 1989; “La filosofía en Alberdi”, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 1993; y “El Derecho Natural en Alberdi”, Ediciones del Copista, Córdoba, año 1997.
- González Arzac, Rafael M.**, “Planificación económica imperativa, empresa, principio de subsidiariedad y disagreement on fundamentals”, Revista Argentina de Derecho Administrativo, 1976-Nº14, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976.
- González Calderón, Juan A.**, “Derecho Constitucional Argentino. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución.”, Tomo III, Edit. Lajuané y Cía., Librería Nacional, Buenos Aires, 1926.
- González Moras, Juan M.**, “La responsabilidad del Estado por falta de servicio”, en Rosatti, Horacio (Director), “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico.”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.
- González Moras, Juan M.**, “El servicio público en el actual modelo prestacional mixto. Sus desafíos regulatorios.”, Revista de Derecho Público, Año 2014 - 2. “Las Regulaciones estatales de la economía en la Argentina – II”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 165 y sig.
- González Moras, Juan M.**, “La responsabilidad internacional del Estado por omisión en materia de derechos humanos”, en “El Derecho

administrativo hoy. 16 años después”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2013.

**González Moras, Juan M.** “El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXXI – 361, “XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2008.

**González Moras, Juan M.**, “Dimensión contemporánea del principio de subsidiariedad estatal”, *Revista Jurídica*, v. 2, n. 31 (2013), Unicuritiba, Curitiba, 2013. <http://revista.unicuritiba.edu.br>

**González Moras, Juan M.**, “El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales”, en **Viale, Claudio M.**, Director, “Derecho Común y Derecho Administrativo. Diferencias y contactos”, AAVV, Lerner Editora SRL, Córdoba, 2009.

**González Moras, Juan M.**, “El concepto de servicio público” *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXVI – 309, “XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. ‘Las bases constitucionales del Derecho administrativo’, Ediciones RAP SA, 2004.

**González Moras, Juan M.**, “La responsabilidad pública en materia de derechos sociales”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXXI – 361, Suplemento Especial, “I Congreso Nacional de Jóvenes Administrativistas”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008.

**González Moras, Juan M.**, “El límite de la responsabilidad del Estado en materia de derechos sociales”, en “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008.

**González Moras, Juan M.**, “Los tratados supraconstitucionales y su aplicación al quantum de la indemnización en la revocación del acto por razones de oportunidad, mérito y conveniencia”, en “Cuestiones de Acto, Reglamento y Otras Fuentes del Derecho

Administrativo”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009.

**González Moras, Juan M.**, “El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXVIII – 336, “XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, ‘El proceso contencioso administrativo’, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006.

**González Moras, Juan M.**, “El derecho de acceso a la información pública. Principales derechos y garantías implicados en el derecho federal argentino”, *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 422-443, julho/dezembro de 2013, *Revista do Programa do Mestrado em Direito da UniBrasil*, ISSN 1982-0496, <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>

**González Moras, Juan M.**, “El mito de la tarifa social y el principio de igualdad”, en “Cuestiones de Intervención Estatal. Servicios públicos, Poder de policía y Fomento”, *Jornadas de la Universidad Austral*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.

**González Moras, Juan M.**, “El régimen dominial del Estado y los recursos naturales”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Nro. 374, Suplemento Especial, “II Congreso Nacional de Jóvenes Administrativistas”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2009.

**González Moras, Juan M.**, “Estado de excepción. Soberanía, Poder de Policía y Emergencia”, en “La radicalidad de las formas jurídicas. Críticas a la razón cínica”, AAVV, Ediciones Grupo La Grieta, Buenos Aires, 2002.

**González Moras, Juan M.**, “Estado y Prosperidad: bases y puntos de partida para la invención de la nación argentina en la obra de Juan Bautista Alberdi”, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, N°3, RAP, Buenos Aires, marzo de 2008.

- González Moras, Juan M.**, “La concesión de servicio público en los ordenamientos públicos globales”, Publicado en Suplemento de Derecho Administrativo, Eldial Express, Año X -N°2406, 9 de Noviembre de 2007, <http://www.eldial.com.ar>
- González Moras, Juan M.**, “La Internacionalización del Derecho Administrativo argentino. Principales causas y consecuencias”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXIX – 348, “XXXII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. ‘El derecho administrativo argentino. Actualidad y perspectivas’, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007.
- González Moras, Juan M.**, “Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- González Moras, Juan M.**, “Los Tratados de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo Argentino”, Revista Documentación Administrativa, N°267-268, Madrid, 2004.
- González Moras, Juan M.**, “Poder de policía de prosperidad y potestades de intervención del Estado argentino”, en Revista Actualidad en Derecho Público N°14, Ad- Hoc, Bs. As., abril de 2001.
- González Moras, Juan M.**, “Poder de policía global. Intervención y autodeterminación social en el marco de los ordenamientos públicos globales”, AAVV; Ediciones Grupo La Grieta, La Plata, 2003.
- González Moras, Juan M.**, “Principios de la organización administrativa en las instituciones del Mercosur”, en AAVV, “Organización administrativa, función pública y dominio público”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005.
- González Moras, Juan M.**, “Procedimientos administrativos especiales en el marco de los ordenamientos públicos globales”, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXII – 383, “XXXV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2010.
- González Moras, Juan M.**, “Servicios postales. Su actual regulación y desmonopolización”, Revista Actualidad en Derecho Público, N°11, Editorial Ad-Hoc; marzo de 2000.

- González Moras, Juan Martín**, “*El dominio público y los recursos naturales. El caso del mar territorial argentino*”, Publicado en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXIII – 396, “XXXVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2011.
- González Moras, Juan Martín**, “El régimen dominial del Estado y los recursos naturales”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 374, Suplemento Especial, “II Congreso Nacional de Jóvenes Administrativistas”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2009.
- González Moras, Juan Martín**, “Régimen dominial del Estado y ‘bienes colectivos’. El caso de las aguas.”, Publicado en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, N°12, RAP, Buenos Aires, marzo de 2012.
- González Pérez, Jesús**, “Los Derechos Reales Administrativos”, Cuadernos Civitas, Madrid, segunda edición, 1984.
- González, Joaquín V.**, “Manual de la Constitución Argentina”, Ángel Estrada y Cía. Editores, Bs. As., 1951.
- González-Varas Ibáñez, Santiago** “El Derecho administrativo europeo”, 3º edición, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.
- Gonzalez-Varas Ibáñez, Santiago**, “La problemática actual del derecho administrativo europeo”, en “Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario”, Giuffré Editore, Milán, 1996.
- Gordillo, Agustín**, “Después de la reforma del Estado”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.
- Gordillo, Agustín**, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 2, 6ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003; y **10ª ed., ahora como 1ª ed. del “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, Buenos Aires, F.D.A., 2014.**
- Gordillo, Agustín**, “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”, Tomo 8, 1º edición, “Teoría General del Derecho Administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013.

- Gordillo, Agustín**, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomos 1 y 2, Ediciones Macchi-Lopez, Buenos Aires, 1975.
- Gordillo, Agustín**, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 1, Parte General, 10ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009.
- Gozi, Sandro**, “Prospettive dei servizi pubblici nell’Unione europea”; Club B-SPISA; Bologna 1998.
- Grecco, Carlos M.**, “Aproximación al régimen jurídico de los bienes privados afectados al servicio público”, en **Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos M.**, “Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- Grecco, Carlos M.**, “Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario. A propósito de la privatización ENTel”, en **Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos M.**, “Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- Grecco, Carlos M.**, “Prolegómenos para el Estudio de los servicios públicos privatizados”, en **Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos M.**, “Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- Grecco, Carlos M.**, “Responsabilidad del Estado por actividad de concesionarios y licenciatarios”, en Responsabilidad del Estado, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.
- Grecco, Carlos Manuel**, “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”, La Ley, T. 1980-D, 1306.
- Gros Espiell, Héctor**, “La Convención Americana y la Convención europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.
- Gualde, Andrea**, “Servicios públicos y arbitraje internacional”, en “Servicio público, policía y fomento”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003.



- Guastavino, E.**, “Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública”, en ED, 116-399.
- Gutiérrez Colantuono, Pablo y Justo, Juan B. (Colaborador)**, “Administración pública, juridicidad y Derechos humanos”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- Gutiérrez Colantuono, Pablo**, “La responsabilidad estatal y el sistema americano de protección de derechos humanos: una perspectiva judicial.”, en AAVV, “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, RAP, Buenos Aires, 2008.
- Halperín, Isaac**, “Seguro, empresa de seguro y servicio público impropio”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1971.
- Hauriou, Maurice**, “Précis de droit administratif et de droit public”, 12va. édition, Sirey, París, 1933; reedición presentada por Pierre Delvolvé y Franck Moderne, Dalloz, Paris, 2002.
- Hauriou, Maurice**, “Obra escogida”, traducción de Juan A. Santamaria Pastor y Santiago Muñoz Machado, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.
- Helm, D.**, “I confini economici dello Stato”, Oxford University Press, trad. ital., in *Regolazione e/o privatizzazione*, Bologna, Il Mulino, 1992.
- Hitters, Juan Carlos**, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Tomo II: Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica.”, Ediar, Buenos Aires, 1993.
- Hubeñak, Juan Manuel**, “La competencia contencioso administrativa y la relación concesionario-usuario para la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, LA LEY, 2001-A, 350.
- Hutchinson, Tomás, Barraguirre, Jorge A., Grecco, Carlos Manuel**, “Reforma del Estado. Ley 23.696”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1990.
- Ivanega, Miriam M.**, “La legitimación en las acciones colectivas. El caso de las asociaciones de usuarios y consumidores. El Defensor del Pueblo de la Nación”, en AAVV, XXXI Jornadas nacionales

- de Derecho Administrativo, AADA, Revista RAP N°336, Buenos Aires, 2006.
- Ivanega, Miriam M.**, “Las relaciones de empleo público”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.
- Ivanega, Miriam M.**, “Control judicial sobre las tarifas en los servicios públicos”, Servicio Público, Policía y Fomento, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, 845 y sig.
- Jéze, Gastón**, “Principios generales del Derecho Administrativo”, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1949; y Tomo. V, Depalma, Buenos Aires, 1950.
- Jofré, Tomás**, “Derecho Federal. Cuestiones varias”, Imprenta de José Tragant, Calle Belgrano, 438, Buenos Aires, 1917.
- Joselevich, Luis B.**, “Dos Estudios de Derecho Administrativo. Tarifas. Impuesto Especial”, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1937.
- Kelsen, Hans**, “Teoría pura del Derecho”, Eudeba, Buenos Aires, 1960.-
- Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico, Stewart, Richard B.**, “El surgimiento del Derecho administrativo global”, RPA, Res Publica Argentina, 2007-3, Ed. RAP, Buenos Aires, octubre-diciembre de 2007.
- Laguna de Paz, José Carlos**, “Liberalización y neoregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario”, en REDA, N°88, Madrid, año 1995.
- Laporta, Francisco J.**, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en **Betegón, J., Ramón de Páramo, J., Laporta F. y Prieto Sanchís, L.**, Coordinadores, “Constitución y Derechos Fundamentales”, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- Laubadere, Andre de:** “Traite elementaire de droit administratif”; Paris, 1933.
- Lieber L. L. D., Francisco**, “Sobre la Libertad Civil y el Propio Gobierno”, traducción de **Juana Manso**, Imprenta Americana, Calle de San Martín número 120, Buenos Aires, 1869.

- Linares Quintana, Segundo F.**, “Gobierno y Administración de la República Argentina”, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1959.
- Linares, Juan Francisco**, “Concepto y definición de servicio público”, en Revista Argentina de Derecho Administrativo, Octubre-Diciembre de 1978, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1978.
- Linares, Juan Francisco**, “Concepto y definición de servicio público”, Revista Argentina de Derecho Administrativo, 1978- N°19, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978.
- Linares, Juan Francisco**, “Derecho administrativo”, Astrea, Buenos Aires, 1986.
- López, Justo**, La huelga en los “servicios esenciales”, El Derecho, T. 137 p. 918.
- López, Lucio, V.**, “Derecho Administrativo Argentino”, Imprenta de “La Nación”, Buenos Aires, 1902.
- Lorenzetti, Ricardo Luis**, (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomos I, V y VI, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.-
- Lorenzetti, Ricardo Luis**, “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
- Lorenzetti, Ricardo Luis**, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, 1° edición, Santa Fe, 2003.
- Lorenzetti, Ricardo Luis**, “Teoría del Derecho Ambiental”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Lorenzetti, Ricardo Luis**, “Tratado de los Contratos. Parte General”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.
- Luis Miguez Macho**, “Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios.”, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996.
- Mairal, Héctor A.**, “La ideología del servicio público”, Revista de Derecho Administrativo, N°14, 1993.
- Mairal, Héctor A.**, “El concepto de servicio público en el derecho argentino actual”, en AAVV, “Servicio público, policía y fomento”, Jornadas de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2003.

- Majone, G., La Spina, A.**, “Lo Stato regolatore”, en *Rivista trim. di Scienza dell’Amministrazione*, n. 3, 1991.
- Manili, Pablo Luis**, “El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el Derecho constitucional argentino.”, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- Marcello Clarich** en “Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi”, en *Diritto Pubblico*, 1998.
- Marconi, Pia**, “La Carta dei Servizi Pubblici e la *Citizen’s charter*. *La normativa sulla carta dei servizi.*”, en *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* n. 1/1998.
- Marienhoff, Miguel S.**, “Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas”, Abeledo, Buenos Aires, 1939.
- Marienhoff, Miguel S.**, “Tratado de Derecho Administrativo” Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- Marienhoff, Miguel S.** “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III-B, tercera edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- Marienhoff, Miguel S.**, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.
- Marienhoff, Miguel S.**, “Tratado de derecho administrativo”, Tomo V, 2º edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.
- Marienhoff, Miguel**, “El servicio público y sus variadas expresiones: actividad bancaria, servicio fúnebre, actividad de consorcio, en JA, 29-1975-728.
- Mariño Menéndez, Fernando M.**, “Derecho Internacional Público (Parte General)”, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- Maiorano, Jorge Luis**, “Algunas reflexiones acerca de la noción de servicio público”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 1976-Nº14, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976.
- Martin, Liber**, “Concesión y permiso de aguas: naturaleza jurídica y revocación”, en AAVV, XXXIX Jornadas nacionales de Derecho Administrativo, AADA, Revista RAP Nº429, Buenos Aires, 2014.
- Martin, Liber**, “Derecho de Aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.

- Martínez de Vedia, Rodolfo**, “La organización en la regulación de los servicios públicos”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003.
- Massimino, Leonardo**, “La ley de Defensa del Consumidor y su incidencia en los contratos públicos”, en Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2014.
- Massimino, Leonardo**, “La responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos y del Estado”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 437, Buenos Aires, 2015.
- Massimino, Leonardo**, “El régimen federal y los servicios públicos: los problemas del ‘federalismo regulatorio’”, Cuestiones de Intervención Estatal - Jornadas 2010 - Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2012, pág. 697 y sig.
- Mata, Ismael**, “La intervención económica del Estado a través de sus empresas”, en AAVV, XXXIII Jornadas nacionales de Derecho Administrativo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Revista RAP N°361, Buenos Aires, 2008.
- Mata, Ismael**, “Las facultades tarifarias del Estado (a la luz de la jurisprudencia administrativa y judicial)”, en **Cassagne, Juan Carlos** (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006.
- Mata, Ismael**, “Noción actual del servicio público”, en Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad, Ente Nacional Regulador de la Electricidad, Buenos Aires, 1995.
- Mayer, Otto**, “Derecho Administrativo Alemán”, Tomo I y IV, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- Mayer, Jorge M.**, “Las ‘Bases’ de Alberdi. Edición crítica con una noticia preliminar, la reconstrucción de los textos originales y sus variantes, las fuentes y las notas ilustrativas”, Edit. Sudamericana, Bs. As., 1969.

- Menem, Carlos y Dromi, Roberto** “Reforma del Estado y Transformación nacional”, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1990.
- Merkel, Adolf**, “Teoría General del Derecho Administrativo”, Editora Nacional, México, 1980. Edición original, Viena, 1927.
- Mertehikian, Eduardo**, “La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (Acerca del artículo 6° de la ley 26.944)”, en **Rosatti, Horacio** (Director), “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético.”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.
- Mertehikián, Eduardo**, “La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, Abaco, Buenos Aires, 2001.
- Mertehikián, Eduardo**, “La responsabilidad subsidiaria del Estado por la actuación de entidades descentralizadas (Empresas, sociedades de objeto comercial o industrial y entidades autárquicas)”, RAP N°265, octubre de 2000.
- Miguez Macho, Luis**, “Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios”, Cedecs, Barcelona, 1999.
- Molina Giménez, Andrés** “El Servicio Público de Abastecimiento de Agua en Poblaciones. El Contexto Liberalizador”, Universidad de Alicante, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001.
- Montero Pascual, Juan José**, “Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones.”, en REDA, N°92, Madrid, año 1996.
- Montes de Oca, M. A.**, “Lecciones de Derecho Constitucional”, Notas tomadas de las conferencias dictadas por el autor por Alcides V. Calandrelli, Buenos Aires, Imprenta “La Buenos Aires”, Tomo I de 1896, y Tomo II de 1910.-
- Monti, Laura M.**, “La responsabilidad del Estado por los actos, hechos y omisiones de las empresas prestadoras de obras y servicios pú-

- blicos”, en **Cassagne, Juan Carlos** (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006.
- Moreno Molina, Ángel Manuel** “La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- Mosset Iturraspe, Jorge**, “Criterios acerca de la Responsabilidad del Estado”, en **Rosatti, Horacio** (Director), “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético.”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.
- Muñoz Machado, Santiago**, “Servicio público y mercado”, Tomos I y II, Edit. Civitas, Madrid, 1998.
- Muñoz, Guillermo A.**, “Derecho administrativo y relaciones entre particulares”, en **Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos M.**, “Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- Muñoz, Guillermo**, “El control de los servicios públicos privatizados”, en Revista Actualidad en Derecho Público N°5, SCS & Asociados Editores, Buenos Aires, 1996.
- Muñoz, Guillermo**, “Los entes reguladores como instrumento de control de los servicios públicos”, Revista Actualidad en Derecho Público N°14, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- Muñoz, Guillermo**, “Servicio público y concesión”, Revista Actualidad en Derecho Público N°7, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- Muratorio, Jorge I.**, “La ley de defensa del consumidor y la protección de los usuarios de los servicios públicos”, La Ley Actualidad, diario del 9/15/93.
- Muratorio, Jorge I.**, “La situación jurídica del usuario de servicios públicos”, en **Cassagne, Juan Carlos** (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006.
- Muratorio, Jorge I.**, “La situación jurídica del usuario del servicio público. Participación en el control. La tutela administrativa y jurisdiccional”, en “Servicio público, policía y fomento”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003.

- Muratorio, Jorge**, “La realidad del control y la regulación de los servicios públicos. Un replanteo de la figura de los entes reguladores”, en AAVV, “El derecho administrativo hoy. 16 años después”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013.
- Nozick, Robert**, “Anarquía, Estado y Utopía”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1991.
- Nuti, Favio**, “Servizi local tra pubblico e privato: considerazioni dal punto di vista della teoría economica.”; en *Regione e Governo Locale*, 1/2/3, 1996.
- Nuti, Favio**, “Temas de economía pública”, Curso de Economía Política, Facultad de Jurisprudencia; Università di Bologna; Anno Accademico 1997-98.
- Núñez Poblete, Manuel**, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el Thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, disponible en: [www.biblio.juridicas.unam.mx](http://www.biblio.juridicas.unam.mx)
- Oyhanarte, Julio**, “La expropiación y los servicios públicos”, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1957.
- Oszlak, Oscar**, “La formación del Estado Argentino”, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1982.
- Padilla, Alberto**, “La Constitución de Estados Unidos como precedente argentino”, Tesis recomendada al premio Facultad, Jesús Menéndez, Librero Editor, Buenos Aires, 1921.
- Padilla, Miguel**, “Las empresas de medicina prepaga, el sida y la droga”, y JA, 2001-III-378.
- Palazzo, José Luis, Sesín, Domingo J., y Rolón Lembeje, Víctor Armando**, “La Transformación del Estado. Tendencias actuales, innovaciones en el Derecho italiano y europeo”, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- Parejo Alfonso, Luciano**, “Los principios generales del Derecho Administrativo Comunitario”, en AAVV “Manual de Derecho Adminis-



- trativo Comunitario”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, SA., Madrid, 2000.
- Parejo Alfonso, Luciano**, Derecho Administrativo, Ariel Derecho, Barcelona, 2003.
- Parellada, Carlos A.**, “Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado”, en **Rosatti, Horacio** (Director), “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético.”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.
- Paschal, G. W.**, “Digesto de Derecho Federal. Anotaciones a la Constitución de Estados Unidos”. Concordancias con la Constitución Argentina, Traducidas del inglés las primeras y anotadas y comentadas las segundas por **N. A. Calvo**, Primera Edición, Imprenta, Litografía y Encuadernación de Jacobo Peuser, Buenos Aires-La Plata, 1888.
- Pastore, Baldasar**, “Quali fondamenti per il liberalismo? Identità, diritti, comunità política”; *Rivista Diritto e Società*, 1997.
- Pérez Bustamante, Laura**, “El acceso al consumo como derecho social: vivienda, salud, educación y alimentación” – DJ, 2004-3, 77.
- Pérez Bustamante, Laura**, “Derecho social de consumo”, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- Pérez Hualde, Alejandro**, “Competencia para la regulación de los servicios públicos”, en “Servicio público, policía y fomento”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003.
- Pérez Hualde, Alejandro**, “El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar”, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Pérez Hualde, Alejandro**, “El fundamento constitucional del régimen de los servicios públicos”, en AAVV, “Cuestiones de intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento”, Jornadas de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2011.
- Pérez Hualde, Alejandro**, “Omisión del Estado y servicios públicos”, en “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008.

- Pérez Hualde, Alejandro**, “Renegociación de Contratos Públicos”, LexisNexis – Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.
- Pérez Hualde, Alejandro**, “Servicios públicos, régimen, regulación y organismos de control”, en **Pérez Hualde, Alejandro**, “Servicios Público y Organismos de Control”, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- Pérez Hualde, Alejandro**, “Sistema de protección constitucional del usuario de los servicios públicos: fundamentos y dificultades”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2006, <http://www.acader.unc.edu.ar>
- Perrino, Pablo E.**, “Algunos comentarios acerca del régimen jurídico de protección de los usuarios de servicios públicos”, en Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2014.
- Perrino, Pablo Esteban**, “Distribución de competencias entre el Estado Federal, las provincias y los municipios para la regulación de los servicios públicos”, en Revista de Derecho Administrativo, LexisNexis, Buenos Aires, 2002.
- Picozza, E.**, en su “Diritto Amministrativo e Diritto Comunitario.”, Giappichelli Edit., Torino, 1997.
- Pierini, Antonella**, “Las transformaciones en acto en el sector de los servicios de pública utilidad: privatización, concurrencia y regulación”, en *Diritto e Società*, 1997.
- Pinto, Mónica**, “Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización. Un comentario”, en **Pinto, Mónica (Compiladora)**, “Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización”, Eudeba, Buenos Aires, 2009.
- Pototschnig, Umberto**, “I pubblici servizi”, Padova, 1964.
- Pritz, Osvaldo A. F.**, “Las limitaciones societarias y el principio de competencia”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001.
- Puigpelat, Oriol Mir**, “Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo”, Civitas, Madrid, 2004.

- Quiroga Lavié, Humberto**, “Constitución Argentina Comentada”, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1996.
- Quirós, Herminio J. y Emiliani, Rafael P.**, “Derecho Administrativo. Adaptado al programa vigente en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires teniendo por base las conferencias del catedrático titular de la materia, Dr. **Adolfo F. Orma.**”, Tomos I y II, Editor Valerio Abeledo, Librería Jurídica, Buenos Aires, 1902.
- Radicati di Brozolo, Luca G.**, “La nuova disposizione sui servizi di interesse económico generale”; in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2-3/1998.
- Ramella, Pablo A.**, “Derecho Constitucional”, Segunda edición, actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- Ramos Mexía, Ezequiel**, “Jurisdicción sobre Ferrocarriles. Respuesta del Gobierno de la Nación al Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.”, Ministro de Obras Públicas. Publicación oficial del Ministerio de Obras Públicas, Buenos Aires, Talleres Gráficos del Ministerio de Obras Públicas, 1913.
- Ramos, Juan P.**, “La concesión de servicios públicos”, Librería y Casa Editora de Jesús Mendez, Buenos Aires, 1937.
- Ravignani, Emilio**, “Asambleas Constituyentes Argentinas”, Tomos 1, 2 y 3, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Talleres SA Casa Jacobo Peuser Ltda., Buenos Aires, 1937.
- Rebasa, Marcos y Carbajales, Juan José**, “Los recursos naturales en la Reforma del ’94: aportes para una interpretación constitucional. (El caso de los hidrocarburos)”, en *La Ley, Sup. Adm.* 2011.
- Recopilación de Leyes, Ordenanzas, Decretos y Contratos de Concesiones de Tranvías**, Municipalidad de la Capital, Buenos Aires, Imprenta, Litog., y Encuadernac. de G. Kraft, 1908.
- Reiriz, María Graciela**, “Autoridades administrativas independientes para la regulación y el control de los servicios públicos”, en **Cassagne, Juan Carlos** (Director), “Servicio público y policía”, *El Derecho*, Buenos Aires, 2006.

- Rinella, Angelo; Coen Leopoldo; Scarciglia, Roberto** (a cura di), “Sussidiarietà e ordinamento costituzionali. Esperienze a confronto”, CEDAM, 1999.
- Rodríguez Chirillo, Eduardo J.**, “Privatización de la empresa pública y post privatización”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Rolla, Giancarlo**, “Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali”, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, dicembre 1997.
- Rosales, Pablo**, “La Corte Suprema y la obligación de la cobertura de la discapacidad. Análisis de la reciente jurisprudencia del Alto Tribunal y las obligaciones del Estado Nacional, las obras sociales y las empresas de medicina privada”, en JA, 2002-II-431.
- Rossi, Gianpaolo**, “Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell’economía en ella redistribuzione della ricchezza.”, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 1997.
- Roversi Monaco, Favio** (a cura di), “Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni”, Quaderni della SPISA (Suola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell’ Amministrazione); Maggioli Edit., Rimini, 1997, atti del Convegno per il 40° della SPISA, Bologna, 25-26 settembre 1995.
- Rusconi, Dante D.**, “Acciones judiciales de los consumidores”, Editorial Juris, Rosario, 2004.
- Sacristán, Estela B.**, “Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2007.
- Said, José Luis**, “El usuario como sujeto del régimen jurídico del servicio público”, en AAVV, XXXII Jornadas nacionales de Derecho Administrativo, AADA, Revista RAP N°348, Buenos Aires, 2007.
- Salomoni, Jorge Luis**, “Aporte para una discusión sobre la titularidad estatal de los servicios públicos”. Publicado en la Revista de Actualidad en el Derecho Público N° 3, SCS Editores, Buenos Aires, 1996; y en Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje

al Profesor Miguel S. Marienhoff, Juan Carlos Cassagne Director, Abeledo-Perrot, 1998.

**Salomoni, Jorge Luis**, “De nuevo sobre la Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la argentina”, Actualidad en el Derecho Público N°15-16, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

**Salomoni, Jorge Luis**, “El artículo 42 de la Constitución y la vinculación entre sus normas reglamentarias: el régimen legal de la defensa de la competencia y los marcos regulatorios, entes o agencias reguladoras de los servicios públicos en la república Argentina”, Revista Actualidad en el Derecho Público N°12, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

**Salomoni, Jorge Luis**, “El concepto actual de Servicio Público en la República Argentina”, Revista Documentación Administrativa N° 267-268, “El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias Actuales (I)”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, septiembre 2003-Abril 2004.

**Salomoni, Jorge Luis**, “El instituto de la licitación pública en el sistema de derecho positivo argentino: sus principios rectores”, Revista de Actualidad en el Derecho Público N° 10, Ad-Hoc, Buenos Aires, mayo-agosto de 1999.

**Salomoni, Jorge Luis**, “El origen, la organización y el funcionamiento del MERCOSUR”, en AAVV., Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz –Derecho Internacional y otros temas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

**Salomoni, Jorge Luis**, “El proceso arbitral ante tribunales internacionales: La fuerza expansiva de su jurisprudencia en el derecho público argentino.”, en VVAA. Procedimiento y Proceso Administrativo, Juan Carlos Cassagne (Director), LexisNexis, Abeledo-Perrot – UCA, Buenos Aires, 2005.

**Salomoni, Jorge Luis**, “El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática”, en Revista Actualidad en el Derecho Público N° 14, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

- Salomoni, Jorge Luis**, “El servicio público en los países del MERCOSUR”, en VVAA., Servicio Público y Policía, Juan Carlos Cassagne – Director, El Derecho Universitas, Buenos Aires, 2006.
- Salomoni, Jorge Luis**, “Esbozo sobre la identificación del Régimen Jurídico aplicable a la relación entre los sujetos de un Servicio Público Privatizado”, en Revista Actualidad en el Derecho Público N° 2, SCS Editores, Buenos Aires, 1995; y en Revista Actualidad en el Derecho Público N°1/6, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- Salomoni, Jorge Luis**, “Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la argentina (alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)”, ED, t. 186, p. 618.
- Salomoni, Jorge Luis**, “Reforma del Estado y Servicio Público: Titularidad y Privatización en el Derecho Público Argentino”. En la Revista Actualidad en el Derecho Público N° 5, SCS Editores, Buenos Aires, 1996.
- Salomoni, Jorge Luis**, “Régimen de los bienes públicos en las concesiones o licencias de servicios públicos.(El caso de la explotación de la distribución del gas natural)”. Publicado en “Revista do Direito” de la Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil, N° 3, julho de 1995; en VVAA, El Derecho Administrativo Argentino, Hoy, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 1996; y en Revista de Actualidad en el Derecho Público, N° 4, SCS Editores, Buenos Aires, 1996.
- Salomoni, Jorge Luis**, “Regulacao dos Servicos Públicos e Defesa da Concorrência na Argentina”, (texto en portugués) en VVAA., Direito Administrativo Econômico, Carlos Ari Sunfeld Coordinador, Malheiros Editores y Sociedade Brasileira de Direito Público, Sao Paulo, Brasil, 2000.
- Salomoni, Jorge Luis**, “Servicio público y emergencia”, en VVAA., Servicio Público, Policía y Fomento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP S.A., Buenos Aires, 2004.

- Salomoni, Jorge Luis**, “Sistema Jurídico, Emergencia, Conflicto de Derechos y Revisión de las Tarifas de los servicios Públicos”, en **Lorenzetti, Ricardo Luis**, “Emergencia Pública y Reforma del Régimen Monetario”, La Ley, Buenos Aires, 2002.
- Salomoni, Jorge Luis**, “Teoría general de los servicios públicos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- Salvatelli, Ana**, “La competencia contencioso administrativa”, en **Tawil, Guido S.** (Director), “Derecho Procesal Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.
- Sampay, Arturo Enrique**, “Las constituciones de la argentina (1810/1972)”, Eudeba, Buenos Aires, 1975.
- Sánchez, Alberto M.**, “Los servicios públicos y la economía de mercado”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001.
- Sanz Moreno, José Antonio**, “Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt”, Ed. Comares, Granada, 2002.
- Sarmiento García, Jorge H.**, “Concesión de Servicios Públicos”, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.
- Sarmiento García, Jorge H.**, “La licencia y la concesión como títulos habilitantes para la prestación de los servicios públicos”, en **Cassagne, Juan Carlos** (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006.
- Sarria, Félix**, “Derecho Administrativo”, Imprenta la Universidad de Córdoba, Segunda Edición, 1938.
- Scalabrini Ortíz, Raul**, “Historia de los ferrocarriles argentinos”, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1995.
- Schmidt, Reiner**, “La liberalizzazione dei servizi di interesse generale”, Rivista Trimestrale di diritto pubblico, 2003-3.
- Seco Villalba, José Armando**, “Fuentes de la Constitución Argentina”, Depalma, Buenos Aires, 1943.
- Sendín García, Miguel Ángel**, “Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos”, Editorial Comares, Granada, 2003.

- Serrano Triana, Adolfo**, “Fundamentos del Servicio Público”, Tomo II, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990.
- Sesín, Domingo J.**, “La función del servicio público en la etapa posprivatizadora”, en **Sesín, Domingo J.**, “El Derecho administrativo en reflexión”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.
- Sesín, Domingo Juan**, “Servicio público, policía y fomento en diversos ordenamientos y en Córdoba”, en “Servicio público, policía y fomento”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003.
- Simón, Julio**, “La nueva regulación de derecho de huelga en servicios esenciales”, *La Ley*, diarios del 30/3/06.-
- Sobre Casas, Roberto**, “Los contratos en el mercado eléctrico”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003.
- Stiglitz, Gabriel** (Director), “Defensa de los consumidores de productos y servicios”, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994.
- Stortoni, Gabriela**, “Federalismo y servicios públicos”, en AAVV, “El derecho administrativo hoy. 16 años después”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013.
- Stortoni, Gabriela**, “Sobre la existencia de un derecho administrativo de la Integración frente al esquema del Tratado de Asunción”, Universidad Austral, Anuario de Derecho, 2, Abeledo-Perrot, 1996.
- Story, José** “Breve exposición de la Constitución de los Estados Unidos para el uso de las clases superiores de las escuelas comunes”, Traducción de **J. M. Cantilo**, Imprenta del Siglo, Calle Victoria núm. 153, Buenos Aires, 1863.
- Story, José**, “Poder Judicial de los Estados Unidos de America. Su organización y atribuciones”, Libro tercero de sus comentarios con numerosas transcripciones de las decisiones de la Corte Suprema, del Federalista, de Kent, Marshall, Blackstone, Jay, Rawle, Tucker, Paley. Traducción de **J. M. Cantilo**, Imprenta del Siglo, Calle Victoria núm. 153, Buenos Aires, 1863.
- Tawil, Guido S.**, “Algunas reflexiones en torno al régimen jurídico de los bienes afectados al servicio público”, en AAVV, “Organiza-



ción administrativa, función pública y dominio público”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010.

**Tawil, Guido S.**, “La licencia como título habilitante para la prestación de servicios públicos”, en AAVV, XXXII Jornadas nacionales de Derecho Administrativo, AADA, Revista RAP N°348, Buenos Aires, 2007.

**Tawil, Guido S.**, “Los Tratados de Protección y Promoción recíproca de inversiones, la responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, en AAVV, “Servicios Públicos”, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2001.

**Tawil, Guido S.**, “Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de los contratos por razones de interés público”, en AAVV, XXXIV Jornadas nacionales de Derecho Administrativo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Revista RAP N°370, Buenos Aires, 2009.

**Tawil, Guido Santiago**, “Los servicios públicos ante la emergencia económica financiera”, en **Cassagne, Juan Carlos** (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006.

**Ticknor Curtis, Jorge**, “Historia del Orijen, Formación y Adopción de la Constitución de los Estados Unidos”, Traducción de **J. M. Cantillo**, Prólogo de Dalmacio Velez Sarsfield, Imprenta del Siglo, Victoria 151, Buenos Aires, 1866.

**Tiffany, Joel**, “Gobierno y Derecho Constitucional, o sea un examen sobre el orijen y límites de la autoridad gubernativa según la teoría americana”, Traducido por **Clodomiro Quiroga**, Imprenta de La Unión, calle de Rivadavia núms. 323 y 325, Buenos Aires, 1874.

**Travieso, J. A.**, “Historia de los Derechos Humanos y Garantías.”, Heliasta, 1998.

**Uslenghi, Alejandro**, “El servicio público como categoría constitucional”, en **Cassagne, Juan Carlos** (Director), “Servicio público y policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006.

- Vanossi, Jorge Reinaldo**, “La huelga en los servicios públicos”, en “Servicio público, policía y fomento”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003.
- Vanossi, Jorge Reinaldo**, “Teoría de la Constitución”, Tomo II “Supremacía y control de constitucionalidad”, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- Vedel, Georges**, “Derecho Administrativo”, Traducción de la sexta edición francesa; Aguilar, Madrid, 1980.
- Vega, Juan Carlos y Graham, Marisa Adriana**, “Jerarquía constitucional de los tratados internacionales”, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- Vera, Rodrigo**, “El impacto del Artículo 124 de la Constitución Nacional en la dogmática del dominio público en la Argentina”, Revista RAP N°363, Buenos Aires, 2008.
- Viale, Claudio M.**, “La acción societaria en la sociedad del Estado”, en AAVV, XXXIII Jornadas nacionales de Derecho Administrativo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Revista RAP N°361, Buenos Aires, 2008.
- Viale, Claudio M.**, “La Provincia en la Constitución Nacional”, en AAVV, XXIX Jornadas nacionales de Derecho Administrativo, AADA, Revista RAP N°309, Buenos Aires, 2004.
- Viale, Claudio M.**, “La defensa del consumidor. Algunas indagaciones sobre el tema”, en AAVV, Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.-
- Viale, Claudio M.**, “Las categorías del derecho común en el derecho administrativo”, en **Viale, Claudio M.** (Director), “Derecho común y derecho administrativo. Diferencias y contactos”, Lerner Editora, Córdoba, 2009.
- Villar Escurra, José L.**, “Derecho Administrativo Especial”, Civitas, Madrid, 1999.
- Villar Ezcurra, José Luis**, “Servicio Público y técnicas de conexión”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- Villar Palasi, José Luis**, “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, Revista de Administración Pública N°3, Madrid, 1950.

- Villegas Basavilbaso, Benjamín**, “Derecho Administrativo”, Tomo III, TEA, Buenos Aires, 1951.
- Vittadini, Giorgio (a cura di)**, “Sussidiarietà. La riforma possibile.”; RCS libri, Milano, 1998.
- Wajntraub, Javier H.**, “Protección jurídica del Consumidor”, LexisNexis, Depalma, Buenos Aires, 2004.
- Weltzer Malbrán, Ricardo**, “Análisis crítico de dos importantes pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la cobertura de las empresas de medicina prepaga”, LA LEY, 2001-B, 687 y LA LEY, 2001-D, 361.
- Zarini, Juan Helio**, “Análisis de la Constitución nacional. Comentario exegético, origen, reformas, concordancias y antecedentes.”, 2º Edición ampliada y actualizada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1988.
- Zavalía, Clodomiro**, “Derecho Federal”, Tomo II, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.-

## Abreviaturas utilizadas

<b>AADA</b> .....	Asociación Argentina de Derecho Administrativo
<b>AAVV</b> .....	Autores Varios
<b>ADLA</b> .....	Anales de Legislación Argentina
<b>CADH</b> .....	Convención Americana sobre Derechos Humanos
<b>CIADI</b> .....	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
<b>CN CIV Y COM FED</b> .....	Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal
<b>CNACAF</b> .....	Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal
<b>CNCOM</b> .....	Cámara Nacional Comercial
<b>CNTRAB</b> .....	Cámara Nacional del Trabajo
<b>Conc</b> .....	Concordantes
<b>Conf</b> .....	Conforme
<b>Corte IDH</b> .....	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<b>CSJN</b> .....	Corte Suprema de Justicia de la Nación
<b>Inc</b> .....	Inciso
<b>Op. cit</b> .....	Obra citada
<b>Pág</b> .....	Página
<b>SCBA</b> .....	Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires
<b>TSJ</b> .....	Tribunal Superior de Justicia

El desafío consiste en superar la concepción binaria tradicional del servicio público, inclinada, según los momentos históricos, a favor del Estado como “titular” del servicio o de los concesionarios como sus prestadores “naturales”. Estado contra mercado. Subordinando esas discusiones, el germen de un nuevo servicio público está en las consecuencias de la constitucionalización de los derechos de los usuarios.

El régimen actual del servicio público pone en el centro al usuario, a partir de un claro mandato constitucional: la necesidad de su tutela como uno de los medios para garantizar su dignidad como persona humana a través del acceso al consumo de bienes y servicios básicos.

La constitucionalización de estos derechos y garantías tiene dos consecuencias fundamentales. La primera, la “nacionalización” del régimen del servicio público a partir de esos derechos y garantías. Y, luego, una creciente “descontractualización” del régimen prestacional.

El Estado renueva así su condición de titular, pero no puede actuar como un mediador entre los actores del servicio público (prestadores, usuarios, autoridades de control). Debe proteger a los usuarios en su condición de parte débil y vulnerable de la relación jurídica implicada en todo servicio público.

**Juan Martín González Moras** nació en La Plata en 1973 y vivió y creció en la Patagonia hasta el comienzo de sus estudios universitarios. Es Abogado por la Universidad Nacional de La Plata (1996), Master en Governo Regionale e Locale por la Universidad de Bologna (1999) y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (2016). Ejerce la docencia universitaria en la Universidad de Buenos Aires. Ha publicado los poemarios “Ángel Cuervo” (1996), “Anaranjado color de Tempestad” (2001) y “Desear y tener” (2008). Publicó también “Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad” (2000); y como coautor “La radicalidad de las formas jurídicas” (2002), “La criminalización de la protesta social” (2003) y “Políticas de terror. Las formas del terrorismo de Estado en la globalización” (2007).