

**CONSEJO FEDERAL DE INVERSIONES**

**DOCUMENTOS  
DE TRABAJO**



**ESTADO DE SITUACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS NACIONALES  
Y LA PARTICIPACIÓN PROVINCIAL**  
(Documentos de base para seminarios)

**El servicio público.**  
Nociones

**ESTADO DE SITUACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS  
NACIONALES Y LA PARTICIPACIÓN PROVINCIAL**

**CAPITULO I**

**SILVIA C. FLORES**

**Colaboradores :**

**NORBERTO J. CASANELLO  
DANIEL LISTA**

### 1.1. EL SERVICIO PUBLICO. NOCIONES.

Correctamente Gaspar Ariño Ortiz ha dicho que “ el derecho público sólo se entiende a la vista de la sociedad sobre la que se proyecte “ y que la noción de servicio público y su evolución. es un buen ejemplo de ello. Nacido como un concepto socio político la noción de servicio público ,con origen en el Derecho Francés ,correspondió a lo que podríamos llamar “decisión política “tendiente a otorgar la regulación y control del servicio público exclusivamente al poder administrador hasta llegar a confundirlo con él. Servicio público era la actividad del Estado.. La trasposición liberal del “servicio al Rey “ ,al operarse una sustitución en la titularidad de la soberanía, jugó dentro del principio moderno de la separación de poderes ,entendido como la separación absoluta entre el poder administrador, el poder judicial y el poder legislativo .

Se concluyó en el concepto de servicio público integrado por todas aquellas materias que constituyen asuntos colectivos de los ciudadanos y que “ atañe personalmente a todos los que integran la Nación , algo que se contrapone a asuntos privados “.

Todo lo que hacía al servicio público era utilizado como sinónimo de poder público.La soberanía actuaba como legitimación de la titularidad estatal de los servicios bajo la concepción dualista de Estado- Sociedad, propio de la Revolución Francesa. ( “ Sitôt que le service public cesse d’être le principal affaire des citoyens ,et qu ‘ils aiment mieux servir de leur bourse que de leur personne., l ‘Etat est déjà pres de sa ruine ....Mieux l ‘Etat est constitué ,plus les affaires publiques l’emportent sur les privées ,dans l ‘esprit des citoyens . Il y a même beaucoup moins d’affaires privées ,parce que la somme du bonheur commun fournissant une portion plus considérable a celui de chaque individu ,il lui en rest moins a chercher dans le soins particuliers. J.J. Rousseau . Du Contrat Social ).

La Revolución Francesa consagró dos principios , el uno el de la libertad individual y de la autonomía de la persona y el otro el de la igualdad entre todos los hombres , que conllevó a la desaparición de los cuerpos intermedios propios de la sociedad medieval (gremios ) y a la prohibición legal para la creación de nuevas entidades o corporaciones que pudieran mediar entre el Estado y el individuo. Al ser todos los ciudadanos libres e iguales cualquier tipo de agremiación se entendía como contraria al principio de igualdad ya que la organización intermedia ,el nucleamiento por habilidades, coartaba la actuación en sociedad de aquellos no agremiados. ( La Ley Le Chapelier -

14 y 17 de junio de 1791 “Il n’y a plus de corporations dans l’Etat ; il n’y a plus que l’intérêt particulier de chaque individu et l’intérêt général. Il n’est permis a personne d’inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire ,de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation “ ).

El individuo, el “ citoyen “ quedó entonces aislado .No existían más las corporaciones que actuaban también como gestores de los intereses colectivos del gremio y así muchos asuntos que eran gestionados colectivamente ,(sanidad, beneficencia, asistencia social, educación, etc ), quedaron en definitiva como gestión propia del Estado ,quien debió asumirlos frente al desmembramiento del entramado social hasta ese momento existente.

La revolución industrial y el desarrollo técnico a partir de mediados del Siglo XIX con los grandes inventos, ( electricidad , gas, ferrocarriles ,telefono, etc ),hicieron al nacimiento de otro tipo de servicios públicos , los económicos , que requirieron no sólo de la intervención y regulación del Estado sino también de una gran inversión de capital sin aseguramiento de ganancia cierta ,razón por la cual fueron asumidos también por el Estado .

El propio Estado entonces fue definido por Duguit como “una cooperativa de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes “ tornándose en consecuencia el servicio público un concepto fundamental dentro del derecho que regulaba el poder administrador ,de modo tal que la responsabilidad en lo que hacia a su funcionamiento se hallaba únicamente sujeta al control de la administración. Conforme la doctrina de la Escuela de Bordeaux ,la noción de servicio público designaba una actividad de interés general ,gestionada por una persona pública y sometida al derecho administrativo y a la competencia del Juez administrativo.

Dicho concepto ,de titularidad estatal , significaba una intervención positiva de dirección, planeamiento, proyecto y puesta en marcha de proyectos con la consecuente prestación de los mismos. Esa doctrina de servicio público de intervención positiva a traves de la titularidad estatal fue recogido expresamente en la Constitución Francesa de 1946 que rezaba “ todo bien ,toda empresa, cuya explotación tiene ó adquiere las características de un servicio público nacional ó de un monopolio de hecho ,debe devenir propiedad de la comunidad “ (Preámbulo Constitución de 1946 recogido en la Constitución de 1958 ).

Asi también las constituciones de Italia de 1948 y la más reciente de España de 1978 .Esta última recogiendo en su art.38 el principio de libertad económica pero a su vez reconociendo la Iniciativa Pública Económica mediante reserva de ley de recursos ó servicios esenciales ,especialmente en el caso de monopolio.( art 128. Inc. 2 ).

El principio de libertad económica ,en consecuencia, iba acompañado del principio de reserva de ley de recursos ó servicios esenciales , entendido como la declaración de una actividad ó un sector como “ público “ , como” servicio público “ .El acto de consagrarlo como tal recibió en doctrina el nombre de “publicatio “ ,definido por

Ariño Ortiz como la actividad incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de la actuación del particular ,sin previa concesión.

La gestión privada , como ejercicio de la libertad , continuaba siendo una concepción imperante del signo liberal . Dos conceptos paralelos -titularidad estatal y gestión privada - comenzaron a amoldarse permitiendo un juego armónico del Estado como titular de dichas actividades y por el otro lado la posibilidad de su gestión privada ,con la lectura que a traves de la titularidad el Estado protege y asume los intereses colectivos, pero a su vez opta por apartarse de su prestación directa que deja en manos privadas concediendo el ejercicio de la actividad . Y así nace el concepto de concesión administrativa dentro del derecho continental .

#### 1.2.1. COMPONENTES CONCEPTUALES.

En el suscinto desarrollo efectuado a traves de la lectura histórica y evolutiva del concepto de servicio público podemos identificar como elementos ó componentes conceptuales a :

##### 1.2.1. LA FINALIDAD Y EL OBJETO.

Cual es la finalidad del Servicio Público ?. Indudablemente la satisfacción de necesidades colectivas .La identificación del objeto adquiere suma importancia y de modo tal que la definición de servicios públicos en la actualidad pasa por lo que se ha denominado concepción “funcional , substancial ó material “que define al servicio público no precisamente sobre la base de quien lo preste ó realice ,sino en mérito al tipo de necesidad que se satisfaga y al destinatario de la misma ,de forma tal que “servicio público “ es simplemente “servicio para el público “. . Cuando hablamos de la satisfacción de necesidades de índole general ó colectivo añadimos que no es

suficiente que se trate de una necesidad común a todos los hombres ya vivan en sociedad ó aislados ,sino de una necesidad que surge de las relaciones sociales de los hombres. Así por ejemplo la necesidad de alimentarse es común a todo individuo aislado ó en comunidad pero la necesidad de la comunicación es , en cambio, una consecuencia de la vida comunitaria.

### 1.2.2. EL REGIMEN JURIDICO.

Tradicionalmente en doctrina se diferenciaron dos tendencias .

a ) El servicio público se presta de acuerdo a un régimen ó procedimiento especial de derecho público lo que implica que el interés particular cede ante el interés general por lo que se establecen una serie de prerrogativas en favor de la Administración pública : 1.) Ejercicio del poder de policía, 2. ) potestad para expropiar, 3.) Atribuciones administrativas para fijar tarifas, 4) cláusulas exorbitantes .

b) El servicio público admite también , y en determinadas circunstancias , un régimen de derecho privado acorde a las necesidades a satisfacer que así lo requieran persistiendo en el caso el control administrativo ejercido a traves del poder de policía , de carácter externo.

Lo que no se discute es que el poder de “reglamentar “, más amplio ó más limitado, continúa en manos del Estado y es entendido como el poder de gobernar ,ó sea el poder de restringir, prohibir ,proteger, fomentar , en la promoción de un propósito público cualquiera ,con la condición que no se transgredan los derechos constitucionales de las personas.



Sorprendentemente en la actualidad la conceptualización de lo que se entiende por público, tanto en lo que hace al concepto de servicio público, como al de materias de interés público, no es tomada del Derecho Continental sino que se recurre al Derecho Anglosajón. La doctrina sentada en el leading case "Munn vs Illinois" es entendida como esencial en el objeto en estudio, atento tratarse del antecedente jurisprudencial más importante en Estados Unidos sobre las denominadas actividades calificadas como "afectadas por un interés público" (affected with a public interest) y sujetas en razón de ese carácter a una concreta regulación estatal: "Cuando alguien dedica su propiedad a un uso en el cual el público tiene un interés, otorga al público un interés en tal uso y debe someterse a ser controlado por el público para el bien común, en la medida del interés que así ha creado... De esta fuente vienen los poderes de policía, que no son ni más ni menos que los poderes del gobierno inherentes a toda soberanía, es decir el poder para gobernar hombres y cosas. Bajo estos poderes el Gobierno regula la conducta de sus ciudadanos y la forma en que cada uno puede hacer uso de su propiedad, cuando tal regulación llega a ser necesaria para el bien público. En su ejercicio ha sido costumbre en Inglaterra desde tiempo inmemorial y en este país desde su primera colonización regular a los ferriers (transportes de una orilla a otra del río), a los transportadores comunes (common carriers), panaderos, molineros, dueños de muelles, etc, y al hacerlo determinar el máximo de precio para los servidores, comodidades y artículos suministrados".

En los inicios del common law, el término "common" era utilizado para adjetivar aquello que dejaba de ser de uso exclusivo siendo el público el destinatario del bien o de la actividad. Así, por ejemplo, "common appendant" que en el viejo derecho inglés designaba el derecho a hacer pastar el ganado en las tierras de otro que generalmente era el Señor del lugar y que debía destinar una parte de sus tierras al uso común de pastoreo, o "common carrier" para designar al transporte público, establecido por ley, con la obligación de trasladar personas o bultos sin posibilidad de denegación.

### 1.2.3. EL SUJETO PRESTADOR.

El Derecho Continental se desarrolló con el reconocimiento de la titularidad estatal del servicio Público tal como lo explicamos ut supra, ya sea prestado directamente por el Estado ó mediante el sistema de la concesión administrativa.

Diferente camino recorrió el derecho estadounidense donde el servicio fue desde un comienzo de prestación casi exclusivamente privada ,configurando en consecuencia un régimen jurídico totalmente distinto.

El denominado modelo económico norteamericano partió de la iniciativa privada y los conocidos en ambos lados como servicios públicos se hallaron desde sus comienzos bajo la gestión de los particulares, con las siguientes características : 1.) Es el Legislador y no el Poder Administrador el que determina que actividad tendrá el carácter de “public utility “, ó aunque sin serlo estrictamente, merezca regulación especial. 2.) La Ley que regula la actividad ,frecuentemente también crea un ente administrativo “independiente “ (con autonomía ) ,encargado de reglamentarla y aplicarla. 3 ) El ente en sus decisiones debe respetar las reglas del debido proceso ,(rule of law ) y sus resoluciones se hallan sujetas a revisión judicial .4 ) que la actividad sea prestada por particulares no obsta a que pueda estar sujeta a una regulación minuciosa en lo que hace a la fijación del precio ó tarifa que se cobra a los usuarios , a las relaciones entre los prestadores ,la expansión ó reducción del servicio, la valoración y régimen de depreciación de sus activos, etc.

La prestación privada, sin publicatio ni titularidad estatal no significó la no existencia de un concepto de interés público ó colectivo. Una noción similar se desarrolló : la “public utility “, entendiéndose por tal a toda actividad donde esté involucrado un

interés público, (“ affected with a public interest “), también con consagración legislativa , (federal ó estadual ) .

Merecieron las actividades prestadas así por los particulares de una normatividad especial ,mediante leyes que fijaron pautas generales de regulación y crearon entidades públicas encargadas de aplicarlas ,a quienes les concedieron la facultad de crear regulaciones dentro del específico marco legal y también dirimir en principio ,controversias.

La justificación doctrinaria sobre la actividad legislativa para regular actividades privadas sujetas a interés público variaron conforme se partió de sus aspectos legales ó de sus características económicas. Respecto a las primeras podemos citar como ejemplo la conocida como “the implied -contract theory “ ó “teoría del contrato implícito “ y conforme la cual la regulación tiene lugar, inclusive respecto a los precios, cuando la actividad regulada goza de derechos ó privilegios concretos otorgados por el Estado. ,ó la denominada “ Governmental function theory “que sostiene que determinadas actividades por ser públicas publican a su prestador, (“ la compañía sustituye al Estado en la ejecución de una función pública y se convierte así en un servidor público “ .Southern Bell Telephone .262-U.S.276.291 ), de donde corresponde ser sujeto al control del Estado .En cuanto a las teorías basadas en la economía fundamentalmente partieron del concepto de ausencia de mercado y existencia consecuente de monopolio de donde la necesidad de la regulación estadual con el fin de la protección del usuario .

El concepto de “public utility “ del derecho estadounidense no es opuesto a nuestro entender a la teoría continental europea sobre “servicios públicos “ en su concepción actual e incluso , con el fenómeno abarcativo de la globalización, presenta en general más elementos comunes que extraños, partiendo del principio que no debe confundirse la titularidad (dominio ) de los bienes afectados a un servicio público con

la titularidad de la actividad ni tampoco confundir la gestión de los servicios públicos con la titularidad de la actividad.

### 1.3. PRINCIPIOS COMUNES.

En Doctrina y a fin de la aprehensión concreta sobre que debe entenderse por servicio público se identificaron varios elementos conceptuales ó principios comunes , partiendose para ello de su carácter de servicio esencial para la comunidad ,ellos son :

1.3.1. La continuidad .La prestación del servicio atento su carácter esencial no puede y consecuentemente no debe ser interrumpida ,de donde el ejercicio de la libertad del prestador de la actividad recibe determinadas limitaciones atento que el servicio no puede ser discontinuo. . Inclusive y a su respecto determinados derechos individuales y colectivos reciben reglamentación limitativa .Así la restricción en el ejercicio del derecho de huelga y el lock out, la prohibición que los bienes afectados a la prestación de un servicio público sean objeto de ejecución forzosa que modifiquen el destino del bien, tratamientos especiales para el caso de quiebra e inclusive la imposibilidad del prestador de abandonar el servicio público sin que la dimisión fuere aceptada.

1.3.2. Generalidad .Conforme Marienhoff la “generalidad “ debe ser entendida como el derecho de todos los habitantes al uso de los servicios públicos ,de acuerdo a las normas que los reglamentan ,lo que debe ser entendido como la obligación de brindar acceso a todos los interesados en él ,sin discriminaciones ,dentro de las diferentes categorías fijadas por la reglamentación.Todos los habitantes, en igualdad de condiciones, son titulares del derecho de exigir su prestación ya que un trato desigual se entiende como discriminatorio y en consecuencia inconstitucional.

1.3.3. **Obligatoriedad** :El prestador está obligado a la prestación del servicio a un público indefinido ,es decir a efectuar el suministro a todo usuario que así lo solicite en tanto se cuente con los medios técnicos para ello ,consistiendo la obligatoriedad en la consagración normativa del principio de igualdad. Se ha entendido este principio como fundamental dentro del concepto de servicio público ,ya que su característica esencial es que está destinado al servicio del público en general y en consecuencia cualquiera de ese público puede demandar su prestación.

1.3.4. **Regularidad** : El servicio público debe ser prestado conforme normas ó regulaciones homogéneas, que no pueden ser variadas unilateralmente por el prestador, de donde la necesidad de la regulación legislativa al respecto ,estableciendo desde un inicio las condiciones conforme las cuales se ha de prestar el servicio.

1.4. **CONDICIONES DE PRESTACION DEL SERVICIO PÚBLICO** : calidad, eficiencia, libertad de elección, defensa de la competencia .(art 42. Const. Nac.).-

La Reforma Constitucional de 1994 incorporó el capítulo segundo bajo el acápite “ Nuevos Derechos y Garantías “ .En el art. 42 las condiciones de prestación del servicio público adquieren jerarquía constitucional. Transcribimos el artículo “ LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE BIENES Y SERVICIOS TIENEN DERECHO , EN LA RELACION DE CONSUMO , A LA PROTECCION DE SU SALUD , SEGURIDAD E INTERESES ECONOMICOS ; A UNA INFORMACION ADECUADA Y VERAZ ; A LA LIBERTAD DE ELECCION ,Y A CONDICIONES DE TRATO EQUITATIVO Y DIGNO.LAS AUTORIDADES PROVEERAN A LA PROTECCION DE ESOS DERECHOS , A LA EDUCACION PARA EL CONSUMO, A LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA CONTRA

TODA FORMA DE DISTORSION DE LOS MERCADOS, AL CONTROL DE LOS MONOPOLIOS NATURALES Y LEGALES , AL DE LA CALIDAD Y EFICIENCIA DE LOS SERVICIOS PUBLICOS ,Y A LA CONSTITUCION DE ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS .LA LEGISLACION ESTABLECERÁ PROCEDIMIENTOS EFICACES PARA LA PREVENCION Y SOLUCION DE CONFLICTOS ,Y LOS MARCOS REGULATORIOS DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DE COMPETENCIA NACIONAL ,PREVIENDO LA NECESARIA PARTICIPACION DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS Y DE LAS PROVINCIAS INTERESADAS , EN LOS ORGANISMOS DE CONTROL .”

La Constitución regla lo que denomina “relación de consumo “, tutelando los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios .Se trata de una tutela más amplia ,más abarcativa que la que de un derecho contractual, ya que es operativa aún antes de la existencia del contrato mismo. Así en el caso de la prestación de los servicios públicos éstos no podrán ser negados sin causa legal justificante y deberán ser prestados en las condiciones de igualdad y generalidad. El obrar contrario por parte de las prestadoras implicaría un acto discriminatorio y consecuentemente inconstitucional.

En esa relación de consumo los usuarios gozan de garantía constitucional respecto a la calidad y eficiencia de los servicios públicos . El constituyente entendió que la garantía significaba buena calidad y obtención de resultados con los mínimos costos económicos y sociales.

También se garantiza la libertad de elección lo que debe ser leído como un todo con la cláusula antimonopólica .El control de los monopolios naturales y legales se

garantiza por ley, en el entendimiento que ante la ausencia de mercado es el Estado el que debe fijar las reglas y ejercer el control interno de la empresa monopólica, como única forma de proteger el derecho a la libertad por parte del usuario. Ante la falta de mercado se crean las reglas de control que pasan a actuar como sustituto de éste .

El art 42 C.N.se halla profundamente vinculado al siguiente art 43 que le proporciona eficacia al preveer expresamente al amparo como vía idónea, para que el usuario ó en su caso la Asociación de Consumidores ejerza la acción correspondiente cuando se hallen afectados sus intereses.Es importante advertir que la reforma constitucional tuteló la protección de los derechos de incidencia colectiva .

Especial consideración merece la potestad exclusiva del Poder Legislativo para legislar sobre los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional . Al respecto el constituyente otorgó al Congreso Nacional una responsabilidad que todavía no fue ejercida en forma plena ,lo que es lamentable .Son necesarias la implementación de formas de control transparentes como modo de garantizar tanto al prestador como al usuario normas claras ,invariables , y que alejen de cualquier marco de sospecha la actuación tanto de los servicios privatizados como de los entes reguladores. Estos últimos deben ser independientes en su gestión y con autoridades elegidas por concurso de antecedentes .

Entendemos que el poder Legislativo está obligado a asumir las competencias que constitucionalmente le corresponden ,poniendo en funcionamiento el sistema de división de poderes propio de nuestro sistema de gobierno democrático, republicano y federal.En ese marco se deben reformular los sistemas de regulación y los entes de control no creados por ley. Estableciendo un marco de credibilidad ciudadana se afianzará el sistema y se evitarán las grandes controversias que se están suscitando y que concluyen siendo resueltas por otros poderes. No deben volver a repetirse situación como la producida en la Ex Comisión Nacional de Telecomunicaciones

(CNT ) ,que como es público, fue intervenida y removido su primer Directorio designado mediante el procedimiento de concurso.

En Estados Unidos - lugar de origen de los entes reguladores - éstos son creados por el Congreso concentrando dichas agencias independientes practicamente la totalidad de la regulación y el control de los servicios domiciliarios.

En nuestro país en estos momentos se están discutiendo diversos proyectos de ley que refieren al control legislativo de los Entes Reguladores .Todos ellos son contestes en el entendimiento que el poder de crear los entes reguladores se halla en el Congreso. Señalamos su importancia atento que dichos entes son delegaciones legislativas ya que el Congreso los autoriza al dictado de normas generales obligatorias.Volveremos más adelante sobre el tema.

#### 1.5. MATERIAS DE INTERES PUBLICO.

Esta es una distinción propia del derecho Continental y refiere a aquellas actividades que no son servicios públicos por no ser esencial su prestación, pero que a su vez exceden los límites del ámbito individual por el interés general relevante que traducen .Como ejemplo y en el espacio de la comunicación nos encontramos con la radiodifusión .La exposición de motivos de la ley 22.285 , en su párrafo 8 ,deja en claro que el hecho de estimar a los servicios de radiodifusión como de interés público refiere a tres connotaciones fundamentales : deben satisfacer los objetivos comunitarios que se le fijan ; su prestación no debe ser, obligatoriamente, monopolio del Estado ; la prestación no debe constituir una mera actividad mercantil y lucrativa debiendo el Estado asegurar la provisión del servicio donde éste no sea rentable ó donde lo exijan razones de soberanía nacional.



## 1.6. NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE COMPETENCIA.

Nuestra Constitución de 1853 dividió el campo de ejercicio de los poderes del gobierno en tres zonas 1.) la zona en la cual el poder federal es exclusivo. 2.) las zonas en las cuales los poderes federales y provinciales son concurrentes y 3.) la zona en la cual el poder provincial es exclusivo.

Cúales son las fronteras entre las tres zonas es un problema de competencia y es la Justicia , la Corte Suprema de Justicia de la Nación ,el último Juez de todas aquellas cuestiones sometidas a la Constitución. Evidente es que si se trata de una materia que cae dentro de la primera zona ó en la tercera zona no existe problema alguno ó de existir es de facil solución. El conflicto se presenta cuando el ejercicio del poder refiere a una materia dentro de la jurisdicción concurrente ,ya que en ese caso la división de la soberanía deviene en materia de discrecionalidad legislativa .Esta discrecionalidad reposa en el Congreso ,porque la Constitución establece la supremacía de la acción legislativa dentro de la conceptualización del Congreso como poder federal.,de donde dentro de los límites de la segunda zona el Congreso puede con su acción restringir el ejercicio de la soberanía de las provincias .

Alberdi, en “Derecho Público Provincial “ ,dice al respecto :” En muchos de los objetos sometidos a la acción del Gobierno general ,las provincias conservan el poder de legislar y estatuir en participación con aquel gobierno ,con tal que no contravengan a las disposiciones del Gobierno nacional ,que son supremas por esencia ,es decir ,tienen la supremacía ó prelación ,en su aplicación ,cuando concurren en algún caso dado con las disposiciones de las provincias “.Ciertamente es que la Justicia podrá en el caso individual determinar la extensión del Poder Legislativo, pero tal determinación a más de referirse al caso concreto ,sólo buscará interpretar la voluntad del Congreso . Por lo que la división de la soberanía en esta segunda zona es de competencia

legislativa federal ,en la cual el rol de los Tribunales se halla circunscripto a la interpretación de la legislación.

Hacemos notar que la decisión final sobre la línea divisoria entre el poder federal y el poder provincial descansa en todos los casos en alguna rama del gobierno federal ya que cuando se trata de interpretación constitucional la última autoridad es la Corte Suprema de Justicia de la Nación y cuando es llevada por el ejercicio del poder federal, la última autoridad es el Congreso de la Nación.

A la luz de la experiencia histórica de Estados Unidos los constituyentes entendieron necesario ,a los fines del funcionamiento pleno de los poderes ,que era necesario una distribución clara de esferas de gobierno .

El proyecto de Alberdi proponía cuatro artículos de atribuciones al Congreso ,referidos al ramo de lo interior ,al ramo de relaciones exteriores ,al ramo de rentas y hacienda y al ramo de guerra. El constituyente de 1853 siguió en este aspecto a la Constitución norteamericana, en un sólo artículo, en la actualidad número 75 , enumera las facultades del Poder Legislativo ... “ corresponde al Congreso ....”.-

En “ Derecho Público Provincial “ Alberdi analiza expresamente los límites entre el poder provincial y el central y al respecto dice que “las provincias conservan todos los poderes inherentes a la soberanía del pueblo de su territorio ,excepto a los poderes delegados expresamente al Gobierno General . La esfera del gobierno general sólo comprende un número determinado de cosas ,que son las que interesan al bien común de las provincias . Mientras que los gobiernos provinciales conservan bajo su acción inmediata todos los intereses locales de su provincia respectiva, la administración de justicia en asuntos civiles y criminales , que afecta a la propiedad , a la vida , al honor

, a la libertad de los ciudadanos, la legislación local y el gobierno inmediato de su pueblo..... “.

Como competencia exclusiva del Congreso Nacional todo aquello que hace al bien común de la Nación. De ahí su potestad para dictar las normas referidas a comercio interprovincial e internacional ,establecimientos de utilidad nacional ,transporte marítimo y fluvial, correos, etc.,y que afectan el cuerpo de la Nación.

La Constitución de 1853 con su reforma de 1860 tuvo como objetivo prioritario la definitiva organización nacional,que habría de lograrse mediante la organización de un gobierno común , de ahí la necesidad de la clara fijación de límites sobre todo aquello que correspondía al poder federal.

En cambio, la reforma constitucional de 1994 tuvo como miras una mayor participación democrática en la distribución del poder ,afirmando los principios institucionales de subsidiariedad ,solidaridad y federalismo de concertación dentro de la organización del país federal .Comprendidos como el sistema democratizador que acerca las obras y servicios a las bases sociales y donde las responsabilidades son asumidas,siempre que sea apropiado, en el nivel más próximo al ciudadano .En un nivel diferente al sistema de 1853 y donde la solidaridad entre la NACION Y LAS PROVINCIAS se demuestra en la concertación negociada a través de la actividad interjurisdiccional y dentro de un ámbito federal.

Conforme ello la Constitución de 1994 garantiza la necesaria participación provincial en los organismos de control de los servicios públicos nacionales . Los servicios públicos intraprovinciales , que se desarrollan dentro de la propia provincia, quedan dentro de la esfera del gobierno provincial y pueden ser regulados por marcos

provinciales (art 121.C.N.),ó inclusive mediante convenios interprovinciales ó dentro de una región concertada con informe al Congreso Nacional. ( art 125. C. N.).

Se ha producido una modificación del esquema clásico de competencia que se hallaba focalizado en la Nación y ello en razón de las nuevas relaciones jurídicas -la relación de consumo -que empieza a tomar forma ,advirtiéndose la necesidad de la inmediatez tanto respecto del prestador con el Estado, la del prestador con el usuario , ó la de los diferentes prestadores entre si.El poder se acerca así al pueblo en un ejercicio más directo de la democracia.

Ello lleva a un replanteo de competencias y a la posibilidad de implementar una amplia gama de formas alternativas de concertación interjurisdiccional .El federalismo pasa a ser entendido como una articulación de potestades donde la instancia no es ya la Nación ni las Provincias , sino un espacio federal que se correlaciona con los cambios en el Estado y la Sociedad.

#### 1.7. LEY de REFORMA del ESTADO. LA PRIVATIZACION.

Las postrimerias de este siglo XX no sólo se caracterizan por la explosión científica y su implementación tecnológica (know how ) ,sino también por una transformación en el mundo jurídico y político.Un profundo cambio se dió en la estructura política y económica del organismo estatal. Por un lado existió pérdida de poder y por el otro la puesta en ejercicio de otras facultades, efectivizándose un giro de lo que se conoció como el Estado Prestador a lo que se denomina el Estado Regulador.

El proceso de privatización de las empresas de servicios públicos fue reglado en origen por la Ley de Reforma del Estado N. 23.696 , en la que se recogieron orientaciones de pensamiento que partían del concepto que la privatización en sí era

fundamental para el mejoramiento de la Economía. Su artículo Primero DECLARÓ :  
“ en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos , la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración Pública nacional centralizada y descentralizada ,entidades autárquicas , empresas del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria , sociedades de economía mixta ,servicios de cuentas especiales ,obras sociales del sector público ,bancos y entidades financieras oficiales ,nacionales y/o municipales y todo otro ente en el que el Estado nacional ó sus entes descentralizados tengan participación total ó mayoritaria de capital ó en la formación de las decisiones societarias....El régimen de la presente ley es aplicable a aquellos entes en los que el Estado Nacional se encuentre asociado a una ó varias provincias y/o municipalidades siempre que los respectivos gobiernos provinciales y/o municipales presten su acuerdo.” En el capítulo II se estableció el sistema de privatización y de participación del capital privado ,reglándose el procedimiento pertinente para proceder a la privatización total ó parcial ó a la liquidación de empresas ,sociedades ,establecimientos ó haciendas productivas cuya propiedad perteneciere total ó parcialmente al Estado Nacional .

Como condición previa se requirió la necesidad de la declaración de “ sujeta a privatización “ ,siendo el poder competente para su dictado el Poder Ejecutivo Nacional debiendo, en todos los casos, ser aprobada por Ley del Congreso y estableciéndose como autoridad de aplicación el Ministro en cuya jurisdicción se encontrase el Ente a privatizar. Por la misma ley y desde un inicio se declararon “ sujetos a privatización “ los entes que se enumeraron en los listados anexos , refiriendo el Anexo 1 a “privatizaciones ó concesiones “ y estableciéndose en cada caso el sistema a utilizar. Así la Empresa Nacional de Telecomunicaciones como sujeta a concesión y privatización, Aerolíneas Argentinas a privatización parcial ó total, las Empresas Líneas Marítimas Argentinas a privatización parcial ó total, Yacimientos Carboníferos Fiscales a privatización parcial ó concesión , la Dirección

Nacional de Vialidad a concesiones parciales ó totales de reparación y manetenimiento de la red troncal vial nacional y obras de infraestructura especiales , Ferrocarriles Argentinos Transporte de Pasajeros ,de carga, Infraestructura ó servicios a concesiones , la Empresa Nacional de Correos y Telégrafos a concesiones ,etc.

En el caso de existir competencia conjunta entre el Estado Nacional y Provincial , ej. Casa de Piedra

,se estableció el sistema de concesión parcial ó total pero sujeto a la adhesión provincial. También en el CEAMSE ( Coordinación Ecológica Area Metropolitana Sociedad del Estado ) la privatización ó concesión parcial ó total fue sujeta a la adhesión de la Provincia de Buenos Aires.

Se resolvió por el Anexo II la transferencia a jurisdicciones provinciales ó municipales mediante convenio de : Obras Sanitarias de la Nación creándose un ente tripartito entre la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires , el gobierno de la Prcia de Buenos Aires y Obras Sanitarias de la Nación , las rutas nacionales de interés provincial que se hallaban sujetas hasta el momento a la jurisdicción de la Dirección Nacional de Vialidad y las redes de distribución de Gas del Estado.

Así el Estado, entendido hasta ese entonces como el exclusivo titular y prestador de los Servicios Públicos ,vió modificado su papel mediante la privatización de la prestación de los mismos y/ó de la infraestructura que a éstos hacia ,privilegiándose la necesidad de la liberalización de la economía con la entrega de su gestión a los particulares .

La gestión privada del Servicio Público sacó a la luz una nueva relación jurídica , la del prestador u operador con el Estado , ausente cuando ambas figuras coexistian en este último y también la del usuario ó consumidor adquirió otro perfil. De ahí que podamos decir que la nueva relación de consumo es por naturaleza tripartita.

Los procesos de privatización de los servicios públicos no implican que el Estado deba abandonar su papel de gestor del bien público ya que lo contrario significaría su disolución por carecer de razón de ser. La privatización no significa relegar lo que la Corte Suprema Estadounidense consideró como poderes de gobierno inherentes a toda soberanía. Nuestro constituyente de 1860, en el informe de la Comisión Examinadora de la Constitución de 1853, dijo: “La Comisión ha estado muy distante de participar de la creencia vulgar de cuantos más restringidos se hallen los poderes, tanto más garantida estará la libertad. Por el contrario, ella piensa que los poderes han sido instituidos para garantizar la libertad y para que su acción sea eficaz es indispensable que tengan los medios de influir sobre los hombres y sobre las cosas moviéndose libremente dentro de las órbitas trazadas por la ley”.

En esos parámetros deben ser concebidos los procesos de privatización de los servicios públicos. Existe en el momento claridad acerca de la necesidad que la iniciativa privada sea regulada por el Estado a fin de asegurar a la población la provisión de los servicios bajo los típicos principios de regularidad, continuidad, calidad, igualdad, acceso universal, uniformidad y generalidad. Los grandes mecanismos a utilizar son por un lado la regulación y por el otro, una legislación antitrust actualizada y eficiente. Ello en la concepción que es necesario garantizar la existencia del mercado frenando las tendencias monopólicas que alteran las reglas de juego, por lo que es imprescindible la actuación del Estado para poner límites a las presiones privadas, cuando comprometen situaciones de interés público. La defensa de la competencia, del usuario y del ciudadano es esencial y por ello es necesaria también la participación de las provincias ya que, reiteramos, es de primordial importancia la descentralización del poder en una concepción democratizadora del mismo.

Esa defensa goza de garantía constitucional conforme los arts 42 y 43 de la Constitución Nacional de 1994 debiendo las autoridades proveer a la protección de la calidad y eficiencia de los servicios públicos ,procediendo para ello al control de los monopolios naturales y legales legislando sobre los marcos regulatorios de los servicios públicos nacionales y prescribiendose asimismo la participación necesaria en los organismos de control de las asociaciones de consumidores y de usuarios y de las provincias interesadas.

#### 1.8. LOS MARCOS REGULATORIOS.

Los marcos regulatorios son la norma básica que rige, al mismo tiempo, los aspectos propios de la privatización en particular y la actividad del sector en general refiriendo el conjunto de potestades dirigidas a su control y dirección .

La fijación de los marcos regulatorios es en nuestro país una competencia exclusiva del Congreso nacional pero sólo los entes de la electricidad y el gas tienen status legislativo propio ,con límites inmodificables por el poder administrador.

Esa es la forma correcta de regulación democrática que garantiza la seguridad jurídica en un Estado redimensionado y apartado del viejo modelo napoleónico de administración y gobierno autoritario y centralizado .

Conforme Ariño Ortiz es necesario aclarar que cuando se habla de regulación normalmente y bajo el mismo vocablo se unifican dos ámbitos distintos , que conviene deslindar. El uno refiere ala “regulación externa “ , ( llamada en España policia administrativa ) , y que atañe a las condiciones de seguridad, salubridad , protección del medio ambiente y localización física en que se presta la actividad económica ,pero sin ingresar en el interior de la misma ni predeterminar tampoco las decisiones



empresariales . El otro tipo de regulación es el denominado “regulación económica “ , que se centra en la condiciones de ingreso y egreso en la actividad ( frecuentemente mediante concesiones ) y que involucra el el aspecto económico de la misma , ya que regla las zonas ó mercados cuya prestación se autoriza, los precios ó retribuciones que se perciben y en definitiva las características del propio negocio. Este último sentido de la regulación es el que ha sido objeto de la mayor discusión atento que no constituye polémica seria que el Estado abandone la regulación de las condiciones de seguridad, salubridad , etc, ó sea lo referido a la gestión del bienestar público. Desregular jamás puede tener ese sentido.

El otro aspecto, el del control interno, conforma una sustitución del mercado en donde el rol del regulador va dirigido a garantizar la prestación presente y futura del servicio y a establecer los niveles correctos en la relación calidad- precio, conforme el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad desee establecer .

De suma importancia resulta para ello la separación entre las actividades con características de monopolio natural y las actividades potencialmente competitivas, a fin de impedir que el poder de dominio del mercado en las primeras impida el beneficio de la competencia en las segundas . El Estado debe propiciar una mayor competencia en todos aquellos aspectos que sea posible porque ello en definitiva beneficia al usuario consumidor ya que mejora la eficiencia en la prestación .Pero para ello y como dice Ariño Ortiz “ el juego de competencia y regulación exige como condición inexcusable ,la transparencia en el funcionamiento empresarial ,lo que a su vez reclama un cuidadoso deslinde y separación de las diversas actividades en que el sector consiste ,de tal manera que se eviten los subsidios cruzados de una a otra y se proporcione a directivos ,accionistas y regulador la información correcta sobre cada una para la toma de decisiones “.

El concepto de monopolio natural no es un concepto jurídico sino económico. Fue definido como una economía de escala, ó sea la empresa ó industria cuyo costo medio por unidad de producción disminuye acusadamente en toda la gama de producción de forma tal que una única empresa, un monopolio, puede ofrecer la producción de la industria más eficientemente que muchas empresas. Son los casos en que la infraestructura es tan costosa que torna casi imposible el surgimiento de la competencia por lo que una sola empresa -la propietaria de la infraestructura- tiene el poder de fijar los precios de forma monopolica por no existir mercado. Dicho concepto fue recogido en la Jurisprudencia estadounidense la que definió al monopolio natural diciendo: “...natural monopoly is a monopoly resulting from economics of scale ...such that one firm of efficient size can produce all or more than the market can take at a remunerative price, and can continually expand its capacity at less cost than that of a new firm entering the business” ( Northern Natural Gas Co v Federal Power Commission, 399F.2.d953,965 n.19.D.C. Circ. 1968 ).

En el caso, en consecuencia, deviene necesaria la intervención estatal a fin de regular las modalidades de la prestación y en definitiva reconstruir la competencia. Al respecto se ha sostenido, y a nuestro parecer acertadamente, que es imprescindible una desintegración vertical de las distintas fases ó segmentos del negocio que se regula, distinguiendo las infraestructuras (comunes) y los servicios (singularizados) a prestar por operadores en competencia.

Así y en nuestro país se actuó respecto a la regulación del servicio eléctrico resolviéndose la desintegración vertical y horizontal de las empresas del sector, y la introducción (ó simulación de competencia) en todos los niveles de la actividad donde fuere posible. Se establecieron diferentes regimenes conforme se tratase de actividades de generación, de transporte ó de distribución eliminándose el carácter de

servicio público de la actividad de generación y abriéndolo de esa forma a la competencia .

La separación de actividades es un principio cuyos grandes objetivos son la distinción entre aquellas que son potencialmente competitivas y las no competitivas ,con aplicación de diferentes regimenes juridicos a cada una de ellas y fundamentalmente la obtención de la transparencia informativa que permita identificar la existencia de subvenciones cruzadas que atentan contra la competencia en forma encubierta.A aquellas potencialmente competitivas la regulación debería facilitar la libertad de entrada, ó sea la apertura del sector a la iniciativa privada y la pluralidad de oferta en los servicios y el libre acceso para diferentes operadores a las infraestructuras sobre las que las prestaciones de los servicios descansa.

#### 1.9. LOS ENTES DE CONTROL.

Los denominados “entes reguladores “ tuvieron su origen en el derecho americano respondiendo a una decisión política tendiente al control de las grandes organizaciones industriales y comerciales .Sus bases están dadas por la premisa que si bien el control principal viene dado por el mercado y el juego de la competencia ,también es indiscutible que determinadas actividades logran escapar a ese control ya sea por la existencia de monopolios ó de situaciones de franca preponderancia económica siendo necesaria entonces la regulación estatal como medio de control de situaciones abusivas. Históricamente encontramos su origen en los movimientos agrícola ganaderos de los Estados del Medio Oeste , en contra de las situaciones abusivas a que eran sometidos por las políticas de la red ferroviaria estadounidense en situación de monopolio .El movimiento era conocido por el nombre de una asociación de agricultores, “the Grange “,y exigía la intervención oficial del control de las empresas ferroviarias. Tuvieron éxito en los estados de Illinois,Minnesota,Iowa que

fijaron límites a la actividad privada, prohibiendo la fijación de tarifas irrazonables y discriminaciones injustas, así como creando comisiones administrativas especiales dentro de los límites estatales.

En el año 1887 y abarcando el ámbito nacional se creó la Interstate Commerce Regulation Act, que creó la Interstate Commerce Commission, como órgano administrativo federal, al que se delegó la función de fijar tarifas y el control administrativo sobre las empresas de transporte. A posteriori se regularon otras actividades específicas con la consiguiente creación de nuevas public commissions ó agencies.

Se conformó así una nueva forma de actividad estatal, distinta de la clásica división tripartita del poder, aunándose competencias propias de los tres poderes. Creados por el poder legislativo quien les delega la facultad de dictar normas regulatorias aplicando la Ley de la actividad, (delegación legislativa), forman parte del poder administrador aunque sus integrantes no pueden ser removidos por el Presidente, y cumplen funciones jurisdiccionales respetando las reglas del debido proceso, rule of law, siendo sus decisiones sujetas a revisión judicial.

Dichas Independent Regulatory Commission representan un tipo de administración descentralizada y neutral, con fines objetivos establecidos por ley. Ello no significa que tienen asegurada la neutralidad y que en consecuencia sean absolutamente inmunes a su captación por las industrias reguladas, entendiéndose por captación el fenómeno patológico que se produce cuando la industria regulada se beneficia de manera continuada con decisiones favorables por parte de la Agencia. Al respecto es de sumo interés el análisis efectuado por el Juez Greene sobre la captación de la Federal Communication Commission y en consecuencia ordenando la separación y venta forzada de las 22 Bell Operating Companies. (United States of América

,Plaintiff vs American Telephone and telegraph Company; Western Electric Company Inc ; and Bell Telephone Laboratories , Inc Defendants ..) ).

La conciencia de dicho peligro refuerza la idea que los entes reguladores deben estar integrados por personalidades reconocidas e independientes tanto de las empresas como del gobierno , con un considerable grado de especialización técnica y económica lo que requiere de un personal preparado y de dedicación continuada. La independencia de juicio y de decisión resultan de particular trascendencia ya que su actividad de tipo reguladora ,administrativa y jurisdiccional se desarrolla frente a situaciones que afectan directamente a los derechos ciudadanos y al bien común.

Reiteramos que en nuestro país sólo dos entes han sido establecidos por ley. El Ente Nacional Regulador de Electricidad ,con sede en la Ciudad de Buenos Aires fue creado como entidad autárquica por ley 24.065 y reglamentado por decreto 1398/92. teniendo a su cargo llevar a cabo todos los objetivos programáticos enunciados en la ley , teniendo plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos de derecho público y privado . Dirigido por un Directorio de cinco miembros seleccionados por su idoneidad y designados por el Poder Ejecutivo entre sus funciones se hallan a )el dictado de reglamentos a los cuales deberán ajustarse los productores ,transportistas, distribuidores y usuarios de electricidad en materias de seguridad, normas y procedimientos técnicos ,de medición y facturación de los consumos ,de control y uso de medidores ,de interrupción y reconexión de los suministros ,de acceso a inmuebles de terceros y de calidad de los servicios prestados, b) Prevenir conductas monopolicas y anticompetitivas ó discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria ,incluyendo a productores y usuarios , c) establecer las bases para los cálculos de las tarifas de los contratos, d) determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento de concesiones de transporte y distribución de electricidad mediante procedimientos públicos ó privados cuando razones especiales

debidamente acreditadas así lo justifiquen , e ) organizar y aplicar el régimen de audiencias públicas previsto en la ley. f) aplicar las sanciones previstas en la presente ley, en su reglamentación y en los contratos de concesión ,respetando en todos los casos los principios del debido proceso y en general realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y los fines de la ley y su reglamentación.

El Ente Nacional Regulador de Gas fue creado como entidad autárquica por Ley 24.076 ., reglamentado por decreto 1738/92 .A los efectos de una adecuada descentralización del mismo se previó que en cada área de distribución se deberá prever una estructura mínima pero suficiente para tratar la relación entre las empresas distribuidoras y los usuarios de dicha área .Dicha Delegación del Ente Nacional Regulador del Gas se constituirá con la participación de representantes de las provincias que correspondan al área en cuestión.También se dispuso que debía ser integrado por cinco miembros seleccionados por su idoneidad y designados por el Poder Ejecutivo, previa consulta al Congreso de la Nación.

Los otros Entes existentes fueron creados por Decretos del Poder Ejecutivo y son “: Ente Nacional Regulador Nuclear ,por Decreto 1540/94 ,para cumplir las funciones de fiscalización y regulación de la actividad nuclear ; Comisión Nacional de Comunicaciones, creada con la fusión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones , la Comisión nacional de Correos y Telégrafos y el COMFER; Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios ; Comisión Nacional de Regulación Ferroviaria ; Comisión Nacional de Transporte Ferroviario ;Autoridad del Transporte del Area Metropolitana de Buenos Aires - ATAM\_ .

Resta cumplir con el mandato constitucional que exige que los marcos regulatorios y los órganos de control sean legislados por el Congreso Nacional .La transparencia en

el ejercicio del poder es una de las exigencias de esta actual realidad cada vez más compleja y difusa. La seguridad jurídica, aquella que garantiza el ejercicio pleno de los derechos individuales, requiere de marcos ciertos y constantes que posibiliten la neutralidad y la eficiencia del órgano regulador. De esa forma se garantizarán no sólo los derechos de los usuarios y consumidores sino también los de las empresas prestadoras de la actividad.

La participación provincial, necesaria conforme el art 42 de la Constitución Nacional, dentro del ente regulador nacional, también requiere de implementación. Diferentes modelos han sido analizados y los mismos pueden ser agrupados en tres clases :

1.) Descentralización de la administración de los poderes federales mediante la creación de agencias federales regionales.

2.) Descentralización mediante autorización a las autoridades provinciales a actuar como agencias federales.

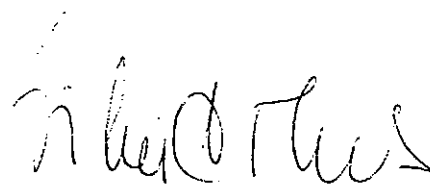
3.) Participación plena en el ente regulador federal de la representación provincial elegida en las mismas provincias ó regiones interesadas, en números apropiados, con mandatos y plenos poderes de decisión en la concertación

En el primer caso se ha advertido que la idea de agencias federales regionales no significa una real redistribución y descentralización del poder ya que no es otra cosa que una multiplicación de oficinas federales cuando lo necesario sería el desarrollo de una articulación de cooperación.

En el segundo caso también se advirtió que lo que se delegaba no era el Poder sino simplemente una Autoridad puramente administrativa con lo que las Comisiones

Estaduales que consintieran en trabajar por delegación se transformarían en meros Agentes administrativos del Gobierno Federal.

El tercer modelo en cambio , requiriendo aún de elaboración, es a nuestro entender , el que posibilitaría una toma de decisiones en cooperación atendiendo en consecuencias las realidades provinciales .



**SILVIA CARMEN FLORES**  
ABOGADA  
To 17 Fc 811 C.S.J.N.