
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 10	n. 41	p. 1-242	jul./set. 2010
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisores: Ana Flávia Inácio Ferreira
Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão

Projeto gráfico: Luiz Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba – PR)
Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

El sistema federal y la regulación de los servicios públicos en la Argentina

Santiago R. Carrillo

Abogado. Profesor de derecho administrativo de la Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de la Matanza y Universidad Católica de La Plata. Relator Letrado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Resumen: El adecuado funcionamiento del sistema federal de gobierno — un federalismo cooperativo y de concertación — se encuentra ligado con los postulados constitucionales de la democracia y la libertad. En su consecución, con miras en el bienestar general, las actividades normalmente vinculadas a la noción de servicios públicos juegan un rol protagónico por su impacto directo en la calidad de vida de la población. Por esta razón, su análisis trasluce en forma genuina la crisis de los fundamentos de la organización federal. Examinaremos a continuación la regulación de los servicios públicos en la República Argentina, ubicando la potestad regulatoria en la distribución de competencias que efectúa la Constitución Nacional, entre provincias y Estado Nacional, en el marco de un régimen de organización que aspira al federalismo. Seguidamente analizaremos las notas relevantes que presentan, en su ejecución, los servicios públicos.

Palabras-clave: Sistema federal. Servicios públicos. Regulación. Argentina.

Sumario: I Introducción: el escenario político – II El sistema federal: la autonomía como base de la unidad – II.1 La jurisdicción en materia de servicios públicos – II.2 La alternativa por las regiones para la regulación local – III El concepto de regulación – IV La ejecución de los servicios públicos – IV.1 El título habilitante para la prestación del servicio público – IV.2 Las tarifas – IV.3 El regulador: solvencia técnica y autonomía funcional – IV.4 La protección de los usuarios – IV.5 Efecto expansivo: presupuestos mínimos en la protección de los usuarios – V Conclusiones

I Introducción: el escenario político

En los últimos meses, las facciones políticas han iniciado una discusión que alcanza aspectos de singular relevancia para la organización del sistema federal y el normal funcionamiento de las instituciones: de qué modo corresponde distribuir los recursos provenientes de la recaudación de los tributos entre los distintos estamentos de gobierno.¹

¹ La Nación, Nuevos reclamos provinciales al Gobierno por la coparticipación, 1-IV-2010; El oficialismo insiste en impulsar una nueva ley de coparticipación, 22-III-2010, <<http://www.lanacion.com.ar>>; Página 12, Gobernadores y legisladores del PJ analizaron “una nueva ley federal de impuestos”, 27-IV-2010; Las alícuotas no se tocan, 7-IV-2010, <<http://www.pagina12.com.ar>>; Clarín, Provincias: las chances de más plata directa se caen una tras otra, 4-V-2010; Coparticipación y reservas, los temas que tensaron el almuerzo entre Cristina y los gobernadores opositores, 15-IV-2010, <<http://www.clarin.com>>.

La discusión comienza recién ahora, no obstante haber dispuesto la cláusula sexta de las disposiciones transitorias de la Constitución Nacional, conforme la reforma de 1994, que el dictado de la nueva ley de coparticipación federal de impuestos debía efectuarse hace más de catorce años, puntualmente, antes de la finalización del año 1996. Por diversas razones, entre las que juega un rol trascendente la situación del Poder Ejecutivo Nacional de cara a las próximas elecciones presidenciales, la oposición en el Congreso ha entendido que este es el momento propicio para el planteamiento de semejante debate.

Más allá de la notable incidencia que tiene el capital privado en la organización de los servicios públicos, estructuralmente, el ingreso de fondos coparticipables en las economías locales abre o cierra expectativas de crecimiento. La presentación ante los mercados de crédito de una economía estatal sólida facilita a las jurisdicciones locales la obtención de fuentes de financiamiento alternativas provenientes del sector privado.

Por el contrario, la atrofia de la capacidad de obtener recursos para un financiamiento genuino, por la consideración marginal de los intereses locales al momento del diseño de la estructura tributaria de la Nación, desemboca en autonomías generalmente insolventes e incapaces de atender las necesidades básicas de sus habitantes.² A su vez, genera el ámbito propicio para el manejo discrecional de los fondos públicos que se les remiten el poder central.

Este movimiento centrípeto de acumulación de poder por parte del Gobierno federal — especialmente del presidente de la Nación — se fue volcando en beneficio del área del país donde el Poder Ejecutivo se asienta; la ciudad y gran Buenos Aires. Ahí no sólo se fue concentrando una cantidad desproporcionada de población argentina, sino también, una porción aún más desproporcionada del producto bruto, junto con buena parte de las obras y servicios públicos. De tal modo, en una alimentación recíproca, se confunde la centralización del poder institucional con la del poder económico y social.³

Semejante situación trastoca las aspiraciones del constituyente. De un lado, se aparta de los principios rectores estipulados en el art. 75 inc. 2º de la Constitución, para el diseño del régimen de coparticipación federal: equidad y solidaridad, en aras de un desarrollo equivalente con igualdad de oportunidades en todo el territorio.⁴ Del otro, atenta directamente

² Por supuesto que no todas las provincias se encuentran en igual situación; la razón principal es que parten de capitales humanos por cabeza muy diferentes; pero además por haber sido históricamente unas mejor administradas que otras, por obtener regalías petroleras, por sus predisposición agropecuaria, etc. Pero un análisis semejante excedería el marco de esta exposición. Desde el punto de vista institucional, las circunstancias también son cambiantes. Ampliar en P. J. Frías, La redención de las provincias, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, XLV, Córdoba, 2006, 249 ss.

³ C. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2005, 559 ss.

⁴ Las competencias en esta materia se reparten del siguiente modo. El Gobierno Federal dicta en forma exclusiva la legislación aduanera estableciendo derechos de importación y exportación (arts. 4º, 9º a 12, 75 inc. 1º, 126 y ccs. CN). En rigor, toda regulación del comercio exterior incumbe a la Nación; hemos abordado el tema en S. Carrillo, *Jueces, interés público y Cuota Hilton*, en *La Ley Actualidad*, Buenos Aires, 2004, 1 ss., también publicado en <<http://www.eldial.com.ar/newsletter/1834>>.

Luego, existe concurrencia entre la Nación y las Provincias respecto de los impuestos directos e indirectos, con la restricción para el Estado Nacional en cuanto a los primeros de aplicarlos por tiempo determinado y cuando lo exijan la defensa, la seguridad, o el bien general. Tales impuestos, son coparticipables, con excepción de la parte o el total de los que tengan asignación específica (art. 75 inc. 2º CN). Las municipalidades tendrán las potestades que les otorguen las respectivas constituciones provinciales (arts. 5º, 123 CN).

contra uno de los objetivos esenciales la organización nacional: promover el bienestar general (v. preámbulo).

Esta situación nos lleva a reflexionar desde las bases mismas de la organización constitucional del país, en búsqueda prospectiva de senderos que en el largo plazo conduzcan a un redimensionamiento de las relaciones entre el centro y la periferia que repercuta en una mejora de la calidad de vida de la población. El adecuado funcionamiento del sistema federal de gobierno — un federalismo cooperativo y de concertación — se encuentra ligado con los postulados constitucionales de la democracia y la libertad.⁵

En su consecución, con miras en el bienestar general, las actividades normalmente vinculadas a la noción de servicios públicos juegan un rol protagónico por su impacto directo en la calidad de vida de la población. Por esta razón, su análisis trasluce en forma genuina la crisis de los fundamentos de la organización federal.

Examinaremos a continuación la regulación de los servicios públicos en la República Argentina, ubicando la potestad regulatoria en la distribución de competencias que efectúa la Constitución Nacional, entre provincias y Estado Nacional, en el marco de un régimen de organización que aspira al federalismo. Seguidamente analizaremos las notas relevantes que presentan, en su ejecución, los servicios públicos.

II El sistema federal: la autonomía como base de la unidad

La Argentina ha adoptado una forma de federalismo atenuado que busca la descentralización territorial del poder, por conducto del reconocimiento de la autonomía local, aunque en un marco de integración política cooperativa.

El Estado Nacional, de acuerdo con el modelo constitucional, es una organización de base territorial, integrada por provincias y municipios como ordenamientos parciales de la estructura primaria u originaria, a la que se le reconoce la soberanía en el primer nivel de las potestades estatales. Por lo tanto, la autonomía emerge como un principio articulador de potestades territoriales y de ordenamientos parciales en el ámbito general del Estado.⁶

⁵ S. Breyer, *Active liberty. Interpreting our democratic Constitution*, New York, 2005, 56 ss. En igual sentido, R. Bacellar Filho, *Direito administrativo*, São Paulo, 2008, 172 ss.

⁶ I. Mata, *Procesos de integración en la prestación y regulación de los servicios públicos cit.*, 118.

Los arts. 9 a 12 de la Constitución eliminan los obstáculos al comercio interior y establecen el principio de unidad del mercado nacional para que pueda desenvolverse la vida económica. Ello se refuerza con la concentración de la regulación del comercio interprovincial en el Estado Nacional. Acompasando este principio y su efecto integrador, las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno central, se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas (arts. 121 y 122 de la C.N.).⁷ Estas fuerzas centrípeta y centrífuga accionando en conjunto sitúan a la autonomía como base de la unidad.

Esta arquitectura constitucional nos coloca ante una pauta hermenéutica que diferencia entre la presunción que lleva consigo el ejercicio de un poder nacional y el de uno de los estados locales. La diferencia es la siguiente. Para averiguar si un poder ejercido por el Gobierno Federal ha sido legítimamente usado, debe examinarse la constitución para ver si expresamente o por medio de una interpretación razonable de su texto, ese poder le ha sido conferido. Si la concesión no apareciese, su apropiación debe tenerse por ilegal. Para averiguar ahora, si una provincia ejercita legalmente algún poder, tenemos solamente que ver si por la constitución le ha sido concedido al Estado Nacional o si su ejercicio le está prohibido por la misma constitución. La presunción debe ser, pues, que las provincias obran legítimamente ejercitando un poder, hasta que se ponga de manifiesto, cómo, por concesiones constitucionales, ellas mismas se han despojado de ese poder. Estos conceptos, que aún constituyen la base del federalismo, fueron expresados por Cooley.⁸

No obstante cabe reparar en que, en materia de poderes delegados a la Nación, las provincias han cedido la potestad de dictar el derecho de fondo (legislación civil, comercial, laboral, etc., art. 75 inc. 12, C.N.) circunstancia que matiza la intensidad de su federalismo, atenuándolo, de cara a otros que, como el estadounidense, sin dejar de contener limitaciones al poder de las jurisdicciones locales — por ej. la contract clause⁹ del art. I, sec. 10^a, Const. de EE.UU. y la commerce clause del art. I, sec. 8^a, cl. 3^a¹⁰ — en su contexto, ellas resultan más bien ordenatorias y lucen despojadas de las notas de mayor generalidad que exhibe el caso argentino.¹¹

⁷ I. Mata, *Procesos de integración en la prestación y regulación de los servicios públicos* cit., 118.

⁸ T. Cooley, *Principios generales de derecho constitucional en los Estados Unidos de América*, Buenos Aires, 1898, 26 ss., traducción de J. Carrié.

⁹ Ningún estado dictará leyes que menoscaben las obligaciones nacidas de los contratos.

¹⁰ Ampliar en L. Tribe, *American constitutional law*, I, New York, 2000, 1021 ss.

¹¹ En el punto analizado, la estructuración federal argentina es igual a la del Brasil, ampliar en J. A. da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2010, 503; art. 22.1 de la Constitución brasileña.

Por cierto, ello no implica descartar que durante determinados períodos la cláusula del comercio haya funcionado, aun ante ese diseño más federal, como una habilitación casi ilimitada para la penetración del Congreso en la legislación estadual.¹² Esta visión más intensa de las relaciones federales comienza con la aceptación — inducida mediante el court-packing plan —¹³ por parte de la Suprema Corte¹⁴ de la idiosincrasia del new deal¹⁵ y ha llevado a E. Corwin a afirmar que la cláusula comercial incluye no sólo la fuente directa de las más importantes atribuciones de tiempo de paz del gobierno nacional; es también, con la única excepción de la cláusula del debido proceso de la Enmienda XIV, la base más importante de la revisión judicial para limitar el poder estadual.¹⁶

Otra diferencia notable con la Constitución de Filadelfia de 1787 es que la argentina — al igual que la del Brasil¹⁷ — contempla la posibilidad de intervención de las provincias por el Gobierno Federal “para garantizar la forma republicana de gobierno” (art. 6, C.N.).

¹² Durante el new deal, entre otros, *Wickard v. Filburn* (317 U.S. 111, 1942) donde se convalida la aplicación de la Agriculture Adjustment Act de 1938 a un pequeño granjero de Ohio; la ley, que habilitaba un amplio poder de regulación del comercio de granos por el Departamento de Agricultura del gobierno federal como modalidad de control del precios, alcanzaba con sus disposiciones toda la producción agrícola, incluso si ella no estaba destinada al comercio sino al consumo en el establecimiento del productor. O al afirmar la sujeción a la Fair Labor Standards Act de los empleados de una compañía limpiadora de ventanas, que realizaban la mayor parte de su trabajo en las ventanas de plantas industriales que producían artículos destinados al comercio interestatal, *Martino v. Mich Window Cleaning Co.* (327 U.S. 173, 1946).

¹³ Luego de la contundente reelección de noviembre de 1936 el presidente Franklin D. Roosevelt decidió enfrentar a los nine old men de la Suprema Corte en defensa de su programa de gobierno previamente vapuleado desde las decisiones de aquél black monday; entre ellas el célebre sick-chicken case y *Humphrey's Executor*. La estrategia del court-packing plan consistía básicamente en aumentar a quince el número de los miembros de la Corte, licuando de tal modo la opinión de los jueces conservadores; ampliar en *W. Rehnquist, The Supreme Court, New York, 2001, 116 ss.*

¹⁴ El punto de inflexión es *United States v. Darby Lumber Co.* (312 U.S. 100, 1941). Allí una Suprema Corte unánime — voto del justice Stone — ratificó la constitucionalidad de la Fair Labor Standards Act de 1938 que no sólo prohibía el transporte interestatal de bienes producidos por trabajadores cuyos horarios y salarios no se ajustaban a las normas de la ley sino que incluso prohibía la producción de dichos artículos para el comercio. El fallo, que expresamente dejó sin efecto la doctrina de *Hammer v. Dagenhart* (247 U.S. 251, 1918), se funda no sólo en la cláusula del comercio, sino también en la necessary and proper clause (art. I, sec. 8ª, cl. 18ª de la Const. de EE.UU.) cuya textura abierta por cierto ha de contribuir en el avance del poder federal sobre el estadual.

¹⁵ La revolución fue tanto política como constitucional. Breyer-Stewart afirman: “the New Deal is sometimes described as a ‘constitutional moment’ because it represented a fundamental rethinking of the preexisting constitutional structure (...) Whether or not it qualifies as a constitutional moment, the New Deal greatly revised the basic cornerstones of the Constitution: the previous conceptions of individual rights, federalism, and the separation of powers (or checks and balances), including judicial review” (S. Breyer – R. Stewart, *Administrative law and regulatory policy, New York, 2002, p. 24.*)

Para una visión general del new deal y por su concepción como constitutional moment, B. Ackerman, *We the people, II, Transformations, Cambridge, 1998, 255 ss.* La cuestión apreciada desde la óptica de aquel momento puede encontrarse en J. Landis, *The administrative process, New Haven, 1941.*

Para un análisis de la situación en forma previa al new del — lochner era — v. B. Friedman, *The history of the countermajoritarian difficulty, part three: the lesson of Lochner, en New York University Law Review, 76, 2001, 1383 ss.*

¹⁶ E. Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual, Buenos Aires, 1987, 99,* traducción de A. Leal.

¹⁷ J. A. da Silva, *Curso de direito constitucional positivo, cit., 484 ss.*

II.1 La jurisdicción en materia de servicios públicos

Entre los poderes que las provincias¹⁸ se han reservado, cabe recocer la facultad de regular en materia de servicios públicos locales. Si bien es el Congreso federal el que concede privilegios, vinculados a situaciones de exclusividad o monopolio (art. 75, inc. 18, C.N.) la Constitucional nacional les confiere suficiente potestad regulatoria en materia de servicios públicos (art. 42, párrafos 1º y 2). Cabe destacar que tradicionalmente se ha situado esta competencia entre las vinculadas a la potestad de organizar su propia administración (arts. 5, 122 y 123, C.N.),¹⁹ aunque debemos tener presente que tal posición requiere como presupuesto sostener la titularidad estatal de los servicios públicos.²⁰

De igual modo, cabe reconocer en la autonomía municipal, poder de regulación en materia de servicios públicos de incidencia local.²¹

Siguiendo la arquitectura constitucional delineada, el principio rector en materia de regulación de los servicios públicos es que corresponden a los estados locales, en la medida que la actividad en concreto se desarrolle sólo en el territorio de una determinada provincia. Por el contrario, en los servicios interjurisdiccionales, al encontrarse alcanzados por la cláusula del comercio (art. 75, inc. 13, C.N., que reproduce la cláusula correspondiente al art. I, sec.

¹⁸ Se incluye aquí a la Ciudad de Buenos Aires; art. 129, C.N. En la reforma de 1994, el constituyente ha decidido variar la condición jurídica de la Ciudad pasando de ser un ente descentralizado del Gobierno Federal, de rango legal, a constituirse como una entidad territorial calificada constitucionalmente como Ciudad Autónoma. Más allá de los problemas que ha generado determinar los alcances de dicha autonomía, por la convivencia en un mismo territorio con el Estado Nacional, lo cierto es que en virtud de la nueva arquitectura constitucional la Ciudad pasa a formar parte, junto con las provincias, del universo federal de la República Argentina. Respecto al estatus jurídico que cabe asignarle a consecuencia de su constitucionalización, M. G., Reiriz, El status jurídico de la ciudad autónoma de Buenos Aires y su relación con la jurisdicción originaria de la CSJN, en Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2, Buenos Aires, 2008, 48 ss.

¹⁹ R. Bielsa, Derecho administrativo, I, Buenos Aires, 1964, 506 ss. y del mismo autor, bajo el seudónimo de Próculo, Facultades de las provincias para organizar los servicios públicos locales, en La Ley, 123, Buenos Aires, 1967, 431.

²⁰ Ver infra punto III.

²¹ Art. 123 C.N. El cambio constitucional hacia la autonomía municipal se vio impulsado por un ciclo constituyente provincial durante de la década del '80 que, con apoyo de la doctrina, marcaba esa dirección. Un poco más tarde esta realidad fue aceptada por la Corte Suprema, especialmente, el caso Rivademar (Fallos 312:326, 1989). Hoy se encuentra aceptado que la autonomía demanda para las comunas niveles suficientes de autogobierno, con la aptitud de instituir sus propias reglas y así dirigir por sí los asuntos locales sin injerencias indebidas de otra autoridad estatal. Sin embargo, tal reconocimiento tiene su quicio en el alcance y contenido que en el orden institucional, político, administrativo económico y financiero le otorgue cada constitución provincial a la autonomía municipal, pues la C.N. no ingresa en ello. En consecuencia, no veda algún tipo de legislación supralocal que incida en el régimen organizativo del municipio; conclusión compatible con los restantes pronunciamientos de la Corte Suprema en torno a la condición institucional de los municipios posteriores a la reforma constitucional de 1994 (Fallos 325:1249; 327:4103; 328:2478; 329:970; 330:2478).

8ª, cl. 3ª de la Const. de EE.UU.)²² corresponde su regulación al gobierno federal.²³

La cláusula contenida en el art. 75 inc. 30, C.N. que otorga atribuciones al Congreso para “dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República” también ha sido invocada por la Corte Suprema para el desplazamiento de la jurisdicción local. En general, el encuadramiento en este marco ha tenido lugar ante el despliegue de potestades tributarias que las provincias²⁴ o sus municipios sobre establecimientos federales (en sentido físico: aeropuertos, puertos bajo jurisdicción nacional, represas hidroeléctricas, etc.) concepto que en la dinámica judicial se expandió alzando también actividades (vgra. servicios de telefonía, electricidad o gas).²⁵

De tal modo, el fundamento que habilita al Congreso federal a emitir leyes relativas a la regulación de servicios públicos cuyos efectos se

²² En los Estados Unidos, en materia de regulación federal de actividades de interés público — public utilities — cabe reconocer como punto de partida la creación de la Interstate Commerce Commission (ICC) en 1887. Breyer-Stewart exponen: “The decisive first step in the development of modern administrative law was the growth of administrative regulation in the latter half of the nineteenth century. This development first occurred at the state level, in the form of rate regulation of railroads, grain elevators, and other natural monopolies. The limitations of state regulation of interstate railroad operations led to the establishment in 1887 of the first great regulatory agency, the Interstate Commerce Commission (ICC)”, S. Breyer – R. Stewart, *Administrative law and regulatory policy* cit., 19. Actualmente, la potestad regulatoria de las agencias desborda el espectro de las actividades económicas alcanzando vastos sectores de regulación. En este sentido, Schwartz expone: “Not long ago, regulatory agencies administered schemes of economic regulation, designed to remedy deficiencies in the operation of the market (...) An agency such as the ICC or the FCC, concerned with the totality of its regulated industry, concentrated primarily on economic factors. During the past quarter century, however, a new generation of regulatory agencies has been created. These agencies have been a direct product of the increased concern with citizen, consumer, and environmental protection that has so changed our public law in recent years. Leading agencies among this newer breed are the Environmental Protection Agency, the Occupational Safety and Health Administration, and the Consumer Products Safety Commission. The jurisdiction of these agencies is not limited to a single industry. Instead, it cuts across the economic system (...) The new breed of EPA-type agency is established to promote social, rather than economic, goals. They are set up to regulate nonmarket behavior by business; they seek to deal with social costs that have an impact on the health, safety, individual opportunity, or qualitative environment of citizens and consumers” (B. Schwartz, *Administrative law*, Boston – Toronto – London, 1991, 16).

²³ La Corte Suprema ha sostenido que las provincias, dada la posición que ocupan dentro del régimen constitucional, deben observar una conducta que no interfiera ni directa ni indirectamente en el ejercicio del comercio interjurisdiccional. Las facultades de las provincias, por importantes y respetables que sean, no justifican la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de los demás estados autónomos y de la Nación toda (Fallos: 257:159; 263:437; 270:11).

También cabe destacar que ha entendido en términos amplios el vocablo comercio, en el sentido de comprender, además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles para todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafos, teléfono u otros medios (Fallos: 154:104). Así como que el control del transporte, como elemento esencial del comercio, incluye no sólo el relativo a la propiedad, en cualquiera de sus manifestaciones, tranvías, camiones, telégrafos, teléfonos, buques, aviones, ómnibus, etc., sino también las personas y las relaciones jurídicas derivadas del mismo transporte cuando éste tiene lugar entre habitantes de diferentes estados (Fallos: 188:27).

²⁴ Desde 1876, CSJN, *Fiscal General de la Provincia de Buenos Aires c. Banco Nacional* (Fallos 9:344).

²⁵ Ampliar en A. Bianchi, *Los establecimientos de utilidad nacional en las provincias y el sistema federal de gobierno*, en *El Derecho*, 136, Buenos Aires, 1990, 469; con una detallada reseña de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

cumplen dentro del territorio de una provincia es evitar una afectación por parte de las normas locales del comercio interprovincial o del desempeño de los establecimientos de utilidad nacional.²⁶

Empero, esta estructuración no es absoluta. Cabe reconocer en la dinámica constitucional argentina un pragmatismo que viabiliza las competencias compartidas o concurrentes.²⁷

Por ejemplo, el gobierno federal ha venido definiendo la matriz energética nacional con fundamento — más allá de aquellos tramos interjurisdiccionales de las actividades involucradas — en la cláusula del progreso (art. 75 inc. 18 C.N.) que impone al Congreso de la Nación “proveer lo conducente a la prosperidad del país”. Ello sin mengua de la existencia, en las jurisdicciones provinciales, de servicios de distribución de energía eléctrica locales.

En estas áreas de poder concurrente, utilizando las palabras de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso de las Tarifas de Minnesota,²⁸ “el Congreso debe ser el juez acerca de la necesidad de una actuación federal”.²⁹ En este pronunciamiento — aunque no es posible

²⁶ J. Bosch, *La regulación del peaje en el servicio público de electricidad ¿Es una facultad local o federal?*, en *La Ley*, 1998-E, Buenos Aires, 843.

²⁷ La Constitución del Brasil también reconoce competencias privativas de la Unión y concurrentes con los estados, pero su texto, a diferencia del argentino, evidencia un deslinde detallado por materias, v. arts. 21 a 24 de la Constitución del Brasil.

²⁸ *Simpson v. Shepard* (230 U.S. 402, 1913). La sentencia expresa: “Where the subject is peculiarly one of local concern, and from its nature belongs to the class with which the state appropriately deals in making reasonable provision for local needs, it cannot be regarded as left to the unrestrained will of individuals because Congress has not acted, although it may have such a relation to interstate commerce as to be within the reach of the federal power. In such case, Congress must be the judge of the necessity of federal action. Its paramount authority always enables it to intervene at its discretion for the complete and effective government of that which has been committed to its care, and, for this purpose and to this extent, in response to a conviction of national need, to displace local laws by substituting laws of its own. The successful working of our constitutional system has thus been made possible”.

²⁹ Sin embargo, en este punto no es posible soslayar que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha predominado — si se quiere con una visión más hamiltoniana que madisoniana — la posición que la inviste como intérprete final de la Constitución Nacional, afirmando, por ejemplo, que “no hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos legislativo, judicial y ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí y con respecto a los de las provincias... Es función prominente de esta Corte precisar los límites que la Constitución fija para el ejercicio de las competencias del Congreso de la Nación” (Fallos 330:3160). Por la visión que han expuesto A. Hamilton y J. Madison en relación al rol de Suprema Corte de los Estados Unidos como intérprete de su Constitución y sus efectos en relación a los demás poderes del gobierno federal y a los estados, v. *El Federalista*, Buenos Aires, 1868, nros. 9 y 78 y 10, 39, 48, 49, 50 y 51, respectivamente, traducción de J. M. Cantilo. Ampliar el análisis acerca del contraste entre la supremacía propuesta por el primero y la respuesta institucional del segundo en R. Burt, *Constitución y conflicto*, Buenos Aires, 2000, 78 ss., traducción de G. Garrido de Ortells.

Por supuesto que en estas cuestiones es ineludible la remisión a *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483, 1954) y los interrogantes que, a partir de allí planteó, A. Bickel, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, New Haven, 1986, 55 ss. Si ello involucra la imposición de valores a la sociedad por el poder judicial, cfr. J. H. Ely, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, 1997, 97 ss. traducción M. Holguín con R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, 2002, 209 ss., traducción de M. Guastavino.

soslayar que el caso se resuelve en plena *Lochner* era³⁰ — la Suprema Corte condensa la evolución que llevaba su jurisprudencia desde 1851, cuando en *Cooley vs. Board of Wardens of the Port of Philadelphia* sentara la distinción entre los asuntos de comercio que exigen imperativamente una regla única y uniforme aplicada al país entero; y los que de un modo igualmente imperativo exigen esa diversidad que es la única que puede resolver las necesidades locales del comercio.³¹ Con respecto a los primeros, ratificó el poder del Congreso para regular en forma exclusiva; con respecto a los segundos, sostuvo que los estados gozaban de un poder de “legislación concurrente”. La generalidad de estas proposiciones les ha permitido sobrevivir en el tiempo, siendo todavía, un buen criterio jurídico.³²

Se trata pues de un modelo que no pretende fusionar ni separar en términos absolutos, sino que busca articular y relacionar al todo con las partes y a las partes con el todo; en el que el orden federal tiene supremacía sobre los ordenamientos locales, pero a la vez pretende participación y coordinación; que procura el balance entre una fuerza centrípeta que aúna y otra centrífuga que dispersa.³³

³⁰ *Lochner v. New York* (198 U.S. 45, 1905). Período en el cual, en esta materia, se advierten importantes contradicciones. En la línea de *Lochner*, en una cuestión vinculada a la protección por ley federal de los menores ante la explotación laboral — *Child Labor Act* — y con planteos vinculados al comercio interjurisdiccional, pocos años después, aquella Corte se pronunció en *Hammer v. Dagenhart*, cit., limitando el alcance de los poderes regulatorios del Congreso para prohibir el comercio de bienes producidos mediante trabajo infantil; caso que registra una histórica disidencia del justice Holmes.

Sin embargo, E. Corwin afirma que, según estaban las cosas a esa fecha, tanto el Congreso como los estados estaban impedidos de prohibir el libre flujo de los productos del trabajo infantil de un estado a otro, E. Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, cit., 97.

³¹ La evolución en la interpretación de la Suprema Corte estadounidense en relación al art. I, sec. 8^a, cl. 3^a de su Constitución remite, principalmente, a *Gibbons v. Ogden* (22 U.S. [9 Wheat.] 1, 1824) y *Brown v. Maryland* (25 U.S. [12 Wheat.] 419), en los inicios; *Cooley v. Board of Wardens of the Port of Philadelphia* (53 U.S. [12 How.] 299, 1851), sentando las bases que viabilizan la concurrencia; el cambio producido a consecuencia del *new deal*, *United States v. Darby Lumber Co.*, cit., consolidado en *Southern Pacific Co. v. Arizona* (325 U.S. 761, 1945) y su expresión contemporánea en *Pike v. Bruce Church* (397 U.S. 137, 1970), *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (469 U.S. 528, 1985), *C & A Carbone, Inc. v. Town of Clarkstown* (511 U.S. 383, 1994) y *Oregon Waste Sys., Inc. v. Department of Env'tl. Quality* (511 U.S. 93, 1994). Ampliar en L. Tribe, *American constitutional law*, cit. 1043 ss. y M. Lawrence, *Toward a more coherent dormant commerce clause: a proposed unitary framework*, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 21, 1998, 395 ss.

En 2005 la Corte resolvió *Granholm v. Heald* (544 U.S. 460), the wine case; ampliar en D. Day, *The expanded concept of facial discrimination in the dormant commerce clause doctrine*, en *Creighton Law Review*, 40, 2007, 497 ss. Y *Gonzales v. Raich* (545 U.S. 1, 2005) que ratifica las atribuciones del Congreso, bajo la cláusula comercial, para prohibir e incriminar la fabricación, distribución, oferta o posesión de cualquier sustancia controlada por la *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act* de 1970 y que ella no autorice expresamente. En el caso se trataba de la colisión con la ley local de California que autorizaba el cultivo y consumo limitado de la marihuana con fines terapéuticos.

Para una visión actual de la cuestión en la Suprema Corte, B. Denning, *Reconstructing the dormant commerce clause doctrine*, en *William and Mary Law Review*, 50, 2008, 417 ss.

³² E. Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, cit., 102.

³³ G. Bidart Campos, *El federalismo argentino. Desde 1930 hasta la actualidad*, en *Federalismos latinoamericanos: México, Brasil, Argentina, México*, 1996, 365 ss.

Las causas contemporáneas de este diagrama — que impacta en la noción de federalismo dual — se encuentran en la organización cada vez más compleja de la economía capitalista, bajo la intervención creciente del poder estatal central en los sectores sensibles de la economía, con la aspiración de generar y consolidar la unidad de un espacio económico nacional que viabilice un desarrollo homogéneo.³⁴

Por supuesto que todo ello no otorga más que pautas lineales que apenas suministran un esbozo. Bidart Campos lo expresa con claridad: en la praxis del proceso federal, el funcionamiento de esas pautas nos tiene que mostrar otros índices. Por ejemplo, cuál es el volumen real de la participación de las provincias y del ejercicio de competencias que el reparto constitucional tiene distribuidas entre el gobierno federal y los gobiernos locales; cómo se compensan; qué márgenes de cooperación, negociación y desconcentración existen; si hay o no convergencia armónica hacia el bienestar general; cuál es el grado de centralización federal y de sucursalización de las provincias; si las rivalidades se enfrentan en confrontación o se superan con articulación de la diversidad de intereses...³⁵

En este camino de federalismo de concertación³⁶ ha habido sin dudas muchos fracasos en el proceso histórico. No obstante, la reforma de 1994 ha permitido renovar de algún modo las expectativas al contemplar puntos neurálgicos de la relación entre la Nación y las provincias: reconocimiento constitucional de la doctrina de la no interferencia,³⁷ de la autonomía municipal; de los convenios internacionales de las provincias que no afecten la política exterior ni el crédito público de la Nación, con conocimiento del Congreso; las transferencias de competencias con reasignación de recursos; el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales³⁸ y, como veremos seguidamente, la posibilidad de crear regiones.

³⁴ M. G. Reiriz, La jurisdicción nacional en el sector eléctrico, en Jornadas jurídicas sobre servicio público de electricidad, Buenos Aires, 1995, 172.

³⁵ G. Bidart Campos, El federalismo argentino. Desde 1930 hasta la actualidad, en *Federalismos latinoamericanos: México, Brasil, Argentina cit.*, 366.

³⁶ Pedro J. Frías sostiene, hace más de treinta años, que la reconstrucción del federalismo argentino debe encararse “como una empresa nacional, porque no está destinada a debilitar al gobierno federal sino a reubicarlo para que presida la una renovada concertación”, Introducción al Derecho Público Provincial, Buenos Aires, 1980, 41.

³⁷ Ver supra. El art. 75 inc. 30 de la C.N., conforme la reforma de 1994, dispone que corresponde al Congreso de la Nación: “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”.

³⁸ En cuanto a los recursos pesqueros del mar argentino en el cual tienen costas las provincias, hemos tratado el tema en S. Carrillo, El interés (del) público en el Régimen Federal de pesca, en *ResPublica Argentina*, 2006-1, Buenos Aires, 77 ss. y Una visión iuspublicista de los permisos de pesca, en *La Ley Patagonia*, 2005, Buenos Aires, 983 ss.

II.2 La alternativa por las regiones para la regulación local

Tal vez, en materia de regulación de servicios públicos, el punto que mayores expectativas suscita se vincula con el reconocimiento a las provincias del derecho a la regionalización. Conforme la reforma de 1994 el art. 124, C.N. dice en lo pertinente: "Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines...; con conocimiento del Congreso Nacional".

El bajo perfil provincial alcanzado en la práctica,³⁹ no constituye el adecuado sustrato para los conceptos que estructuran la organización federal de la Nación. Es necesario reformular tal ecuación; y la regionalización se plantea más como una defensa frente al poder central que como un factor de debilitamiento de las entidades locales.⁴⁰ Para más, en un mundo con soberanías disminuidas y crecientes enlaces internacionales, en que los países desarrollados buscan atenuar el impacto de la fragmentación política, consolidando la unidad desde lo económico,⁴¹ la integración regional es una guía que no puede ser desoída.

De adquirir la región una fisonomía cabal, que la erija como punto de concertación de competencias y conciliación de intereses; en un sistema de relaciones interprovinciales y no en nuevo estamento meramente burocrático, como álter ego de las provincias, la regulación de los servicios públicos podría alcanzar nuevas dimensiones en el orden local. Por lo pronto, la planificación territorial y la coordinación de políticas públicas, en servicios que utilizan redes o requieren fuertes inversiones en materia de infraestructura, sería más atractiva la relación económica al prestador, al ofrecerse una economía de escala que permita minimizar los costos unitarios y maximizar beneficios al aumentar el volumen de las operaciones.

La constitución de órganos interprovinciales de carácter técnico es un medio idóneo para la ordenación, planificación y gestión, total o parcial, de los intereses regionales. Pues, como modalidad de integración,

³⁹ Frías ha expuesto una visión que clarifica este punto: "Reinstalar el mercado en los antiguos países comunistas es una sobrecarga que sólo gobiernos de altísimo consenso y mucha cintura política pueden aguantar. ¿Y en muchas provincias nuestras? Contesto que ampliar el mercado lo es también: una sobrecarga muy difícil. Donde todo lo domina el empleo público, como disfraz del desempleo, obtener ahorro interno y empresarios con vocación de riesgo es tan difícil como en la Europa del Este", P. J. Fías, *El proceso federal argentino*, en *Historia y evolución de las ideas políticas y filosóficas argentinas*, Córdoba, 2000, 124 ss.

⁴⁰ D. F. Soria, *Consideraciones sobre las áreas metropolitanas y las iniciativas de organización en el gran Buenos Aires*, en *Temas de derecho administrativo*, La Plata, 298.

⁴¹ Ampliar en A. Gordillo, *Hacia la unidad del orden jurídico mundial*, en *ResPublica Argentina*, 2009-1, Buenos Aires, 47 ss.

plantea la posibilidad de consolidar tanto la coordinación como la concertación de medidas, para un suministro eficiente y equitativo de los servicios públicos.⁴²

III El concepto de regulación

El servicio público en la formulación actual que se le asigna en la Argentina — originada en el proceso de reforma del Estado encarado a fines del siglo pasado⁴³ — es considerado como una modalidad de regulación que disciplina el desarrollo de actividades de interés general a través de tres instrumentos básicos que son: un título habilitante de ingreso a la actividad en cualquiera de sus especies (concesión, licencia, otras figuras contractuales, permiso o autorización), la necesidad de aprobación de las tarifas del servicio y una agencia o ente especializado que ejercita la regulación.⁴⁴ Dos notas específicas singularizan estas actividades; la obligación de prestar el servicio a los usuarios en condiciones de igualdad y la de facilitar el acceso a las redes a los que realizan actividades complementarias, también bajo un tratamiento no discriminatorio.⁴⁵

Por cierto que como consecuencia de la situación de crisis económica estas variables se han visto, en mayor o menor medida, trastocadas. Mas, es posible aspirar a que se trate de cimbronazos transitorios y que paulatinamente los marcos regulatorios de los servicios públicos vuelvan a la normalidad.⁴⁶

Mata señala que, desde el punto de vista económico, la política de regulación es la respuesta a las denominadas fallas del mercado, esto es, los monopolios, las asimetrías informativas y las externalidades negativas, estableciendo un modelo que tiende a simular los efectos de un mercado competitivo, en el cual la oferta y la demanda deberían articularse en condiciones de equilibrio.⁴⁷

Esta aspiración estatal de adaptar las actividades económicas a los intereses colectivos resulta asaz compleja. Conlleva un importante número de abstracciones y diferenciaciones, determinadas en gran medida por la

⁴² D. F. Soria, Consideraciones sobre las áreas metropolitanas y las iniciativas de organización en el gran buenos aires cit., 297.

⁴³ Ampliar en R. C. Barra, Tratado de derecho administrativo, III, Buenos Aires, 2006, 485 ss.

⁴⁴ I. Mata, Procesos de integración en la prestación y regulación de los servicios públicos, en Revista Rap, 270, Buenos Aires, 2001, 115.

⁴⁵ H. Mairal, El concepto de servicio público en el derecho argentino actual, en Servicio Público, Policía y Fomento, Buenos Aires, 2003, 229 ss.

⁴⁶ N. Eliashev, Sector eléctrico: crisis y después. Presupuestos y propuestas para una contribución regulatoria a la superación de la crisis, en ResPublica Argentina, 2007-2, Buenos Aires, 39 ss.

⁴⁷ I. Mata, Procesos de integración en la prestación y regulación de los servicios públicos cit., 115.

evolución histórica local y las concepciones de cada Estado en particular.⁴⁸ Denota pues singulares modos de perseguir el desarrollo.

Con todo, hay ciertas nociones que se van afianzando globalmente, especialmente en los países desarrollados. Una es que la idea de regulación no presupone la titularidad estatal de los servicios públicos. Como sostiene Mairal, esa titularidad no es necesaria para que exista control estatal sobre una actividad que satisface necesidades indispensables de la población. En un espectro de alternativas de regulación, de inexistente a máxima, el servicio público es el grado máximo de regulación.⁴⁹

En el caso de la Constitución argentina, no posee una definición en torno a la titularidad estatal; correspondiendo tal determinación al Congreso.⁵⁰ Esta neutralidad constitucional tolera tanto una concepción francesa en que el Estado es el titular del servicio — aunque en la actualidad el derecho galo ha tenido que ajustar la noción de *service public* al derecho comunitario desembocando en el *service universel*⁵¹ compatible con la competencia — o bien, aquella anglosajona referida a la noción *public utility*, desvinculada de la titularidad estatal de la actividad y consiste en una regulación intensa de ella por su repercusión en el interés general.⁵²

No obstante, sea cual fuere la opción adoptada, lo cierto es que se trate de sustraerla del mercado o someterla a una intensa regulación, primeramente, involucra la reglamentación del derecho de los ciudadanos de ejercer industria lícita y el comercio (art. 14, C.N., 20 respecto de los extranjeros) que como tal debe ser dispuesto por ley (el mismo art. 14) y no traspasar los márgenes de la razonabilidad (art. 28, C.N.).⁵³ En adición, en el primer supuesto, que involucra la concesión de un privilegio, sea a favor de un particular o del propio Estado, puede ser dispuesto únicamente por el Congreso de la Nación (art. 75 inc. 18, C.N.).⁵⁴ En definitiva, en

⁴⁸ R. Pironti Aguirre de Castro, *Processo administrativo e controle da atividade regulatória*, Belo Horizonte, 2005, 18 ss.

⁴⁹ H. Mairal, *El concepto de servicio público en el derecho argentino actual*, cit.

⁵⁰ La Constitución argentina no contiene un equivalente al art. 175 de la Constitución del Brasil. Por los alcances de tal precepto, ampliar en R. Bacellar Filho, *Reflexões sobre direito administrativo*, Belo Horizonte, 2009, 45 ss. y 184 ss. Ver también P. R. Ferreira Motta, *Regulação e universalização dos serviços públicos*, Belo Horizonte, 2009, 153.

⁵¹ Ampliar en R. Chapus, *Droit administratif général*, I, Paris, 2001, 574 ss. Allí se destaca la trascendencia que ha tenido la decisión del Tribunal de Justicia Europeo recaída en el asunto Corbeau (Caso C-320/91, 19-V-1993) sobre el servicio postal belga. En punto a la regulación y el derecho de la competencia en la Unión Europea, D. Sorace, *Estado y servicios públicos*, Lima, 2006, 59 ss, traducción de E. Ariano Deho.

⁵² Ampliar en S. Breyer, R. Stewart, *Administrative law and regulatory policy* cit., 5 ss.

⁵³ En torno a la razonabilidad en la concesión de privilegios, v. J. F. Linares, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, 1989, 177 ss.

⁵⁴ J. F. Linares, *Concepto y definición de servicio público*, en R.A.D.A., 19, Buenos Aires, 36. Linares acepta la posibilidad de que se establezca a través de reglamento delegado, art. 76, C.N.

este sentido — regulación del servicio por ley — se inclina también el art. 175 de la Constitución del Brasil.

Además, existen ciertas demarcaciones aceptadas por la comunidad jurídica internacional referidas a que — por ejemplo — quien concede u otorga un monopolio no debe ser el que lo controle.⁵⁵ Veremos infra que tales postulados y la genérica protección de los derechos de los usuarios en sus relaciones de consumo, surgen del art. 42 de la Constitución argentina, sin distinciones respecto de quien es el prestador, si privado o público.

En tal sentido es necesario puntualizar que en los últimos tres años el Estado argentino ha efectuado ciertos movimientos que lo posicionan como prestador de ciertos servicios. Ello involucra un vuelco hacia el rumbo anterior a la Reforma del Estado efectuada a fines del siglo pasado. Mas, como afirma Gordillo, la experiencia de gestión indicará el acierto o desacierto de la decisión; dependiendo de cómo se compadecen estos nuevos regímenes con los subsistentes marcos regulatorios, con el aseguramiento del control público de la gestión y del gasto y, sobre todo, cómo se mantiene el nivel adquirido de derechos de los usuarios frente al nuevo prestador, el Estado.⁵⁶

IV La ejecución de los servicios públicos

Abordaremos el punto otorgando, inicialmente, un panorama acerca de la modalidad de vinculación empleada desde la Reforma del Estado para la prestación de los servicios públicos. Luego mencionaremos las notas distintivas que caracterizan dos elementos esenciales de la vinculación: las tarifas y el regulador. Y por último, analizaremos la posición que ocupan en este universo los usuarios y el efecto expansivo de la protección constitucional que tienen asignada.

IV.1 El título habilitante para la prestación del servicio público

Los contratos de concesión y las licencias que habilitan la realización de actividades vinculadas a los servicios públicos involucran relaciones jurídicas con el Estado que incluyen la prestación a los usuarios, bajo condiciones de obligatoriedad y tratamiento no discriminatorio, de un determinado tramo de un servicio destinado a satisfacer necesidades esenciales de la comunidad.⁵⁷ Pueden comprender, de acuerdo a las necesidades y

⁵⁵ A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte General*, I, Buenos Aires, 2009, XV-3.

⁵⁶ A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte General*, cit., XV-4 ss.

⁵⁷ H. Mairal, *El concepto de servicio público en el derecho argentino actual*, cit.

características de la actividad, tanto la concesión de privilegios vinculados a la situación de exclusividad en el mercado, como la obligación de brindar acceso a las redes.

Constituyen, de otro lado, relaciones destinadas a perdurar en el tiempo, con prolongados plazos de explotación y diversos supuestos de prórroga contemplados en los respectivos instrumentos. Consecuentemente, más allá de que en los elementos constitutivos se delinean estructuralmente obligaciones y derechos de una y otra parte, lo esencial de la vinculación es el establecimiento de procedimientos idóneos que permitan establecer un adecuado equilibrio en las prestaciones que son, por necesidad, dinámicas. Aún ante el acaecimiento de circunstancias que no pueden ser previstas el momento de la formalización del vínculo.

En este sentido, cabe reconocer que la relación jurídica no se agota con lo dispuesto en la ley que regula el sector, sus reglamentos y la licencia que vincula con el Estado, concebidos de modo estático. Ineludiblemente, el marco regulatorio irá adaptándose a las necesidades del servicio, aunque, por supuesto, dentro de los límites establecidos por la ley y la Constitución Nacional, en punto a la protección de los derechos adquiridos.

Pues, lógicamente, esta técnica de gestión de los servicios públicos requiere un desenvolvimiento certero y previsible, que incentive a la inversión privada y al financiamiento a largo plazo, de modo de contar con herramientas idóneas que habiliten la infraestructura necesaria que acompañe el desarrollo económico. El quiebre de la confianza en la estabilidad del ordenamiento regulatorio por la ausencia de instituciones previsibles y razonables produce efectos devastadores pues dificulta el flujo de inversiones que los fondos públicos son incapaces de afrontar.

IV.2 Las tarifas

La tarifa es un componente esencial del equilibrio económico financiero del desarrollo de la actividad y en el vínculo de relación con el Estado. La frustración de la legítima aspiración de percibir en forma íntegra, cierta y en tiempo oportuno la tarifa, afecta el derecho de propiedad (art. 17 C.N.) y vulnera el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 C.N.).

No obstante, por su impacto social en relación a los usuarios, no es posible dejar de reconocer su componente reglamentario y en este marco situar la potestad tarifaria en el poder administrador, con los límites

propios que impone la legislación regulatoria del sector y en forma acompasada con la protección de los intereses económicos de los usuarios encomendada por el art. 42 de la CN.

En general, cabe reconocer los siguientes principios para la regulación de las tarifas:

- i) Las tarifas deben ser justas y razonables, en las condiciones del título que habilita la actividad.⁵⁸ El principio rige tanto los intereses del prestador del servicio como los de los usuarios.⁵⁹
- ii) Cubrir los costos operativos y asegurar una rentabilidad razonable en una empresa eficiente.
- iii) Las ganancias deben ser similares, como promedio de la industria, a las de otras actividades de riesgo equivalente.
- iv) Revisión periódica de los precios y reducción progresiva.
- v) Delegación de la cuestión tarifaria en el ente regulador.⁶⁰

En el contexto de estas relaciones destinadas a la larga duración y atendiendo a su impacto concreto en factores trascendentes de la economía nacional, los conflictos profundos en materia tarifaria, que necesariamente repercuten en la calidad de la prestación de los servicios y ponen en evidencia que la estructura vinculante ha perdido su capacidad de reflejar la realidad económica o jurídica, deben ser abordados en procesos de renegociación serios, sustanciados con especial prudencia, en los que sea viable compatibilizar los intereses en disputa de modo razonable sin aniquilar ninguno de ellos.⁶¹

IV.3 El regulador: solvencia técnica y autonomía funcional⁶²

El logro de resultados satisfactorios en tan complejo escenario requiere de ciertas decisiones políticas realistas, y por supuesto, su mantenimiento en el largo plazo. En este andarivel, juega un papel

⁵⁸ Ampliar en R. Barra, Servicios públicos y regulación. La concesión aeroportuaria, en Revista Rap, 259, Buenos Aires, 1999, 9.

⁵⁹ A. Gordillo, Tratado de derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado, II, Buenos Aires, 2009, VI-10 ss.

⁶⁰ Ampliar en A. Bianchi, La regulación económica, I, Buenos Aires, 2001, 323 ss.

⁶¹ Por cierto que en este terreno es mejor abandonar los dogmatismos y reconocer que lo público tiene varias dimensiones, temporales (por ejemplo, algunas coyunturales y otras de largo plazo) o jurisdiccionales (intereses locales de las provincias). De la misma manera, los actores privados son variados y con intereses diversos en un mercado dinámico, N. Eliashev, Sector eléctrico: crisis y después. Presupuestos y propuestas para una contribución regulatoria a la superación de la crisis cit., 42. Ello conlleva que la premisa que manda que el interés público debe sobreponerse sobre los particulares deba manejarse con cuidado, no como categoría lógica, sino como guía empírica para cada tiempo y lugar, A. Gordillo, Tratado de derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado, II, Buenos Aires, 2009, VI-37 ss.

⁶² Por el funcionamiento y estructura de las agencias reguladoras en el Brasil, consultar el excelente trabajo de R. Pironti Aguirre de Castro, Processo administrativo e controle da atividade regulatória, Belo Horizonte, 2005, 71 ss.

trascendente la configuración de un regulador y fiscalizador del servicio que sea técnicamente solvente y goce de autonomía funcional.⁶³

Pues aún reconociendo que las políticas regulatorias involucran aspectos relacionados con niveles superiores de asignación de competencias, en tanto alcanza el reparto entre Nación y provincias, por imperio del art. 42, C.N. la regulación técnica debe recaer en estos organismos especializados, y con tales alcances, participar en los procesos decisorios.

Asegurar esa autonomía requiere la descentralización subjetiva de la organización y la estabilidad de sus órganos de conducción,⁶⁴ cuyos integrantes deben ser designados en forma parcial, previendo una discontinuidad con el mandato presidencial que impida que todos los miembros del directorio de un ente sean designados por un solo Presidente.⁶⁵ A su vez debe dotárselos de recursos humanos y materiales que aseguren la expertise supuesta en la atribución de competencia.⁶⁶

Esta autonomía de los organismos que ejercen funciones de regulación, vigilancia y sancionadora, así como de resolución de conflictos, en el marco de los servicios públicos, es necesaria porque el poder político tiende a sacrificar objetivos de largo plazo en aras de las metas inmediatas.

IV.4 La protección de los usuarios

En la dinámica de la ejecución de las actividades calificadas como servicios públicos ingresan los usuarios, como un componente de tutela trascendente, pues sus derechos en las relaciones de consumo adquirieron rango constitucional en la reforma de 1994, con la incorporación del art. 42. Cuando no se ha podido evitar el monopolio o se lo ha creado expresamente, la necesidad de regulación fuerte e intensa de un régimen de derecho público es indispensable para que el monopolio no perjudique los derechos e intereses de los usuarios.⁶⁷

IV.5 Efecto expansivo: presupuestos mínimos en la protección de los usuarios

En toda prestación de servicios, sea por medio de regulación nacional, provincial o regional, la Constitución ha impuesto, desde la reforma de

⁶³ R. Barra, Entes reguladores: en camino de su delimitación institucional, en *Jurisprudencia Argentina*, 2005-III, Buenos Aires, 1079 ss.

⁶⁴ R. Barra, Entes reguladores: en camino de su delimitación institucional cit.

⁶⁵ Ampliar en S. Carrillo, Entes reguladores: rumbo a las autoridades administrativas independientes, en *ResPublica*, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, 3, México, 2005, 11 ss; también publicado en <<http://www.eldial.com.ar>> del 18-XI-2005.

⁶⁶ R. Barra, Entes reguladores: en camino de su delimitación institucional cit.

⁶⁷ A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, II, cit., VI-37.

1994, como estándar de prestación la “calidad y eficiencia” — vinculados a la continuidad, regularidad y obligatoriedad —, así como las condiciones de trato digno y equitativo. Todo ello sintetiza la protección de los derechos e intereses económicos de los usuarios, misión en la que se ha contemplando la participación de asociaciones no gubernamentales.

Además, el art. 42 de la CN ha caracterizado a la competencia como un bien jurídicamente protegido, vinculado al mercado como regulador económico. Su preservación incumbe a todas las autoridades, en el ámbito propio de su competencia de acuerdo los distintos estamentos del ordenamiento federal.

El principio de la libertad que fluye de toda la Constitución, así como la previsión expresa del art. 42, C.N. en punto a la protección de los mercados, conduce, de un lado, a una interpretación restrictiva y fuertemente relacionada en materia de privilegios y sus consecuencias. Del otro, a otorgar un carácter igualmente restrictivo a la interpretación de las limitaciones a las decisiones estrictamente empresarias del prestador del servicio, que no afecten los intereses públicos en juego.⁶⁸

Ello ha desembocado — no sin severas contramarchas — en el dictado de regulaciones sectoriales que persiguen el objetivo de descentralizar las decisiones económicas, segmentando en todo lo posible las industrias involucradas, de modo de permitir el ingreso de la competencia en todo aquello que resulta compatible con el desarrollo eficiente de cada sector, a través del open access.

Sin embargo, no puede esperarse que la competencia apunte al desarrollo equilibrado del territorio o la lucha contra las exclusiones sociales. Ese es el rol que debe ocupar la intervención estatal, generando que los menores costos y la mayor eficiencia se trasladen a los usuarios, con exigencia de una calidad establecida del servicio. A su vez, a los fines de universalizar⁶⁹ el servicio le compete articular las inversiones necesarias para facilitar a los usuarios en condiciones de indigencias o pobreza tarifas sociales, a través de mecanismos transparentes.

V Conclusiones

Hemos visto que la Constitución argentina expresa una visión orgánico-funcional, que distribuye competencia pero a la vez fija principios

⁶⁸ A. Pérez Hualde, Constitución Nacional y control de los servicios públicos, en La Ley, 2001-C, Buenos Aires, 1174 ss.

⁶⁹ En punto a la universalización de los servicios públicos en Brasil y el contenido del mandato constitucional en ese sentido, ampliar en P. R. Ferreira Motta, Regulação e universalização dos serviços públicos, cit., 137 ss.

rectores. Revela asimismo la posibilidad de un espacio de vinculación e interdependencia entre el centro y los estados periféricos que, desarrollado con justeza y despojado de intereses partidarios o coyunturales, permitiría el éxito buscado en el desarrollo social y comercial de la Nación.

En punto a la regulación de los servicios públicos, cabe apuntar la necesidad de que las provincias actúen la prerrogativa de generar regiones, permitiendo la atención de economías de escala con capitales privados y cumpliendo con el postergado mandato de introducir el mayor grado de competencia posible. También a la Nación le incumbe seguir ese rumbo en los espacios interjurisdiccionales.

Es necesario, en tal sentido, consolidar el principio del acceso abierto a las redes que ya se encuentra consagrado en diversas normas sectoriales. Los beneficios de una mayor competencia son múltiples. La competencia no sólo fomenta una baja relativa en los precios sino que también facilita la tarea de regulación y control por parte de las autoridades ya que se permite comparar desempeños de empresas operando en el mismo mercado. De otro lado, devuelve la libertad a los usuarios que no quedan cautivos de un monopolio, surgiendo la posibilidad de premiar y castigar, al poder elegir y dejar de elegir a las compañías prestadoras del servicio en función de su desempeño.⁷⁰

Ahora bien, resulta evidente que ello debe venir acompañado de una revisión integral del derecho antimonopólico y sus canales de efectividad por el Congreso Nacional, pues si bien hay normas que prohíben el abuso de la posición dominante en el mercado, su aplicación queda reducida a la arbitraria selectividad de los órganos estatales.

Generar el ámbito propicio para el desarrollo de mercados de servicios eficientes, debidamente regulados, sigue siendo una deuda de las autoridades para con la sociedad.

The Federal System and Public Services Regulation in Argentina

Abstract: The proper functioning of the federal system of government — a cooperative and harmonious federalism — is linked with the constitutional principles of democracy and liberty. In its pursuit, with a view to the general welfare, the activities normally associated with the notion of public services play a leading role due to their direct impact on quality of life of the population. For this reason, their analysis shows it in a genuine way the crisis of the foundations of the federal organization. It will be examined the regulation of public services in Argentina Republic, placing the regulatory authority

⁷⁰ N. Eliashev, Sector eléctrico: crisis y después. Presupuestos y propuestas para una contribución regulatoria a la superación de la crisis cit., 45.

in the distribution of powers made by the Constitution, between provinces and national government, under a system of organization that aspires to federalism. Then I will be analyzed the relevant notes that present, in their implementation, the public services.

Key words: Federal system. Public services. Regulation. Argentina.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARRILLO, Santiago R. El sistema federal y la regulación de los servicios públicos en la Argentina. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, p. 43-62, jul./set. 2010.

Recebido em: 22.06.10

Aprovado em: 25.09.10