

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



2003

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 1, n.13, p.1-244, jul./set. 2003

# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

## IPDA

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

### Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

### Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

### Direção Executiva

Emerson Gabardo

### Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
Alice Gonzáles Borges	( <i>in memoriam</i> )
Carlos Ari Sunfeld	Marçal Justen Filho
Carlos Ayres Britto	Marcelo Figueiredo
Carlos Delpiazzo	Márcio Cammarosano
Cármén Lúcia Antunes Rocha	Maria Cristina Cesar de Oliveira
Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Figueiredo
Clémerson Merlin Clève	Odilon Borges Junior
Enrique Silva Cimma	Pascual Caiella
Eros Roberto Grau	Paulo Eduardo Garrido Modesto
Fabrcio Motta	Paulo Henrique Blasi
Guilherme Andrés Muñoz	Paulo Ricardo Schier
Jorge Luís Salomoni	Pedro Paulo de Almeida Dutra
José Carlos Abraão	Regina Maria Macedo Nery Ferrari
José Eduardo Martins Cardoso	Rogério Gesta Leal
José Luís Said	Rolando Pantoja Bauzá
José Mario Serrate Paz	Sérgio Ferraz
Juan Pablo Cajarville Peruffo	Valmir Pontes Filho
Juarez Freitas	Yara Stropa
Julio Rodolfo Comadira	Weida Zancanner
Lúis Enrique Chase Plate	
Lúcia Valle Figueiredo	

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br  
Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum - Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./fev./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: 33.342

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira

Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta

Diagramação: Luis Alberto Pimenta

Revisora: Olga M. A. Sousa

Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros - CRB 1545/MG - 6ª região

© Editora Fórum Ltda., 2003.

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Distribuída em todo o território nacional

Assinaturas e comercialização:

Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar,

Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737

e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

www.editoraforum.com.br

# Las Nociones Contemporáneas del Servicio Público y su Regulación por las Agencias

Julio Rodolfo Comadira

Director del Programa Master de Derecho Administrativo de la Universidad Austral - Argentina

## El servicio público como título prestacional o de policía

Quien se introduce en el estudio del servicio público advierte inmediatamente que si alguna coincidencia existe entre quienes han estudiado el concepto, ella es la de su absoluta equivocidad. Se ha dicho, incluso, que hay tantos conceptos del servicio público como autores se han ocupado de él.

Es posible, sin embargo, intentar la búsqueda de un dato unitario que, por estar presente en todas las nociones, nos permita identificar un elemento común caracterizador. *Y ese dato es, a mi modo de ver, la del poder, esto es, la de la potestad al servicio de la prestación.*

*Adelanto, por ello, desde ahora que, en mi opinión, el servicio público es un título jurídico en sí mismo exorbitante, invocable por el Estado para asumir la titularidad de competencias prestacionales con el fin de ejercerlas en forma directa (“en regie”) o indirecta a través de órganos personificados pública (v.gr: entes autárquicos) o privadamente (v.gr: sociedades anónimas); para desarrollarlas subsidiariamente en ausencia de prestadores privados, sin titularizarlas en sentido propio, o bien para ejercer su poder de policía sobre actividades privadas prestacionales, con el objeto de dar satisfacción o, en su caso, de asegurar la satisfacción de necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común.*

La titularidad, o no, de la actividad que se emprende o regula y la determinación de las necesidades que, en cada caso, justifican la decisión estatal de prestar o regular, son cuestiones históricamente contingentes que no alteran el dato de esencia siempre concurrente, esto es, la invocación de un título jurídico que implica, en sí, el empleo del poder, de la prerrogativa — con arreglo a contenidos también variables — para brindar una prestación que se estima ligada con inmediatez al bien común.

Mairal se ha referido, en mi país, a la ideología del servicio público. Y, en rigor, la ideología que aquí está en juego es la del derecho administrativo porque éste es, en realidad, el instrumento que afirma la prerrogativa, y su contrapunto, la garantía, no sólo en materia de servicio público, sino también en todo el campo del ejercicio de la función administrativa. Cuestionar, por

el ello, la ideología del servicio público es, en el fondo, cuestionar la esencia misma del derecho administrativo.

### Los primeros servicios públicos: beneficencia, educación, salud, correos

Es cierto que actividades que muy genéricamente podrían considerarse servicios públicos son hallables antes de la consagración del constitucionalismo (Justicia, Defensa, Relaciones Exteriores), pero su prestación estaba en realidad desprovista de toda significación servicial pues con ellos se trataba de atender a las necesidades del aparato estatal, antes que proporcionar utilidad a los súbditos.

Cuando en el continente europeo se derrumba el Estado de Policía a partir de la consagración de los principios inspiradores de la Revolución Francesa, la concepción liberal impone un modelo de Estado en el cual la policía no excede el fin de mantener el orden y la seguridad de la *res pública*, el orden público material, el orden de las “calles”, en suma. Al mismo tiempo, abolidos los derechos feudales, se otorga a la sociedad el dominio de la vida económico social, dejando a los ciudadanos, individualmente, la responsabilidad de la satisfacción de sus necesidades. Esta concepción indiferente a la justicia de la conformación comunitaria y, en apariencia, no intervencionista y neutra, implicaba, por reversión de sentido, una intervención *omisiva* a favor de los sectores más poderosos de la sociedad.

Había, no obstante, factores históricos derivados de la dinámica de los cambios, que condujeron, ya en aquel momento, a que el Estado asumiera por razones ideológicas o por conveniencia la satisfacción de necesidades generales hasta ese momento atendidas por la Iglesia, las órdenes religiosas, las corporaciones, las fundaciones, las universidades y otras instituciones sociales intermedias representativas del cuerpo social en el Antiguo Régimen.

La asistencia, la sanidad, la educación, el correo (cuando deja de ser un servicio exclusivo al rey), son, así, en esa primera etapa, servicios asumidos por el Estado; empero, no se advierte en esa instancia vocación de *publicatio*, *ni de monopolio*, *ni de exclusividad* aunque sí es posible encontrar, como excepción, fundamentos políticos ideológicos para hacer de la enseñanza un monopolio estatal, como ocurrió en Francia, donde esta función fue considerada un instrumento de igualación social y de consolidación republicana. El carácter no monopolístico del servicio explica, precisamente, la no aparición, todavía, de la figura de la concesión.

De todos modos la actuación coactiva del Estado, su vigorosa presencia al servicio de una burguesía afirmada al compás de la neutralización de las corporaciones, ya suponía el empleo del poder y de la prerrogativa como instrumento de secularización y desamortización. No era infrecuente, por ejemplo, en España, advertir la locución servicio público para atribuir al Estado actividades excluidas de la desamortización.

### Los servicios públicos económicos. La concesión

Con el tiempo, los avances tecnológicos, las exigencias del industrialismo y las demandas comunitarias colocan al Estado ante la necesidad de asumir competencias prestacionales de naturaleza económica y de características complejas, las cuales, pese a no revestir, por tanto, carácter asistencial, requieren de él, sin embargo, una intervención justificada en la importancia comunitaria de su satisfacción, en la insuficiencia privada para hacerlo y en las notas de vocación monopolística que implicaban su desarrollo.

*El servicio público se presenta, entonces, en esta etapa, como el título jurídico invocado por el Estado para asumir la titularidad de ciertas competencias prestacionales tales como, entre otras, las referidas al transporte ferroviario o por carretera, el telégrafo, la electricidad, el gas o el teléfono.*

Es claro, sin embargo, que esta redefinición fáctica del accionar del Estado Liberal no podía producirse sin generar con ello una contradicción dialéctica insalvable con los propios presupuestos políticos que lo orientaban: incapacidad empresarial del Estado y abstención de éste en la vida económica.

La situación se salva, entonces, con la figura de la concesión *traslativa*, en virtud de la cual el Estado, después de autoatribuirse la titularidad de la actividad económica de que se trate, trasfiere su gestión o ejercicio a una persona privada que la asume por su cuenta y riesgo.

La concesión es, por eso, inherente a la explotación de los servicios públicos económicos en el Estado de Derecho Liberal y se erige en el modo más inteligente que éste halla para responder a las exigencias de los hechos a partir de una ideología que, si bien en sí misma repudiaba la actuación económica de aquél, debía dar cuenta, sin embargo, del propio desarrollo histórico del capitalismo liberal necesitado de un marco económico tecnológico que, por sí solo, éste no podía generar.

*Y la prerrogativa va, ciertamente, unida, nuevamente, al servicio público; en este caso, como poderes jurídicos del concedente sobre el prestador e, incluso, como posibilidad de poderes de éste sobre el usuario, transferidas por aquél.*

## La teorización del servicio público por la Escuela de Burdeos y la prerrogativa

Cuando a comienzos del siglo XX Duguit trata de cambiar el fundamento legitimador del Estado, proponiendo la idea del servicio público como sustituta de la de soberanía, se hubiera podido, quizás, pensar que ese intento llevaba insita la eliminación de la prerrogativa exorbitante como una de las notas de aquel concepto.

No es así, sin embargo. De la propia noción del jurista francés se desprende que el poder sigue presente como nota tipificante del concepto, pues servicio público es la actividad, dice Duguit, cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desarrollo de la interdependencia social, y *de tal naturaleza que no se puede realizar completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante*.

Y la nota publicística no es menor en Jeze, para quien decir que hay servicio público significa, en primer lugar, que, para dar satisfacción regular y continua a necesidades de interés general *pueden los agentes públicos aplicar los procedimientos de derecho público*, es decir, utilizar un régimen jurídico especial y, en segundo, que la organización del servicio público puede ser modificada en todo instante por las leyes y reglamentos.

Hauriou, por su lado, el célebre contradictor de la Escuela de Burdeos, señala como datos esenciales del régimen francés al servicio público y al poder; el primero como obra a realizar por la Administración; el segundo como medio de realización. El poder como instrumento del servicio halla en éste la idea objetiva que le permite autolimitarse. La fuerza del *hecho* del poder, propio del realismo de la Escuela, se juridiza con el servicio público.

Los constructores más típicos del concepto vienen, pues, a coincidir, más allá de sus discrepancias, en la consideración del servicio público como un título de actuación ligado al poder servicial.

Esta idea es la que también da fundamento al concepto en la doctrina española, en la cual se ha hecho clásica la consideración del servicio público como actividad publicada por el Estado (acto de *publicatio* según la célebre expresión de Villar Palasí) y excluida, por tanto, de la actividad privada sin previa concesión.

## El ocaso de la concesión. La asunción directa de las actividades económicas. La primera crisis de la noción de servicio público

El ocaso de la concesión por la inviabilidad de su explotación lucrativa, la consid de ciertas actividades como estratégicas a raíz de la experiencia de la primera guerra mundial, la implementación de políticas industrialistas en estados descapitalizados y la influencia cierta de las ideas socialistas, fueron, todos, factores que influyeron para que el Estado fuera asumiendo, progresivamente, la prestación directa de servicios hasta entonces en manos de concesionarios (nacionalizaciones y municipalizaciones del primer tercio del siglo IX) y, especialmente, para que después de la segunda guerra mundial se generalizara — nacionalizaciones mediante — la actuación empresarial del Estado en el ámbito prestacional industrial y comercial.

Con esta última actuación se generaliza y revitaliza, pues, la idea del servicio público industrial y comercial, definida ya por el Tribunal de Conflictos en el arret “Eloka” (1921) como servicio explotado por el Estado en las mismas condiciones del “industrial ordinario”.

La “empresa pública” que de esa forma se desarrolla origina, entonces, la cuestión relativa a su compatibilización con la idea del servicio público, habida cuenta de la sumisión de aquélla al marco, en principio, dominante del derecho privado.

Como recuerda Villar Ezcurra, hay una ley sociológica muy curiosa que determina que la vida jurídica se desarrolle no siempre a cielo abierto, lo cual, en el caso del servicio público, conduce a la mutabilidad de las técnicas habilitantes de potestades. Por eso, si bien los servicios públicos industriales y comerciales están sometidos al derecho privado, ello no deja de ser, en rigor, como ha puntualizado Weil, una presunción contradicha por la comparación *acto a acto*. Así, los bienes afectados pueden ser del dominio público; las obras que les conciernen pueden asumir la calidad de públicas; la responsabilidad frente a terceros puede estar disciplinada por el derecho público; incluso sus decisiones pueden ser actos administrativos.

¿Esta descripción del jurista francés hace recordar, por cierto, nuestra propia situación durante el apogeo de la actividad empresarial del Estado? ¿O acaso no se discutió entre nosotros la calidad de los bienes de las empresas; la condición de sus obras; el *status* de sus agentes o la naturaleza de sus actos?

Y es natural que ello sea así, porque como ha señalado Fernandez, una cosa es que la Administración utilice la forma de sociedad anónima y otra, muy distinta, que por este solo hecho pueda disponer de la autonomía de la voluntad propia de los particulares. La Administración Pública es siempre un poder público, con todo lo que ello significa de prerrogativa y garantía.

*Los servicios públicos industriales y comerciales vienen también a evidenciar la fuerza subyacente de un título de actuación administrativa que, con apoyo en la realidad de las cosas, perfora el velo privatístico de una actividad que más allá de su naturaleza industrial o comercial, no puede, en razón de su fin público, reconocer en el derecho privado un cauce regulador excluyente de la prerrogativa.*

### **El repliegue empresarial del Estado y la ola privatizadora. Una nueva crisis del concepto servicio público, de signo inverso**

A partir aproximadamente de los años 80 se ha producido en todo el mundo, tanto europeo como iberoamericano, una ola privatizadora.

No es este el momento de estudiar las razones que originan este movimiento global, ni tampoco los instrumentos técnicos utilizados para su concreción. Sólo cabe señalar, en el primer aspecto, la incidencia de indudables motivaciones ideológicas reivindicatorias del ideario liberal, junto a la gravitación de requerimientos que no exceden en su génesis el pragmatismo gubernamental; y, en el segundo, simplemente recordar que el traspaso involucrado en la privatización puede importar desde la venta de bienes estatales a los particulares, a la transferencia de actividades o servicios y, en este segundo supuesto, reteniendo la *publicatio* o bien trasladando tanto la titularidad como la gestión de la actividad.

*Así como la expansión de la actividad del Estado determinó, en su momento, la primera crisis del servicio público en tanto éste pareció diluirse como título exorbitante al aparecer la prestación estatal sometida al régimen jurídico privado; ahora, con el repliegue empresarial del Estado se asiste, de algún modo, a una crisis de signo inverso porque ella deriva, precisamente, de un retiro estatal del ámbito comercial o industrial, no acompañado, sin embargo, de un abandono del empleo del título jurídico servicio público.*

El concepto no desaparece, pero no se identifica con el tradicional (monopólico, igualitario, uniforme); la realidad de la integración europea en su contenido de libertades de comercio de productos y mercancías, de circulación de capitales y trabajadores y de establecimiento y prestación de servicios en el marco de la Comunidad es, en ese sentido, un factor esencial.

La desconsideración inicial de la comunidad por el servicio público en su concepción francesa fue, no obstante, cediendo a las exigencias virtuales de índole exorbitante del servicio público. Primero, porque la ideología de la mayor parte de los Estados europeos no se resigna a perder un Estado ocupado de la solidaridad y bienestar de los ciudadanos. Debo expresar, en

este aspecto, mi admiración por esta lealtad moral de la vieja Europa, a los valores superiores de la solidaridad y la justicia social. Y, segundo, porque la apertura de la competencia y la incorporación de entidades privadas al área liberalizada, se ha acompañado de la imposición de obligaciones mínimas inherentes a las prestaciones que se enmarcan en el concepto del *servicio universal*, muy vecino al de servicio público tradicional.

Por otra parte debe también tenerse en cuenta que la regla comunitaria que impone el sometimiento a las normas de la competencia de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que posean carácter monopólico fiscal, rige siempre que la aplicación de aquellas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de las misiones específicas que tuvieren asignadas.

## La situación en la Argentina

### La Constitución de 1853-1860

La Constitución histórica 1853-1860 reconoce y garantiza, en su artículo 14, entre otros derechos fundamentales, los de trabajar, comerciar y ejercer toda industria lícita, conforme con las leyes que reglamenten su ejercicio. Es ésta una definición filosófica que coloca, en principio, la titularidad de la actividad comercial e industrial en el ámbito privado.

La justa y armoniosa articulación que ese texto fundamental consagra entre los derechos individuales y las exigencias del interés público (el bienestar general invocado en el Preámbulo) se torna evidente cuando se advierte que, paralelamente, en el artículo 67, inciso 16, de su parte orgánica, la Constitución consagra la denominada cláusula de la prosperidad o del *progreso* que incluye la posibilidad de otorgar concesiones temporales de privilegios — monopolios o exclusividades (Marienhoff) — y recompensas de estímulo (art.cit “in fine”).

No es posible, entonces, sostener que la Constitución era neutral respecto de la posibilidad de declarar servicio público una determinada actividad comercial o industrial, si, con ello, se quería significar que el Estado asumía la titularidad de esa actividad y que, por tanto, su realización por los particulares sólo podía resultar, en ese caso, de una concesión de éste.

El principio en la Constitución era, a mi juicio, la titularidad privada de esas actividades mientras la titularidad pública era, en cambio, la excepción, sólo justificable por exigencias del interés público, las que, al menos

inicialmente, se consideró configuradas, únicamente, respecto del servicio de correos y obras sanitarias.

### La figura de la concesión

Ahora bien, la concepción instrumental de la Constitución —en el sentido de medio de gestión de la prosperidad pública— permitió, sin embargo, que sin contradecir su filosofía inspiradora se utilizara la concesión como modo de procurar la prosperidad mediante el desarrollo de ciertas actividades industriales y comerciales.

El Estado, del mismo modo que había ocurrido en Europa, asume la decisión de titularizar actividades en las que considera comprometido el interés general, y, por cierto, el propio desarrollo del sistema capitalista, pero las *concede* a los privados, en tanto, en el marco de aquella filosofía, es a éstos a quienes les corresponde, en principio, cumplirlas (v.gr.: concesiones ferroviarias; de electricidad, gas, tranvías, etc.).

*Como se ve, el servicio público opera como título exorbitante para la exclusión de la titularidad privada de la actividad.*

La doctrina argentina influenciada por la francesa y la jurisprudencia de la Corte Suprema daba, por lo demás, sustento teórico a la técnica concesional, siendo ilustrativas, en ese sentido, las definiciones plasmadas en la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados de 1936.

### El cambio operado por la Constitución de 1949

Un cambio significativo se produce con la sanción de la Constitución justicialista de 1949 —dejada sin efecto en el año 1956— en cuyo artículo 40 se decide, por un lado, la pertenencia originaria de los servicios públicos al Estado y la prohibición terminante de su enajenación o concesión, y, por otro, las transferencias a aquél de los que estuvieren en poder de los particulares, mediante compra o expropiación con indemnización previa cuando una ley lo determinara.

*El servicio público, otra vez, como título exorbitante; en este caso, para consagrar no sólo la titularidad pública de ellos, sino, incluso, para prohibir su enajenación o concesión. Fue la época de las nacionalizaciones.*

### La situación en la década del 90

Así es como se llega a la década del 90, en la cual el Estado se presenta como prestador directo, bajo diversas formas jurídicas (empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades anónimas con participación

estatal mayoritaria; entidades descentralizadas atípicas) de actividades también distintas: correos y telégrafos; teléfonos; transporte y distribución de gas; generación, transporte y distribución de electricidad; obras sanitarias; transporte aéreo de cabotaje y transporte ferroviario.

*Directa o indirectamente el servicio público, invocado, en su momento, como sustento para la nacionalización, gravitaba con ultraactividad como título para el monopolio estatal.*

Experiencias frustradas por diversas razones (v.gr decreto 1842/87 y antes, incluso, la ley 22177, de 1980, durante el gobierno de facto) fueron seguidas en 1989 por la sanción de la ley 23696, denominada de reforma del Estado, en virtud de cuyo artículo 1 se declaró en emergencia la prestación de los servicios públicos y la situación económico financiera de la administración pública nacional, y se facultó, asimismo, al Poder Ejecutivo, para otorgar permisos, licencias o concesiones para la explotación de los servicios públicos o de interés público a que estuvieren afectados los activos, empresas o establecimientos que se privatizaran, consignándose, en dos anexos, las empresas y activos “sujetas a privatización”.

¿Cómo habrá de operar, entonces, a partir de ese momento, el concepto de servicio público?

La respuesta no se puede proporcionar sólo en el marco de la ley referida, porque después de ella, en el año 1994, se reformó la Constitución y, en ésta, aparece por primera vez en ese primer plano normativo la locución *servicio público*. La respuesta que derive de la Constitución deberá incluso operar sobre privatizaciones realizadas con anterioridad, en el supuesto de que éstas consagren un régimen diverso del plasmado por la Constitución.

### La reforma constitucional de 1994

La Constitución reformada se refiere expresamente, en dos oportunidades, a los *servicios públicos*. Primero, en el segundo párrafo del artículo 42, para imponer a las autoridades el deber de proveer al control de la calidad y eficiencia de ellos; y después, en el párrafo tercero del mismo artículo, para determinar que la legislación debe establecer 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.

Es indudable, asimismo, que se refieren también a los servicios públicos las previsiones constitucionales que, por un lado, reconocen a los

usuarios, en la relación de consumo, el derecho a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno; e imponen, por otro, a las autoridades el deber de proveer 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 y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

### El sistema de los servicios públicos en la reforma de 1994

De la cláusula en comentario es posible desprender la instrumentación constitucional de un sistema de servicios públicos, montado sobre las dos siguientes ideas:

- a) el reconocimiento y protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos; y
- b) la consagración de un plexo de potestades estatales orientadas, primordialmente, al control y la regulación, cuyo sentido radica en la protección de tales derechos.

El fin del sistema es, pues, la protección de los derechos pero la potestad es el medio que los asegura. El poder al servicio de la libertad. *Y otra vez el servicio público como título jurídico para la prerrogativa servicial.*

### ¿Titularidad, asunción subsidiaria o policía?

Así las cosas, cabe, entonces, preguntar si las potestades estatales de control y regulación que la norma constitucional consagra, reconocen como supuesto implícito la titularidad estatal de la actividad prestadora del servicio; si ellas son derivaciones del título jurídico servicio público para, a partir de él, habilitar el ejercicio del pertinente poder de policía (que no otra cosa es la regulación y el control); si comprende ambas alternativas o si, en su caso, abarca la posibilidad de la asunción subsidiaria de la actividad.

Una conclusión válida supone, por lo demás, la necesidad de interpretar los criterios plasmados en el artículo 42 de modo coherente con previsiones constitucionales tuitivas de derechos que también están en juego a la hora de construir un sistema de servicios públicos (v.gr: trabajar, comerciar, ejercer industria lícita); sin descuidar tampoco, y paralelamente, otras normas constitucionales atributivas de potestades generales para la búsqueda de la prosperidad general, como son, por ejemplo, las que se prevén en el artículo 75,

inciso 19 (proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía, entre otras).

La reforma de 1994 hace explícitos criterios de intervención estatal que hasta ese momento sólo resultaban de decisiones legislativas y pronunciamientos jurisprudenciales concebidos al amparo de un método dinámico y, en ocasiones, mutante de interpretación constitucional.

**A mi juicio no es dudoso, en ese sentido, que se buscó configurar un Estado garante del desarrollo humano, el crecimiento económico y la Justicia Social y, por ende, conformador de la realidad social en ese marco teleológico. Los ya referidos artículos 42 y 75, inciso 19, son, en ese aspecto, elocuentemente reveladores.**

Esa finalidad no pudo, sin embargo, ser procurada alterando, en modo alguno, las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la Primera Parte de la Constitución. El artículo 7 de la ley 24309, declaratoria de la necesidad de la reforma constitucional prohibió, expresamente, cualquier cambio en esa materia.

Si ello es así, corresponde, entonces, considerar que las conclusiones sentadas en el marco de la Constitución 1853-1860 siguen siendo, en este aspecto, válidas, es decir que, aun después de la reforma de 1994, el desarrollo de las actividades comerciales e industriales pertenece, en principio, a la esfera de actuación de los particulares.

Esa conclusión no obsta, en modo alguno, a que, por otro lado, sea afirmada la presencia del control y regulación del Estado lo cual no supone, ciertamente, la necesaria asunción por éste de la actividad de que se trate. La letra del propio artículo 42 confirma esta idea, en tanto se refiere al *control* de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la sanción de la legislación que contemple los *marcos regulatorios* de tales servicios. ***Ni para controlar, ni para regular es necesario ser dueño.***

El principio en la Constitución, es, pues, el control y la regulación, 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* es, pues, una alternativa excepcional pero viable, 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. Y lo mismo ocurre con la posibilidad de asumir una actividad,

sin titularizarla, cuando no haya particulares idóneos para prestarla. *Publicatio propria* y *Publicatio impropia* darían, así, cuenta terminológica de ambas situaciones.

*En el marco de la Constitución es posible, entonces, concluir en 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.*

Así las cosas, cabe, entonces, preguntar cuáles son los elementos que dan contenido al poder de policía ejercido con base en el servicio público. O, en otros términos: cuáles son los aspectos sobre los cuáles el Estado a partir del *título* servicio público ejerce su control y regulación.

### ¿Cuál es la consecuencia de la caracterización de una actividad como servicio público?

Si a los efectos de esta exposición se toman, por ejemplo, los marcos regulatorios de cuatro servicios esenciales (abastecimiento de agua potable y servicios cloacales; transporte y distribución de energía eléctrica; transporte y distribución de gas natural y telecomunicaciones) para determinar cuáles son, en ellos, los alcances que adquiere la categorización como servicio público de tales actividades, es posible concluir en que, no existe, en rigor, un régimen jurídico unitario del servicio público.

A éste se ingresa, en efecto, por concesión (agua; transporte y distribución de energía eléctrica) o por licencia (telecomunicaciones y transporte y distribución de gas natural); hay concesiones con *publicatio* (agua) y sin ella (transporte y distribución de energía eléctrica); licencias con límite en el tiempo y rescate *impropio* (transporte y distribución de gas natural) y sin límite temporal con rescate *impropio* (telecomunicaciones); existen concesiones sin transferencia de activos (agua) y con ella (energía eléctrica) y concurren también concesiones con rescate *propio* (agua) y sin él (rescate *impropio* energía eléctrica); finalmente hay “reversión” de bienes, en las condiciones previstas por cada marco, en el agua, la energía eléctrica y el gas; no así en las telecomunicaciones.

Más allá, pues, de la obligatoriedad de la prestación con arreglo a las condiciones fijadas normativamente y la posibilidad de que aquélla sea, en ciertos casos, efectuada por el propio Estado, el servicio público, al menos en ese esquema, no excede de tales características: obligatoriedad de prestación incluso en subsidio por el Estado.

Así delimitado, entonces, el significado actual del servicio público, cabe preguntar cómo se hace efectiva la presencia del Estado en el control y regulación de aquél.

### Los marcos regulatorios

La privatización de las empresas prestadoras de servicios públicos debe ir precedida, o, en todo caso, acompañada de la configuración de las normas reguladoras de las actividades, siendo finalidad esencial de esa regulación armonizar el interés público que determina a aquéllos, con los derechos particulares comprometidos.

En esa delimitación teleológica, los diversos marcos regulatorios fijan objetivos políticos a la regulación. Así, en el del Gas (art. 2º de la Ley 24076) y la Electricidad (art. 2º Ley 24065) se destacan la protección adecuada de los derechos de los usuarios; la formación y funcionamiento del mercado respectivo, con estímulo a las inversiones e incentivación del uso del gas y uso eficiente de la electricidad; y la confiabilidad, accesibilidad y eficiencia del servicio, con arreglo a tarifas justas y razonables.

En materia de Telecomunicaciones se definen como objetivos de la Comisión Nacional de Comunicaciones, ejercer el poder de policía del espectro radioeléctrico, de las telecomunicaciones y de los servicios postales, aplicando y controlando el cumplimiento efectivo de la normativa vigente en la materia; aplicar las sanciones previstas en los respectivos marcos regulatorios; asistir a la Secretaría de Comunicaciones en la actualización y elaboración de los Planes Técnicos Fundamentales de Telecomunicaciones y en el dictado de los reglamentos generales de los servicios de su competencia; prevenir y sancionar conductas anti-competitivas; asistir a la Secretaría de Comunicaciones en el ejercicio de la representación nacional ante los organismos y entidades internacionales; asegurar la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios y promover el carácter universal del Servicio Básico Telefónico, a precios justos y razonables, así como la competencia leal y efectiva en la prestación de los servicios; y, en materia postal, ejercer el Poder de Policía controlando el cumplimiento efectivo de las leyes, decretos, reglamentaciones, y fiscalizando la actividad realizada por el Correo Oficial y los prestadores privados de servicios postales, asegurando la calidad de las prestaciones y la observancia de los principios de regularidad, igualdad, generalidad y continuidad en el desarrollo de la actividad e inviolabilidad y secreto postal.(art. 8 dec. 1185/90 y Manual de misiones y funciones, res. CNC 2065/99).

En relación con los servicios públicos de provisión del agua potable y desagües cloacales e industriales, el art. 3º del Reglamento aprobado por el D. 999/92 fija como objetivos la expansión del sistema; la calidad y continuidad de los servicios; la protección de los derechos, obligaciones y atribuciones del usuario, del concedente, del concesionario y del ente regulador y asimismo, de la salud pública, los recursos hídricos y el medio ambiente.

Los fines atribuidos a los entes deben ser cumplidos todos, de modo integrado y armónico, pues importaría una distorsión hermenéutica y, consiguientemente, funcional pretender la primacía de unos sobre otros.

### Los entes reguladores. Su inspiración

Para el cumplimiento de esos objetivos las normas citadas crean entes que, por la índole de las facultades que se les asignan, su pretensión de independencia del poder político y la neutralidad respecto de los intereses en juego, parecen inspirarse en las comisiones o entes reguladores autónomos de los Estados Unidos, alejándose de los instrumentos de control empleados en la etapa preprivatizadora

El nacimiento de estos entes aparece ligado en los Estados Unidos, cabe recordar, a la protección de los derechos particulares frente al abuso de las empresas privadas que atendían servicios vitales para la sociedad.

La primera agencia administrativa federal fue creada en el año 1887 — la Comisión de Comercio Interestatal — a la cual SCHWARTZ vincula el nacimiento del derecho administrativo norteamericano.

Esta Comisión, que debía velar por el cumplimiento de las disposiciones legales en su materia, tenía, entre otras atribuciones, la de dictar órdenes a las compañías, decidir reclamos de daños y perjuicios promovidos ante ella contra una empresa de transportes cuando los particulares optaran por esa vía previa a la judicial, realizar investigaciones, gestionar ante la Corte de Circuito Federal la ejecución de sus resoluciones, y establecer la injusticia o irrazonabilidad de una tarifa.

Es ilustrativo destacar que sus cinco miembros eran designados por el Presidente con el consejo y acuerdo del senado, por un término de seis años y el requisito de no pertenecer más de tres de ellos al mismo partido político.

A esta Comisión le siguieron la Comisión Federal de Comercio, en 1914, y la Comisión Federal de Energía, en 1930, profundizándose el proceso de su creación por efecto del New Deal, pudiendo contarse en 1941 más de

200 entes, a cuya actuación racional, predecible y uniforme contribuyó — como destaca Tawil — desde 1946 la Ley de Procedimiento Administrativo.

Estas Comisiones de algún modo importan, una reacción contra el principio de división de poderes en su interpretación más estricta, porque de un lado mediatizan el poder del Presidente — la Corte norteamericana le negó facultades discrecionales para remover a sus integrantes en 1935 — y, de otro, implican la asunción, por un órgano administrativo, de funciones legislativas y jurisdiccionales.

De todos modos no puede, en realidad, considerarse configurada una quiebra del principio sino una *modalización de sus fronteras*, pues la acción inicial queda en manos del poder legislativo y la final en el Judicial.

## Los entes. Descripción. Instrumento de creación.

### Naturaleza y régimen jurídico

Escapa al objeto de esta exposición realizar un estudio particularizado de los diversos entes porque existen, hasta el momento, por lo menos una decena de ellos.

Me limitaré, por tanto, a describir, sumariamente, las características de cuatro de ellos, correspondientes a servicios fundamentales, como son los relativos al gas (Ente Nacional Regulador del Gas - ENARGAS), la energía eléctrica (Ente Nacional Regulador de la Electricidad - ENRE), las telecomunicaciones (Comisión Nacional de Comunicaciones - CNC (ex-CNT)) y el agua (Ente Regulador (tripartito) del Agua y Servicios Sanitarios - ETOSS) y a plantear algunas de las cuestiones jurídicas que su análisis genera.

Tres de ellos han sido creados por ley — Gas (art. 50, Ley 24076), Electricidad (art. 54, Ley 24065) y Agua (Ley 23696, Anexo I, ap. III) y D.999/92) — y uno, la CNT (hoy CNC), por Decreto (art. 1º, D.1185/90) aun cuando los considerandos de éste contienen invocaciones legales — Ley 19798 de Telecomunicaciones y 23696 de Reforma del Estado — que permitirían inferir la existencia en el caso de un reglamento delegado.

Cabe consignar que el primero — ENARGAS — fue creado en el ámbito del Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos (art. 50, L.24076); el segundo — ENRE — en la Secretaría de Energía de dicho Ministerio (art. 54, L. 24065) y el cuarto en dependencia del Poder Ejecutivo Nacional, a través de la Secretaría de Comunicaciones del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (art. 1º. D. 1185/90). El tercero — ETOSS — funciona en el ámbito de la Secretaría de Obras Públicas (ex. Secretaría de Obras Públicas

y Comunicaciones)

A dos de los entes, se les atribuye, por ley formal, la condición de entes autárquicos (ENARGAS y ENRE, arts. 51, L. 24076 y 55, L. 24065, respectivamente) y a uno (ETOSS, art. 15 del marco aprobado por el D. 999/92), por vía reglamentaria, consignándose en los tres casos su capacidad para actuar en el campo del derecho público y privado. El Decreto de creación de la CNT (hoy CNC) no atribuye, al menos expresamente, a la Comisión, personalidad jurídica. La existencia de una asignación normativa de recursos — patrimonio (capítulo III del D.1185/90) — y la procedencia de la alzada contra sus decisiones (art.33 del citado Decreto), en tanto recurso previsto contra entes autárquicos, no tornaría irrazonable, no obstante, el reconocimiento de esa personalidad jurídico pública.

La categorización de los entes como entes autárquicos responde a los pautas señaladas por la doctrina como indicativas de esa forma de configuración de la descentralización.

En todos los casos se prevé una asignación de recursos (arts. 66, L.24065; 62, L.24076; 25, D.999/92 y capítulo III, D.1185/90) y la facultad de proyectar su presupuesto (arts. 65, L.24065; 61, L.24076; 24, inc.a) y 26, D.999/92 y 15, inc.a), D.1185/90).

En las leyes del ENARGAS y del ENRE se establece, asimismo, que los entes se registrarán, respecto de sus relaciones con la Administración y con los particulares por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) y su Reglamentación (D. 1759/72, T.O. 1991), aun cuando el personal se regulará por la Ley de Contrato de Trabajo (art. 60, L.24076 y 64 L. 24065), del mismo modo que los agentes de la CNC (ex-CNT) (art. 7º, del D.1395/91).

La reglamentación aprobada por el decreto 999/92, relativo al ETOSS, asigna, por su parte, a las decisiones del ente los caracteres propios del acto administrativo (art.68).

Surge de las normas de creación que el ENARGAS, el ENRE, la CNT (hoy CNC) y el ETOSS quedan sujetos al régimen patrimonial, contable y financiero previsto por sus normas de creación y respectivas reglamentaciones y al sistema de control establecido para el sector público (arts. 60 de la L. 24076; 64 de la L. 24065; Capítulo X, D.1185/90; 18, inciso a), D.999/92; y 8º, inciso a), 96, 98, 100, 101 y 117 de la Ley 24156).

*En todos ellos concurre la atribución de facultades de regulación, de control o fiscalización, de asesoramiento y también de las denominadas jurisdiccionales. En esta última situación, en algunos casos la jurisdicción para resolver controversias*

*entre particulares es obligatoria (ENARGAS, ENRE, CNC, ex-CNT)y, en otros, voluntaria (ETOSS).*

Un dato revelador de la importancia que el legislador otorga al cumplimiento de las funciones asignadas a los Entes, es la posibilidad expresa que las leyes del Gas y la Electricidad acuerdan a cualquier persona afectada en sus derechos por actos u omisiones del ente o de sus directores, de demandar a aquél o a éstos con el fin de lograr el debido cumplimiento de las obligaciones legales (arts. 75, L.24065 y 69, L.24076).

### **Idoneidad técnica**

Un aspecto importante de estos sujetos es la necesidad de asegurar la específica idoneidad técnica de sus cuadros y su independencia funcional.

En todos los casos se contempla el nombramiento de los integrantes del directorio entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia (arts. 58, L.24065; 54, L.24076; probada experiencia e idoneidad acorde a la actividad a cumplir (19, D.999/92) o especialista en alguna disciplina utilizada en el ámbito de las telecomunicaciones con experiencia en su ejercicio (art.14, D.1185/90).

El Decreto Reglamentario de la Ley 24065 (art. 58 del D. 1398/92) prevé, por ejemplo, para la integración del directorio del Ente Regulador de la Electricidad, la sustanciación de un procedimiento de selección abierto conducido por la Secretaría de Energía en el marco de las normas establecidas para la cobertura de los cargos con funciones ejecutivas, aprobado por el D. 994/91 (SINAPA).

Son destacables, a su vez, en este aspecto, los artículos 19 del D. 1185/90 (CNC), en tanto determina su integración con un cuerpo especializado, debidamente capacitado y no mayor de 50 miembros, y 6º del convenio celebrado entre la Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones, la Empresa Obras Sanitarias de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y la entonces Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, por el que se constituyó el ETOSS, según el cual el personal del ente debe ser designado previo concurso de méritos y antecedentes, con excepción del personal técnico calificado de la citada empresa que se decida incorporar.

### **Independencia funcional**

La independencia funcional de los entes reguladores es, asimismo, decisiva, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no

pocas veces incapaz de sustraerse a la tendencia de sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de las *metas* diarias de la política.

Independencia funcional no implica desampoderamiento del Poder Ejecutivo, ni podría implicarlo, a mi modo de ver, en nuestro ordenamiento constitucional. Pero sí exige ciertas garantías *formales* de inamovilidad en el cargo.

En ese sentido son destacables los regímenes de la CNC y del ETOSS.

A tenor del primero, los integrantes de su directorio, que duran cinco años y pueden ser reelegidos una sola vez, excepto el representante de las Provincias, que dura un año (art. 13 y 17 del D. 1185/90), sólo pueden ser removidos por incumplimiento de sus obligaciones, previa acusación de la ex Sindicatura General de Empresas Públicas y sumario sustanciado por la Procuración del Tesoro de la Nación (art. 18 del D. 1185/90).

De acuerdo con el segundo, los directores — representantes del Poder Ejecutivo Nacional, Provincia de Buenos Aires y ex Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires (hoy ciudad autónoma), en número igual — duran seis años, no pudiendo ser removidos sino por justa causa, fijándose para los representantes del Poder Ejecutivo Nacional el procedimiento del Reglamento de Investigaciones Disciplinarias (arts. 19, 22 y 23 del Reglamento aprobado por el D.D.999/92)

Los directores del ENARGAS y del ENRE —, según arts. 53 de la L.24076 y 57 de la L.24065 —, que duran cinco años en el cargo y pueden ser reelegidos indefinidamente (arts. 54 de la L.24076 y 58 de la L.24065), son, a su vez, designados por el Poder Ejecutivo y pueden ser removidos por actos fundados de dicho Poder (arts.55 primer párrafo, de la L.24076 y 59, primer párrafo de la ley 24065).

La designación y remoción sólo puede ser dispuesta previa comunicación de los fundamentos de la decisión a una comisión del Congreso de la Nación integrada por los Presidentes y Vicepresidentes de las comisiones que cada una de las Cámaras determine en razón de su incumbencia, las cuales *deben* (ENARGAS) o *pueden* (ENRE) expedirse dentro de los treinta días corridos de recibida la comunicación. Emitido el dictamen o vencido el plazo, el Poder Ejecutivo puede dictar el acto respectivo (arts. 55, segundo párrafo de la L.24076 y 59, segundo párrafo, de la L.24065).

El mecanismo, cuya constitucionalidad desde la perspectiva de la esfera

de atribuciones del Poder Ejecutivo no es objetable en tanto no requiere el acuerdo del órgano parlamentario creado por la ley, sino simplemente la *comunicación* a él del fundamento de la decisión a adoptar, no me parece, sin embargo, suficientemente garantizador de la inamovilidad en el cargo, pues la remoción queda asignada a la *discrecionalidad* del Poder Ejecutivo.

Datos relevantes para asegurar la independencia, no sólo respecto del poder político, sino también de las áreas reguladas con el fin de neutralizar el fenómeno dado en llamar de la *captura* del ente por el sector regulado, son las exigencias de dedicación exclusiva de sus funcionarios y el sistema de incompatibilidades.

La dedicación exclusiva está prevista en los regímenes del ENRE, el ENARGAS y la CNC (arts. 59 de la L.24065, 55 de la L.24076 y 14 del D.1185/90, respectivamente).

En relación con las incompatibilidades, las normas fijan, en general (arts. 59, L.24065 y 55, L.24076), las aplicables a los funcionarios públicos.

A su vez, el artículo 14 del D.1185/90 determina, actualmente, la incompatibilidad para el desempeño de cargos en el Directorio el tener intereses o haber mantenido durante el último año previo a la designación relaciones o intereses en empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, proveedoras de equipos a éstas o que de alguna manera sean afines al sector de telecomunicaciones).

Por su parte, los directores del ENARGAS y del ENRE, no pueden ser propietarios ni tener interés directo o indirecto en empresas actoras del mercado eléctrico o sus controlantes o controladas, o en empresas de consumidores que contraten directamente con el productor, de productores, transportadores, almacenadores, comercializadores o distribuidores de gas.

Y en todos los casos les son aplicables las incompatibilidades que fija la ley 25188 de ética pública.

### **Participación de usuarios, consumidores y provincias en los entes reguladores**

El artículo 42, último párrafo, de la Constitución reformada determina 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.

El marco regulatorio del Gas establece, respecto del ENARGAS, la

participación de las provincias en sus delegaciones regionales (artículo 50, último párrafo, de la L. 24076) y el texto originario de ésta, vetado por el Poder Ejecutivo (D. 885/92), contemplaba también la designación de los directores a propuesta de los gobernadores.

El ENRE y la CNC, a su vez, se integran, como ya se indicó, con representantes del Consejo Federal de la Energía Eléctrica y de las Provincias, respectivamente (art. 58, Ley 24.065 y, art. 17, D. 1185/90).

El Directorio del ETOSS se compone, por su parte, con representaciones de la Provincia de Buenos Aires y de la ex Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires (hoy ciudad autónoma), siendo destacable que el marco aprobado por el D. 999/92 también contempla la creación de una Comisión asesora “ad honorem”, integrada por representantes de los usuarios (art.21).

La Constitución no exige, ciertamente, que los consumidores, usuarios y provincias interesadas tengan representación en los órganos *directivos* de los entes. Empero, sí requiere, necesariamente, su integración al organismo. Por tal motivo, pienso que el ENARGAS, el ENRE, y la CNC deben instrumentar la participación de los representantes de los usuarios, mientras que los dos últimos deberían hacer lo propio con las provincias interesadas, en cuanto tales.

La participación dada en el ENARGAS a las provincias a través de las delegaciones regionales y a los usuarios por el ETOSS en la Comisión “ad honorem” prevista, cumplen, a mi juicio, adecuadamente, con el requisito constitucional.

Finalmente, coincido con Gordillo en que de no ajustarse la legislación vigente al imperativo constitucional, la Justicia bien podría hacer aplicación directa de la Constitución, dando un lugar a los sectores y provincias interesadas.

### Cuestiones jurídicas

No me voy a referir aquí a todas las cuestiones de índole jurídica que plantea la existencia de los entes reguladores, tales como las relativas, por ejemplo, al órgano competente para su creación, el control administrativo sobre ellos, el alcance de sus competencias o la legitimidad de las delegaciones normativas de que han sido objeto, entre otras.

Sí realizaré una consideración sumaria sobre un tema que ha suscitado y suscita no pocas controversias doctrinarias y jurisprudenciales.

Los marcos regulatorios del Gas y la Electricidad contemplan el

sometimiento de ciertas controversias a la jurisdicción previa y obligatoria de los entes respectivos (arts. 72 de la Ley 24065 y 66 de la Ley 24075. A su vez, respecto de la CNC, debe tenerse en cuenta el Decreto 62/90 (Anexo I, Capítulo X, acápite 10.7).

En el primer caso se prevén las controversias entre los sujetos de la ley (transportistas, distribuidores, comercializadores, almacenadoras y consumidores que contraten directamente con el productor) así como con todo tipo de terceros interesados, sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del gas.

En el segundo, se contemplan las controversias entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad.

En relación con la CNC, en tanto autoridad regulatoria en su materia, cabe consignar que el Decreto antes citado prescribe que todo conflicto entre prestadores relativos a la prestación del servicio público de telecomunicaciones será resuelto por la Autoridad Regulatoria.

Se ha considerado que estas disposiciones, tal como se presentan, parecen inspiradas en la doctrina norteamericana de la jurisdicción primaria administrativa nacida en un pronunciamiento del Alto Tribunal de los Estados Unidos de 1907 (“Texas & Pacific Railways Co.v. Abilene Cotton Oil Co”).

Esta doctrina significa, al decir de Schwartz, que cuando se crea un organismo administrativo y se le atribuye jurisdicción sobre cierto tipo de casos, los tribunales deben abstenerse de intervenir en ellos hasta que el organismo administrativo se haya pronunciado.

Modernamente se la expresa diciendo que sólo posterga el ejercicio de la jurisdicción por los órganos del poder judicial y no indica falta de jurisdicción.

Su fundamento sustancial radica, por un lado, en la necesidad de obtener orden, coherencia y uniformidad en la aplicación de la ley en cuestiones complejas, fluidas o múltiples, y, por otro, en aprovechar el conocimiento y experiencia administrativas en la decisión judicial que en definitiva se adopte.

Entre nosotros la opinión de los autores es variada al tiempo de establecer si la doctrina de la jurisdicción primaria administrativa ha tenido, o no, acogida en el ámbito nacional. Las conclusiones dependen del criterio que se emplee para describir su contenido y alcances en el país de origen

Más allá de los alcances que pueda asignarse a la doctrina de la jurisdicción administrativa primaria en el derecho administrativo norteamericano, pensamos que, en los casos de los entes que consideramos en este trabajo, la intervención previa obligatoria que a ellos les asignan las normas de creación, constituye un supuesto de actividad jurisdiccional de la Administración Pública, es decir, la actividad que en el orden normal de las instituciones compete a los jueces. Ello, en tanto aquella intervención se refiere a *controversias* entre el Estado y los prestadores u otros sujetos o entre diversas personas privadas entre si.

Ahora bien, el ejercicio de las denominadas funciones jurisdiccionales por parte de órganos o entes administrativos es una de las cuestiones más debatidas en nuestro derecho administrativo.

Como es sabido, la Constitución Nacional establece, en el ahora artículo 109 (ex 95), que en ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.

En la doctrina, un sector de autores, tomando como base la citada cláusula constitucional, niega que en nuestro ordenamiento jurídico pueda atribuirse válidamente a órganos administrativos el ejercicio de funciones propias de los Jueces).

Otros juristas piensan, en cambio, que, dentro del género de la jurisdicción, entendida como función estatal de decir el derecho en casos controvertidos, o, como dijo García Trevijano Fos, como potestad de componer intereses contrapuestos, deben distinguirse la jurisdicción judicial, ejercida por los Tribunales judiciales, de la jurisdicción administrativa atribuida a ciertos órganos o entes administrativos.

En esta última vertiente doctrinaria, no es uniforme el alcance que se asigna a la jurisdicción administrativa, pues mientras Bielsa, por ejemplo, limita la jurisdicción administrativa a los casos de conflictos o controversias que se originen entre la Administración y los administrados a consecuencia de actos de aquélla, con exclusión de las causas entre particulares, otros autores, como por ejemplo Marienhoff no formula distinción en ese aspecto.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha encontrado en el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos uno de los aspectos que, en mayor grado, atribuyen fisonomía relativamente nueva al principio de división de poderes.

Según la Corte, la idea de una administración ágil, eficaz y dotada

de competencia amplia da soporte a la atribución jurisdiccional de la Administración, como modo de responder, pragmáticamente, al reclamo imperioso de los hechos.

El alcance de ese reconocimiento no ha sido, no obstante, uniforme y hace ya tiempo que la Corte abandonó el criterio que la llevó a admitir que cierto tipo de negocios o infracciones, por razón de la naturaleza pública de los intereses tutelados, fueran juzgados por organismos administrativos investidos legalmente de la facultad de dictar pronunciamientos judiciales irrevisables por los tribunales ordinarios de justicia.

Sin dejar de reconocer la validez de la jurisdicción administrativa, la Corte tiene establecido que una de las condiciones de esa legitimidad es el sometimiento de la decisión administrativo-jurisdiccional a control judicial suficiente.

Este *standard jurídico*, ha sido, a su vez, objeto de una interpretación que, lejos de definirlo con arreglo a pautas generales u omnicomprendidas, lo somete a parámetros flexibles y variables según las circunstancias de la materia y la causa comprometida, de modo que su medida depende, por ejemplo, de la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la complejidad técnica de las cuestiones involucradas y la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo.

Por aplicación de estas pautas, el Alto Tribunal ha resuelto que tratándose de conflictos entre particulares sobre temas de derecho privado, control judicial suficiente importa:

- a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recursos ante los Jueces ordinarios y,
- b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto los hechos y el derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados elijan la vía administrativa. En este fallo se estableció también que la mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface el control judicial suficiente.

Esta pauta ha sido también aplicada a las sanciones contravencionales

policiales, municipales privativas de la libertad, o no y a la sanción de las infracciones aduaneras.

Una tendencia hacia el control más restringido se advierte, en cambio, en otras materias. Así, por ejemplo, respecto del control judicial procedente en las controversias entre particulares regidas por el derecho laboral, que exijan la valoración de decisiones administrativas o sobre controversias entre el Estado y los particulares no asimilables a controversias privadas.

En mi opinión, la índole de las controversias que son sometidas a la jurisdicción obligatoria de los entes, debería conducir a un control judicial pleno de los hechos y el derecho controvertido, por extensión, a estos casos, de la jurisprudencia sentada en el caso “Fernandez Arias”.

No se me escapa que algunas de las pautas enunciadas por la Corte para acotar el alcance de la revisión, como por ejemplo el grado de complejidad técnica de las cuestiones involucradas, y la índole no estrictamente jurídico privada de los eventuales conflictos, podrían, quizás, justificar, en el marco de la jurisprudencia de la Corte, un control más restringido.

Sin embargo, más allá de que siempre he pensado que los conflictos de intereses entre partes, cualesquiera sean éstas, no pueden nunca ser sustraídos a la jurisdicción judicial plena, estimo que las garantías formales de independencia y neutralidad previstas para la actuación de los entes, no alcanzan para categorizarlos como Tribunales Administrativos.

Desde esa perspectiva debe, pues, interpretarse, en mi opinión, el alcance del control judicial sobre el actuar *jurisdiccional* del ente. Y, por lo mismo, la actividad que no revista ese carácter, salvo, claro está, los límites tradicionales afirmados para el control de la discrecionalidad. Ello, se trate de la revisión por recurso directo ante la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, como autorizan las leyes del Gas y la Electricidad, sea por la vía ordinaria que resulta para los regímenes de Teléfonos y Agua.

En cualquier caso, no es dudoso que, cuando la *jurisdicción* del ente aparece concebida como previa y obligatoria, la Justicia estará inhibida de intervenir si antes no lo hace el ente. No debería aplicarse, en estos supuestos, en mi opinión, la jurisprudencia que otorga carácter renunciabile a los requisitos que condicionan normalmente la habilitación de la instancia.

## Las audiencias públicas. Revalorización del procedimiento administrativo previo

Los regímenes en estudio regulan la realización de audiencias

públicas, como requisito obligatorio o discrecional previo a la adopción de ciertas decisiones de los entes.

En algunos supuestos estas audiencias pueden ser previas a la resolución de una controversia específica; en otros, en cambio, el recaudo aparece impuesto por la conveniencia de valorar, antes de la decisión o del dictado de un acto de alcance general, opiniones o intereses que pueden condicionar el contenido político administrativo de ésta.

En cualquier caso, la audiencia revela un redimensionamiento de la significación de la vertiente dinámica de la función administrativa, en su relación con la importancia del acto en tanto manifestación estática de aquélla.

El componente judicialista y garantístico del “debido proceso adjetivo” en sede administrativa, se complementa, así, con los aspectos colaborativos y participativos del procedimiento, pues éste no sólo es medio de defensa del particular y, en todo caso, de autocontrol administrativo sino también instrumento de colaboración y participación de interesados.

En la misma línea axiológica cabe ubicar la exigencia de publicación de los proyectos de reglamentos o de sus bases, antes del dictado de ellos.

No me parece dudoso que la tradicional y criticable jurisprudencia de la Corte relativa a la *subsanción* judicial de la omisión del debido procedimiento administrativo, no podrá tener aplicación en estos casos.

De todos modos, en las reglamentaciones de los procedimientos correspondientes a estas audiencias debería tenerse presente la advertencia de Martínez López Muñiz, quien, después de recordar el vaticinio de López Rodó acerca del futuro de una Administración de participación, señala, sin embargo, la necesidad de evitar la sumisión de la acción administrativa a grupos o sectores más eficaces para la presión o la acción representativa y negocial.

## Epílogo

Antes de ahora ya tuve ocasión de afirmar que si bien las privatizaciones realizadas en la década del 90 se insertaron en un marco de respuesta a la apetencia comunitaria por recuperar un protagonismo político, económico y social perdidos o gravemente restringidos y en la necesidad, asimismo, de revalorizar la eficacia como dato legitimador del ejercicio del poder, ello no podía significar el abandono por el Estado de su función de gestor del bien común y una vuelta al interesado postulado del indiferentismo global. El Estado, decía, debe asegurar la justicia debida a quienes no puedan sin culpa

asumir las nuevas reglas de juego y, además, debe asegurar la transparencia de éstas.

El Estado es imprescindible. Bruce R. Scott, profesor de la Universidad de Harvard, recordado por el autor español Juan de la Cruz Ferrer, señala que el progreso inicial de los países europeos se forjó no en mercados que funcionaban en el vacío sino a partir de Estados sólidos. La integración de las economías locales fue lograda por el Estado sucesor del feudalismo, progresivamente juridizado, que generó infraestructuras y reguló el derecho de propiedad.

El servicio público como título jurídico exorbitante propio del derecho administrativo, invocado por un Estado que no debe renunciar a su función gestora del bien común, es el medio de asegurar la obligatoriedad debida al