

La influencia de los Derechos francés, español y norteamericano en el concepto de servicio público del Derecho Administrativo argentino

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INFLUENCIA DEL DERECHO FRANCÉS. a) EN LA DOCTRINA. b) EN LA JURISPRUDENCIA Y LOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS. 3. LA INFLUENCIA DEL DERECHO ESPAÑOL. 4. LA INFLUENCIA DEL DERECHO NORTEAMERICANO. 5. OBSERVACIONES CRÍTICAS.

1. INTRODUCCIÓN

País en el que confluyeron grandes corrientes inmigratorias europeas, la Argentina demuestra en su Derecho, como en los restantes aspectos de su cultura, una actitud abierta y receptiva frente a las más diversas influencias extranjeras. Sin reparar en la distinción de CONSTANTINESCO entre factores determinantes y fungibles¹, nuestro Derecho ha dado cabida a reglas y teorías traídas de sistemas jurídicos muchas veces incompatibles entre sí. De allí el calificativo de «caleidoscópico» con el que GAMBARO y SACCO describen al Derecho argentino².

¹ L.J. CONSTANTINESCO, *Traité de Droit Comparé*, t. 1, París, 1972, pp. 206-221.

² A. GAMBARO y R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* (parte del *Trattato di Diritto Comparato* dirigido por R. SACCO), Turín, 1996, p. 401.

En el Derecho Público la diversidad de influencias se explica fácilmente. Durante el siglo XIX, América Latina imitó, en su organización constitucional, el modelo de la primera república del continente, los Estados Unidos. Completado el proceso organizacional, la influencia de Francia –centro cultural de la latinidad en ese entonces– se hizo presente en la codificación civil y también en la incorporación del Derecho Administrativo como materia necesaria para completar la currícula universitaria. Esta disciplina no sólo era en ese entonces casi desconocida en el Derecho anglosajón³– sino que –Dicey *dixit*– se la consideraba incompatible con los principios del *rule of law*, cuya vigencia era blasón de orgullo para los juristas británicos y norteamericanos. Pero si la materia figuraba en los planes de estudio franceses, si ella también era estudiada en España, cuya influencia en la Argentina se fue atenuando a lo largo del siglo XIX pero nunca desapareció del todo y cuyos autores –recordemos a COLMEIRO– eran leídos por los abogados argentinos, debía incluirla en los planes de estudio de las universidades nacionales. Nada más natural, entonces, que imitar a Francia, a la sazón protagonista del desarrollo del Derecho Administrativo merced a la labor del Consejo de Estado y de los autores que sistematizaban sus decisiones. Que las teorías, y muchas veces las reglas mismas, de ese Derecho Administrativo francés no fueran totalmente coherentes con el modelo constitucional fue un aspecto a veces advertido⁴ pero muchas otras soslayado.

De todos modos, el desarrollo del Derecho Administrativo en la Argentina fue posterior al del Derecho Constitucional. Como lo reconocía Rafael BIELSA, ya existían obras enjundiosas que presentaban de manera general y orgánica el Derecho Constitucional antes de que él publicara en 1921 la primera edición de su *Derecho Administrativo*, obra que a través de sus seis ediciones llevara en nuestro país esta disciplina de la adolescencia a la madurez. En este sentido, pues, el Derecho Público argentino se asemeja a su modelo estadounidense y se diferencia del francés, que, según FAVOREU, tuvo que esperar hasta una decisión del Consejo Constitucional en 1971 para tener un Derecho Constitucional pleno⁵.

³ John Clarke ADAMS, escribiendo en 1957, consideraba que el Derecho Administrativo tenía apenas cincuenta años de vida en Inglaterra y Estados Unidos (*El Derecho Administrativo Norteamericano*, Bs. As., 1964, p. 2 l).

⁴ Tal el caso del fiscal Gerónimo Cortés, quien en sus vistas, hacia fines del siglo XIX, observó repetidamente «la manía de aplicar las instituciones francesas, como leyes reglamentarias de una constitución formada a imitación de la de los Estados Unidos, cuyos principios fundamentales son enteramente diversos y frecuentemente opuestos» (cit. por J. T. BOSCH, *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública?*, Bs. As., 1951, p. 71, nota 80).

⁵ L. FAVOREU (coordinador), *Droit Constitutionnel*, 4.^a ed., París, 2001, p. 111.

Como consecuencia de esta evolución, la Corte Suprema argentina, que, a imitación de su par norteamericana, aceptó desde temprano la revisión de la validez jurídica de los actos del Poder Ejecutivo y de la constitucionalidad de las leyes⁶, se inspiró, frecuentemente al inicio y con mayor parsimonia después, en la jurisprudencia federal de los Estados Unidos en temas de Derecho Constitucional y en otros temas de Derecho Público en los cuales encontraba similitudes entre ambos Derechos⁷. Por su parte, la naciente doctrina administrativista enseñaba las lecciones de los autores franceses, no siempre recordando que ellas procedían de su peculiar sistema de separación de poderes, totalmente contrario al régimen argentino. Al estudiar Derecho Constitucional, los alumnos abrevaban en *Marbury vs. Madison* y en los demás *leading cases* de la jurisprudencia norteamericana. Esos mismos alumnos, al cursar luego Derecho Administrativo, aprendían a admirar al Consejo de Estado y a lamentar su ausencia en nuestro país. El tema de los servicios públicos constituye un buen ejemplo de esta diversidad de fuentes.

Para comprender mejor la doctrina jurídica argentina del servicio público será útil describir someramente los mecanismos jurídicos que se utilizaron al establecerse y regularse los servicios públicos después de la organización nacional, desde mediados del siglo XIX. Una rapidísima síntesis de las políticas económicas seguidas posteriormente a su respecto contribuirá al mismo fin.

El servicio de correos, por tradición histórica que se remontaba a la época colonial, quedó en manos del Estado⁸. Lo mismo ocurrió con las aguas corrientes⁹. Los demás servicios públicos de índole económica fueron establecidos por capitales privados, generalmente de origen extranjero. Así, los ferrocarriles fueron construidos en base a concesiones que incluían la donación de tierras fiscales a los inversores, generoso sistema que llevó pronto al desarrollo de una extensa red. Una Ley dictada en 1891, completada por otras sancionadas en la primera década

⁶ Casos *Ríos, Gómez y Ríos*, de 1863 (Fallos 1-32), con referencia a actos del Poder Ejecutivo, y *Municipalidad c. Elortondo*, de 1888 (Fallos 33-162), con respecto a la inconstitucionalidad de una ley.

⁷ El profesor norteamericano Jonathan MILLER ha hecho un profundo estudio sobre la evolución de la influencia de la jurisprudencia norteamericana sobre la Corte Suprema argentina: ver, entre otros trabajos, «The authority of a foreign talisman: a study of U.S. constitutional practice as authority in nineteenth century-Argentina and the Argentine elite's leap of faith, *American University Law Review*», vol. 46, p. 1483 (1997); y «Judicial Review and Constitutional Stability: a sociology of the U. S. model and its collapse in Argentina», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 21, p. 77 (1997).

⁸ El monopolio estatal del correo fue dispuesto por el art. 5 de la Ley 816, de 1876.

⁹ La Ley 8889, de 1912, dispuso la creación de Obras Sanitarias de la Nación.

del nuevo siglo, regularon este servicio¹⁰. También se recurrió a concesiones para el servicio eléctrico en la ciudad de Buenos Aires, aunque sin que se llegara a dictar un régimen legal general al respecto¹¹. Los teléfonos se instalaron merced a un mero permiso, cuya verdadera naturaleza jurídica fue discutida¹². Cabe mencionar también a la radiodifusión, cuya implantación se llevó a cabo por medio de licencias basadas en el modelo norteamericano¹³. Salvo el correo y las aguas corrientes, pues, hasta mediados del siglo XX los servicios públicos eran prestados, en gran medida, por empresas privadas. Es en las postrimerías de esta etapa cuando el tema de los servicios públicos, y en especial el de la concesión de servicios públicos, adquirieron protagonismo en el debate jurídico, a punto tal que merecieron tratamiento especial en una Conferencia Nacional de Abogados.

El panorama cambió sustancialmente con las corrientes políticas estatistas que se impusieron al fin de ese período y que coincidieron, curiosamente, con el deseo de algunos inversores europeos de repatriar sus capitales para contribuir a la reconstrucción de la Europa devastada por la segunda guerra mundial. Esta corriente tuvo expresión constitucional al sancionarse una nueva Constitución en 1949, de breve vida, que incorporó una regla tomada del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 (y como tal vigente aún hoy en ese país)¹⁴ según la cual: «Todo bien, toda empresa, cuya explotación tiene, o adquiere, las características de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe devenir propiedad de la comunidad». Decía así la norma constitucional argentina de 1949: «Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine»¹⁵. En ese mismo año de 1949 se dictó la

¹⁰ Leyes 2873, de 1891; 5315, de 1907, y 5703, de 1908. Ver R. BIELSA, *Derecho Administrativo*, 5.ª ed., Bs. As., 1955, t. II, pp. 315-336.

¹¹ Sobre los orígenes del sistema eléctrico, ver C. M. BASTOS y M. A. ABDALA, *Transformación del sector eléctrico argentino*, pp. 7-19.

¹² El servicio telefónico inicialmente fue prestado por empresas privadas autorizadas mediante permisos otorgados por el Poder Ejecutivo basados en la Ley 750 1/2, sobre telégrafos; posteriormente se rigió por el Decreto 91968, del 5 de octubre de 1936 (ver M. M. DíEZ, *Servicio público de los teléfonos*, Bs. As. 1942, pp. 76-86).

¹³ El Decreto del 27 de mayo de 1924 estableció un régimen de licencias, reemplazado por el régimen del Decreto 21044, de 1933. Al respecto, ver M. M. DíEZ, *Servicio público de la radiodifusión*, Bs. As., 1950, pp. 223-227 y 281-294.

¹⁴ Ello por la referencia incluida en el Preámbulo de la actual Constitución de 1958: C. DEBBASCH y J. M. PONTIER, *Les Constitutions de la France*, París, 1983, pp. 265-266.

¹⁵ Art. 40, tercer apartado. Ver su comentario en B. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1952, t. III, pp. 116-126. La Corte Suprema de la Nación invocó esta norma constitucional que disponía la «recuperación de servicios públicos por el Estado, en su carácter de titular originario del mismo», en *Ipucha c. Cía. Aguas Corrientes de la Provin-*

Ley de Empresas del Estado para reglar los entes que cumplirían «funciones de índole comercial, industrial o de prestación de servicios públicos de carácter similar»¹⁶, terminología ésta que recuerda los «servicios públicos industriales y comerciales» del Derecho francés.

Los años posteriores vieron al Estado argentino convertirse en el principal empresario del país, operando los servicios públicos de energía, transporte y telecomunicaciones, y aun la radiodifusión y la televisión, por intermedio de empresas estatales. Si bien en 1956 se repuso en vigor la Constitución de 1853, que aún hoy rige con sus reformas principales de 1860, 1957 y 1994, no se modificó esa política estatista hasta fines de la década de 1980. Siendo la Argentina un país federal y correspondiendo a las provincias la organización de sus servicios públicos, en la medida en que por no trascender los límites de una provincia queden excluidos de la potestad regulatoria del Congreso Nacional, es importante señalar que diversas constituciones provinciales mantienen aún hoy el principio de la propiedad estatal «originaria» de los servicios públicos¹⁷.

Durante esta etapa, al desaparecer la figura del concesionario, languidecieron los estudios jurídicos sobre los servicios públicos. Si bien existía una separación entre la Administración central y la empresa del Estado que prestaba el servicio bajo el control de aquélla, estas relaciones interadministrativas carecían del grado de confrontación de intereses que caracteriza la relación concedente-concesionario. La fijación de las tarifas dejó de ser un problema con aristas jurídicas y contables para convertirse en una herramienta más de la política económica.

La tercera etapa comienza con la Ley de Reforma del Estado n.º 23696, sancionada en 1989, que dispuso la privatización de casi todas las empresas del Estado nacional que prestaban servicios públicos. En la década que siguió a esa sanción, un rápido proceso de privatización transfirió al sector privado prácticamente todos los servicios públicos nacionales (electricidad, gas, teléfonos, transporte), incluso aquellos que históricamente siempre había prestado el Estado (el correo y las aguas corrientes), así como muchos servicios provinciales¹⁸. Una vez más fueron empresas extranjeras las que llevaron a cabo las princi-

cia de Buenos Aires (en liquidación), Fallos 221-731; y *Manfredi c. Cía. de Gas de la Provincia de Buenos Aires*, Fallos, 224-846; entre otros.

¹⁶ Ley 13653, art. 1º.

¹⁷ Así, las Constituciones de Córdoba (art. 75), Jujuy (art. 77), La Rioja (art. 64) y Salta (art. 79).

¹⁸ La mención de todas las normas que se dictaron al respecto sería copiosísima. Las dos principales leyes fueron las que establecieron los marcos regulatorios para la electricidad y el gas (Leyes 24065 y 24076, de 1992). Ver una reseña general en R. DROMI, *Empresas Públicas – de Estatales a Privadas*, Bs. As., 1997.

pales inversiones o se convirtieron en operadores de los servicios privatizados.

La nueva realidad provocó el renacimiento del interés en los servicios públicos como tema jurídico, como lo demuestra la bibliografía aparecida desde ese entonces¹⁹. El proceso privatizador volvió a evidenciar la diversidad de fuentes de nuestro Derecho Administrativo. Concesiones y licencias fueron, por lo general, las herramientas jurídicas utilizadas para habilitar a los nuevos operadores, la primera institución con el bagaje tradicional del Derecho francés, la segunda tomada del Derecho anglosajón.

No podemos cerrar esta rápida reseña sin mencionar que con el gobierno iniciado en el año 2003 se ha entrado en una etapa revisionista de todo lo actuado durante la última década del siglo XX, especialmente en lo que concierne a los servicios públicos²⁰. El desenlace de este nuevo capítulo aún está por verse.

2. LA INFLUENCIA DEL DERECHO FRANCÉS

a) EN LA DOCTRINA

En las primeras décadas del siglo XX, cuando la doctrina administrativista argentina comienza a adquirir mayor desarrollo, estaba en su apogeo en Francia la Escuela del Servicio Público, cuyos exponentes principales –DUGUIT, BONNARD y, principalmente, JÈZE– pronto fueron citados por nuestros autores. La influencia de esta Escuela fue intensa pero, en general, la doctrina argentina nunca llegó a aceptarla en su integridad. Por una parte, la concepción norteamericana de la doctrina de separación de los poderes, que acoge la Constitución argentina, impidió la creación de tribunales administrativos (excepto como instancia previa sujeta a revisión judicial, y nunca con competencia general), por lo cual la noción del servicio público nunca tuvo en la Argentina el efecto delimitador de la competencia contencioso-admi-

¹⁹ Entre otros, y dejando de lado los numerosos artículos publicados en revistas jurídicas, así como las obras referidas a un sector determinado, ver *Los Servicios Públicos – Régimen jurídico actual*, Ed. Depalma, Bs. As., 1994 (varios autores); *La regulación de la competencia y de los servicios públicos – teoría y experiencia argentina reciente* (Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, FIEL), año 1998; Daniel Edgardo MALJAR, *Intervención del Estado en la prestación de Servicios Públicos*, Bs. As., 1998; Daniel N. NALLAR, *El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público – Análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios*, 1999; Jorge Luis SALOMONI, *Teoría general de los servicios públicos*, Bs. As., 1999; *Servicios Públicos: II Jornadas Internacionales sobre Servicios Públicos*, IEDA, Ediciones Dike, 2001.

²⁰ El apoyo jurídico principal para este revisionismo es la Ley de Emergencia, n.º 25561, de enero de 2002.

nistrativa, como sí ocurrió en Francia²¹. Pero, fundamentalmente, la doctrina mayoritaria rechazó la identificación del Derecho Administrativo con el Derecho de los servicios públicos.

Así, Rafael BIELSA, bien que citando a JÈZE y BERTHELEMY (pero también a HAURIUO), destacaba la diferencia entre la función pública –considerada como concepto abstracto y general– y el servicio público, al que calificaba de concreto y particular²². De todos modos, la definición de este último concepto que proponía BIELSA denotaba claramente la influencia francesa: «toda acción o prestación ... realizada por la Administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía». Y la importancia que atribuía BIELSA a la noción del servicio público se confirma al transcribir su definición del Derecho Administrativo: «El conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración pública»²³.

Se observa en esta definición una coincidencia fundamental con la doctrina francesa: la concepción del servicio público como una actividad que corresponde desempeñar a la Administración y que, por ende, sólo mediante la vía delegatoria de la concesión puede ser confiada a un particular.

Similar posición se observa con Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, quien califica al servicio público de «institución fundamental del derecho administrativo»²⁴ y enumera exhaustivamente la doctrina francesa conocida en ese momento (1952) en la Argentina: APPLETON, BERTHELEMY, BLAEVOET, BLONDEAU ANGE, BONNARD, CHARDON, Phillipe COMPTE, DELEMER, DUGUIT, HAURIUO, JÈZE, LA-ROQUE, MOREAU, ROUVIÈRE, ROLLAND, TREVoux y WALINE.

De entre los autores franceses, VILLEGAS BASAVILBASO se detiene en las teorías de DUGUIT, JÈZE y HAURIUO. En primer lugar explica la posición de DUGUIT, para quien el Estado no es sino una «cooperación (*sic*) de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes», dado el desorden social que puede producir su suspensión, por breve que ella sea. Pero VILLEGAS no puede aceptar sustituir la noción de soberanía por la del servicio público (recordemos que el autor argentino era auditor de la

²¹ Así, M. M. DíEZ, *Derecho Administrativo*, t. III, p. 196. Algún fallo, sin embargo, utilizó la noción del servicio público como nota distintiva de los contratos administrativos y, con ello, atributiva de la competencia del fuero contencioso-administrativo dentro de la justicia federal: Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, *E.F.A. c. Inforex S.A.*, ED 106-96.

²² *Op. cit.*, t. I, pp. 475-483.

²³ *Op. cit.*, t. I, p. 39.

²⁴ *Op. cit.*, t. III, pp. 3-53.

Marina de Guerra), ni englobar a toda la actividad estatal dentro de la noción de servicio público. Pasa luego a considerar la teoría de JÈZE cuyo valimiento jurídico reconoce, concordando con él en los siguientes principios fundamentales: «a) la organización y el funcionamiento del servicio público son susceptibles de ser modificados en todo momento: ningún obstáculo jurídico puede estar en oposición; b) sólo pueden ser considerados como servicios públicos los servicios realizados por el Estado o por los concesionarios, y c) la existencia de dos procedimientos para la satisfacción de los intereses colectivos, uno de derecho privado y el otro de derecho público». Sin embargo, VILLEGAS se separa de JÈZE al no compartir la noción del Derecho Administrativo como «el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos», noción que lleva a identificar a toda la actividad administrativa con el servicio público y que VILLEGAS rechaza. Finalmente, de HAURIOU rescata el elemento organizacional y la importancia que otorga al poder público como medio para regular el servicio público. Al construir su propia definición, VILLEGAS BASAVILBASO reconoce como «indiscutible la influencia de la doctrina francesa» y propone un concepto que evidencia dicha influencia: «toda actividad directa o indirecta de la administración pública, cuyo objeto es la satisfacción de las necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público». Nuevamente se encuadra al servicio público dentro de la actividad de la Administración.

Además de haber sido vertidas en sus obras generales, las concepciones de BIELSA y VILLEGAS BASAVILBASO quedaron reflejadas en el despacho sobre el «Régimen de Concesiones de Servicios Públicos», elaborado en gran medida por ellos y presentado en la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, celebrada en la ciudad de Tucumán en 1936²⁵. La influencia francesa sobre ese Régimen es evidente, como que VILLEGAS BASAVILBASO, miembro informante, señaló que «los principios jurídicos que el despacho contiene, son el producto de la jurisprudencia francesa que ha elaborado el régimen jurídico de la concesión de servicios públicos y de algunos fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, producidos en los últimos tiempos». Este despacho, que fue aprobado por la Conferencia, expresó, y casi podríamos decir que expresa aún hoy, la opinión mayoritaria argentina sobre el régimen del servicio público. De sus conclusiones rescatamos las siguientes:

- Se caracteriza la concesión de servicios públicos como «un acto jurídico de derecho público, por el cual el concedente delega en el concesionario un poder jurídico sobre una manifestación de la actividad administrativa, con el fin de que realice, por propia

²⁵ Su texto puede verse en JA, t. 61, sec. Doctrina, p. 95.

- cuenta y riesgo, bajo el contralor del concedente, el servicio público concedido». Se parte, pues, de considerar al servicio público como parte de la «actividad administrativa».
- De ello se sigue que la concesión debe tener límite en el tiempo: ella es «un medio transitorio de realización de un servicio público propiamente dicho, no es simple empresa privada de las que autoriza y vigila la administración», como sí lo son los servicios públicos llamados «impropios» (farmacias, taxímetros y otros).
 - La concesión implica una delegación de parte de la autoridad del Estado que, como toda delegación, no llega al abandono o renuncia de las facultades del delegante ni a la enajenación de ellas.
 - Aunque no se lo hubiere estipulado, la Administración tiene la facultad de rescate, o sea, de extinguir la concesión por motivos de interés público y pasar a prestar directamente el servicio. Como dicha facultad es inalienable, se puede deducir que existe aunque se la hubiere excluido expresamente.

Son de particular interés las conclusiones del despacho referentes a las tarifas y a la temporalidad de los derechos del concesionario. Con respecto a las tarifas se evidencia alguna hesitación. Al hablar de la naturaleza jurídica de la concesión se lee el siguiente párrafo, apoyado en jurisprudencia de la Corte Suprema argentina: «La situación contractual regula la retribución económica del concesionario, dentro de límites prefijados y bases determinadas que aseguren el juego de un mecanismo compensador. Su contenido es de naturaleza económico-financiera». Sin embargo, más adelante se afirma tajantemente, con cita de JÈZE, que las tarifas carecen de carácter contractual por no ser el resultado de una manifestación bilateral de las voluntades de la Administración y del concesionario, sino ser «obra exclusiva de la administración». Pueden ser modificadas en todo momento «salvo las bases determinadas en la concesión» (*sic*). El despacho reitera que la Administración «tiene el poder de reducir de oficio la tarifa sin el consentimiento del concesionario y aun contra su voluntad, sobre las bases de la concesión», si bien reconoce, nuevamente con cita de JÈZE, que si esa reducción disminuye el «beneficio normal» previsto por las partes en el acto de celebración del contrato, la Administración debe indemnizar al concesionario.

Cabe destacar aquí que el Consejo de Estado nunca siguió a JÈZE en este aspecto, sino que sostuvo siempre la inmutabilidad de las tarifas pactadas²⁶, circunstancia ésta frecuentemente soslayada por la

²⁶ Así lo sostiene A. DE LAUBADÈRE, *Traité des Contrats Administratifs*, 2.^a ed., París, 1983-84, t. II, pp. 352-353 y 435-436.

doctrina argentina. Tampoco ha hecho hincapié nuestra doctrina en la opinión de JÈZE, según la cual, a falta de disposición expresa en la ley o el reglamento, la competencia para la reducción de oficio de las tarifas corresponde al Parlamento²⁷.

El límite temporal de los derechos del concesionario, consecuencia necesaria de la posición francesa de considerarlo un gestor de actividad de naturaleza administrativa, encontró en Argentina un apoyo literal en la Constitución. Decimos «literal» porque la norma que al efecto alguna vez invocó la Corte Suprema²⁸ —y que atribuye al Congreso la potestad de promover «la importación de capitales extranjeros» mediante «concesiones temporales de privilegio y recompensas de estímulo»— parece más bien referirse a los beneficios que se otorgan a los inversores y no a la habilitación para desarrollar una actividad económica. A lo sumo, la limitación temporal podría recaer sobre las restricciones a la competencia que se imponen en interés del prestador, pero no sobre la habilitación misma²⁹.

Ideas afines con las de los autores argentinos que venimos de mencionar expuso Manuel María DíEZ, cuya obra abarcó varias décadas. Comenzó con un análisis particular de diversos servicios públicos (ferrocarriles, teléfonos y radiodifusión)³⁰ para luego redactar también él una obra general en la que evidencia su recepción crítica de la doctrina francesa³¹. Escrita en la década de 1960, incorpora las enseñanzas de DE LAUBADÈRE y las observaciones de DE CORAIL sobre la crisis del servicio público³².

Con Miguel MARIENHOFF, la concepción del servicio público llegó a su máxima expansión en el Derecho argentino. Este autor, también profundo conocedor de la doctrina francesa, incluyó dentro de dicha concepción no sólo a la actividad administrativa directa o indirecta, sino también a la actividad privada en cuanto tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general si, por su índole o gravitación, requiere el control de la autoridad estatal³³.

²⁷ G. JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Bs. As., 1950, t. V, p. 111.

²⁸ El art. 67, inc. 16, de la Constitución, hoy art. 75, inc. 18. En este sentido, ver fallos de la Corte Suprema en *Gutiérrez v. Cía. Hispano Americana de Electricidad*, Fallos 158-268; *González v. Municipalidad de Godoy Cruz*, Fallos 197-381. En el mismo sentido, DíEZ, *Derecho Administrativo*, t. III, pp. 292-293. Contra, aunque sosteniendo la necesidad de un plazo determinado para la concesión, MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-B, pp. 615-616.

²⁹ Así ocurrió con la privatización de los teléfonos, ocurrida en los años 1989/90, en que se otorgó una licencia perpetua pero una exclusividad de sólo diez años.

³⁰ *Régimen jurídico de las comunicaciones*, Buenos Aires, 1936-1939; *Naturaleza Jurídica de la propiedad ferroviaria*, Buenos Aires, 1942; *Servicio público de los teléfonos*, cit. *supra*; *Servicio público de la radiodifusión*, cit. *supra*.

³¹ *Derecho Administrativo*, Bs. As., 1963-1972.

³² Ver t. III, pp. 183-204.

³³ *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 3.ª ed., Bs. As., 1988, p. 55.

También ha estado presente Francia en la crítica que en la Argentina se ha formulado a la doctrina tradicional. En un trabajo de 1993³⁴, en el cual pretendemos rebatir, para el Derecho argentino, la noción del servicio público como actividad administrativa, traemos a colación el valioso —y valiente— artículo de Pierre DELVOLVÉ «Service Public et Libertés Publiques»³⁵. En él se explica cómo la imprecisión del concepto de servicio público lleva a expandir el ámbito de las actividades privadas que reglamenta el Estado en una retroalimentación entre la jurisprudencia, la doctrina y la legislación. Por ello, en las elocuentes palabras de DELVOLVÉ: «Si el Estado no es más que un conjunto de servicios públicos, cuyos límites son indefinidos, el servicio público justifica todas las extensiones del Estado y todas las restricciones de las libertades públicas: él abre la vía a la esclavitud».

Es de esperar que los desarrollos recientes observados en Francia respecto de la gestión de los servicios públicos tengan algún día amplio eco en nuestra doctrina. Nos referimos no sólo a las renovadas técnicas de atribución de dicha gestión a los particulares (los contratos de «delegación del servicio público») y a las leyes que vienen dictándose sobre la materia desde principios de la década de 1990, en parte bajo la influencia del Derecho comunitario³⁶, como también a la posible difusión en Francia del sistema de asociación público-privada, que ya tiene amplia aplicación en el Reino Unido.

b) EN LA JURISPRUDENCIA Y LOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Numerosos fallos de los tribunales argentinos se hicieron eco de las doctrinas francesas que venimos de exponer. Que la «realización de un servicio público es función de la administración pública» lo sostuvieron la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, con cita de BIELSA³⁷, así como otros tribunales³⁸. La Corte Suprema nacional, con palabras que recuerdan a las conclusiones del Comisario de Gobierno León BLUM³⁹, sentó el principio que «el Estado concede pero no enajena la prestación del servicio público»⁴⁰, y también sostuvo, en forma cohe-

³⁴ «La Ideología del Servicio Público», Rev. de Derecho Administrativo, n.º 14, pp. 359-437.

³⁵ *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 1, p. 2 (1985).

³⁶ Ver G. J. GUGLIELMI y G. KOUBI, *Droit du Service Public*, París, 2000, pp. 236-371.

³⁷ *López Díaz v. Municipalidad de General Pueyrredón*, J A 20-1006.

³⁸ Cam. Fed. Cap., *Fretes*, LL 49-385; S. C. de Santa Fe, *Soc. Eléctrica de Rosario v. Municipalidad de Rosario*, LL 63-620.

³⁹ En *Compagnie Générale Française des Tramways*, CE 21 de marzo de 1910, Rec. Lebon 216.

⁴⁰ *Municipalidad de Tucumán c. La Eléctrica del Norte*, Fallos 179-54.

rente con dicho principio, que la concesión es cancelable en cualquier momento (si bien con indemnización si ello ocurre por causas no previstas en el contrato)⁴¹ y que el rescate constituye una facultad «inalienable» del Estado⁴².

Es uniforme en la jurisprudencia la concepción del servicio público como actividad que presta el Estado directamente, o indirectamente a través de un concesionario. En un fallo se lo califica de «actividad fundamental» de la Administración por cumplir los «fines del Estado»⁴³. En otro caso, la Corte Suprema sostuvo que las concesiones para la explotación de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, canales y puertos «reconocen como causa una delegación de la autoridad del estado en favor de particulares»⁴⁴. En el mismo sentido, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dijo que, al conceder un servicio público, la Administración delega ciertas atribuciones «para realizar la gestión pública»⁴⁵. La Procuración del Tesoro, órgano superior de asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo, calificó a la prestación de servicios públicos como «función propia del Estado»⁴⁶.

El Derecho francés ha sido útil también para expandir las potestades del Poder Ejecutivo frente al servicio público. Pese a que la Constitución argentina exige que toda decisión administrativa que afecte derechos de los particulares se base en ley del Congreso («Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe», dice su art.19), la Procuración del Tesoro, siguiendo la opinión de MARIENHOFF, ha interpretado que el Poder Ejecutivo tiene facultades propias, independientes de toda ley que así lo establezca, para organizar los servicios públicos⁴⁷. Esta posición podrá ser admisible en Francia, donde las potestades del Parlamento están taxativamente fijadas en los arts. 34 a 36 de la Constitución de 1958, correspondiendo a la esfera del reglamento los temas no mencionados en ese listado (listado que no incluye la organización de los servicios públicos)⁴⁸, pero no lo es en Argentina allí donde el servicio es

⁴¹ S. A. Canal y Puerto del Oeste v. Gobierno Nacional, Fallos 141-190.

⁴² Provincia de Corrientes v. S. A. Cía. de Electricidad de Corrientes, Fallos 230-280.

⁴³ Caso Fretes, cit. *supra*.

⁴⁴ Bourdie c. Municipalidad de la Capital, Fallos 145-307.

⁴⁵ S. C. Bs. As., La Paz Cía. de Omnibus c. Municipalidad de Lomas de Zamora, LL 155-176.

⁴⁶ Dictámenes, t. 112, pp. 177-180 (Cía. Italo Argentina de Electricidad, S. A.) (1970).

⁴⁷ Dictámenes 145-303 y 146-20 (1978); en el mismo sentido, MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 99.

⁴⁸ 48 Cfr. G. DUPUIS, M.-J. GUÉDON y P. CHRÉTIEN, *Droit Administratif*, 6.^a ed., París, 1999, p. 497.

prestado por los particulares excepto en la medida en que una ley faculte al Poder Ejecutivo para organizarlo. Ello porque, en nuestro país, las facultades residuales se han atribuido al Poder Legislativo y no al Ejecutivo, el cual, en ausencia de ley, no puede imponer obligaciones a los particulares por vía de reglamentos autónomos. Pero nuevamente se ven aquí las consecuencias de las ideas francesas: si los servicios públicos constituyen «actividad administrativa», podría argumentarse que la potestad de «ejercer la administración general del país», que el inciso 1.º del art. 100 de la Constitución atribuye al Jefe de Gabinete, abarca también la organización de dichos servicios aun en manos de los particulares y sin necesidad de ley que así lo disponga.

3. LA INFLUENCIA DEL DERECHO ESPAÑOL

Dos etapas cabe distinguir en la influencia del Derecho español en el concepto de servicio público del Derecho Administrativo argentino. En una primera etapa, nuestros autores abrevaron en las obras de Derecho Administrativo español del primer tercio del Siglo XX. En la segunda etapa se hicieron eco de la doctrina elaborada en torno a la noción de la *publicatio* que explicara VILLAR PALASÍ en la década de 1970.

VILLEGAS BASAVILBASO comenta la teoría de Adolfo POSADA sobre el servicio público, en la que reconoce afinidades con las ideas de DUGUIT⁴⁹. Por considerar al servicio público como «actividad administrativa para la satisfacción de necesidades colectivas», y por entender que la Administración Pública es «un sistema de servicios públicos», VILLEGAS incluye a POSADA entre los autores que consideran como servicio público a toda la actividad de la Administración Pública, concepción que, por su parte, rechaza el autor argentino.

Mayor afinidad encuentra VILLEGAS BASAVILBASO con la posición de GARCÍA OVIEDO, quien, sin definir al servicio público, enuncia —«ajustadamente», según califica el tratadista argentino— los caracteres que lo separan del servicio privado. Entre ellos, VILLEGAS juzga acertado el énfasis del autor español sobre el régimen jurídico especial que lo rige y que tiene por fin asegurar la continuidad, regularidad y uniformidad del servicio⁵⁰.

También encontramos citas de estos juristas españoles, así como de GASCÓN Y MARÍN y GARRIDO FALLA, en las obras de MARIENHOFF⁵¹

⁴⁹ *Op. cit.*, t. III, pp. 18-20.

⁵⁰ *Op. cit.*, t. III, pp. 30-32.

⁵¹ *Op. cit.*, t. II, pp. 47, 50 y 53.

y DÍEZ⁵². En cuanto a trabajos monográficos cabe recordar el de ARIÑO ORTIZ sobre las tarifas de los servicios públicos, repetidamente citado por los autores argentinos⁵³.

Pero es con la noción de la *publicatio* que la literatura jurídica española produce un fuerte impacto en el Derecho Administrativo argentino. Nuestra doctrina advirtió las importantes consecuencias jurídicas que podían extraerse de una tesis que sostenía la incorporación de una actividad determinada al quehacer del Estado, con exclusión de los particulares de su ámbito salvo a través del instituto de la concesión⁵⁴.

Así como la inexistencia de toda atribución de titularidad estatal del servicio público en la Constitución argentina (salvo el interregno 1949-1956) no impidió recibir la concepción francesa del servicio público como actividad administrativa, tampoco la falta de correlato del art. 128, inciso 2, de la Constitución española de 1978 en la nuestra fue óbice para que comenzara a hablarse en nuestro país de la «reserva» de una actividad para excluirla del sector empresario privado como circunstancia constitutiva del servicio público.

Esta posición venía a coincidir con una antigua jurisprudencia de la Corte Suprema argentina que, citando al autor alemán MAYER, consideró a la concesión como un acto administrativo «por el cual se da poder a un individuo sobre una parte de la administración pública», facultándolo a realizar actividades que, «como tales, no serían accesibles para el individuo por su naturaleza misma»⁵⁵. Afirmación ésta proveniente de un imperio y cuya recepción en una república era por ello curiosa, más aún considerando el principio de libertad de comercio e industria establecido por el art. 14 de la Constitución, así como el hecho de que la mayoría de los servicios públicos se instalaron en Argentina desde fines del siglo XIX por obra de la iniciativa privada.

Vinculada con esta posición encontramos la noción de «relación de sujeción especial», también de origen alemán y conocida entre nosotros a través de escritores españoles como GALLEGO ANABITARTE⁵⁶. Su aplicación a la situación del concesionario de servicios públicos por alguna jurisprudencia⁵⁷ ha sido evaluada por nuestros autores especiali-

⁵² *Op. cit.*, t. III, pp. 196-201.

⁵³ Así, C. GRECCO, «Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario», *Rev. de Der. Administrativo*, n.º 5, p. 481 (1990).

⁵⁴ Cfr. J. C. CASSAGNE, «En torno a la noción de servicio público», *Rev. Jurídica de Bs. As.*, 1988-II, p. 43.

⁵⁵ *Municipalidad de Rosario v. Cía. General de Luz y Fuerza*, Fallos 178-243.

⁵⁶ Se cita su trabajo «Las relaciones de especial sujeción y el principio de legalidad de la Administración», *Rev. de Administración Pública*, 1961, p. 7.

⁵⁷ C. N. Ap. Cont. Adm. Fed., *Edenor S. A. c. Estado Nacional*, LL 1996-C-445.

zados, que al respecto recogen los reparos que le merece esa doctrina al maestro GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁸.

El proceso global de privatización, que tuvo honda repercusión en Argentina entre los años 1989 y 1999, no podía sino incidir en la recepción de la noción de la *publicatio*. Mientras que algunos han continuado defendiendo la noción tradicional de la titularidad estatal⁵⁹, otros advirtieron la vigencia de las nuevas ideas⁶⁰. Por nuestra parte, desde el comienzo del proceso privatizador hemos opinado que este proceso y la normativa que lo rige obligan a dejar de lado tanto la concepción francesa del servicio público como actividad administrativa como la doctrina española de la *publicatio*, para acercarse al modelo norteamericano de actividad privada sujeta al grado más intenso de regulación estatal. No se abandona el concepto de servicio público y se mantienen sus notas características, como la obligatoriedad, continuidad e igualdad, pero desaparece el concepto de titularidad estatal⁶¹. En efecto, parece difícil hablar de tal titularidad cuando se conceden licencias perpetuas o cuando se adopta una posición desregulatoria en cada sector del servicio que admite la competencia, como ocurre en el caso de las telecomunicaciones, o cuando se prohíbe al Estado prestar el servicio cuando hay particulares dispuestos a hacerse cargo de tal prestación, como lo disponen las leyes de electricidad y del gas, excluyendo así implícitamente la idea del rescate⁶².

Ideas análogas se leen hoy en los autores españoles que analizan las políticas de la Comunidad Europea a favor de la competencia y su in-

⁵⁸ Cfr. A. B. BIANCHI, *La Regulación Económica*, Bs. As., 2001, t. I, pp. 261-265.

⁵⁹ Tal el caso de J. L. SALOMONI, *Aporte para una discusión sobre la titularidad estatal de los servicios públicos*, Libro Homenaje al Prof. Miguel S. MARIENHOFF, Bs. As., 1998, p. 823.

⁶⁰ Juan Carlos CASSAGNE recoge en sus obras la evolución de la noción de *publicatio* en el Derecho argentino: posteriormente a su trabajo citado en la nota 54, *supra*, en que recogía la acepción original del concepto, CASSAGNE sostuvo la derogación de la *publicatio* en el sector telefónico «al haberse utilizado expresamente la técnica de la licencia y no la de la concesión» (*La Transformación del Estado*, LL 1990-E-1086) y, más recientemente, parece admitir la asimilación de la *publicatio* con la regulación. Así, en la 7.^a ed. de su *Derecho Administrativo* (Bs. As., 2002, t. II, pp. 291-292) sostiene que a raíz de la *publicatio* el Estado no actúa «a título de dueño sino como titular de la regulación del servicio público», y otorga por ello a la *publicatio* el significado de «sometimiento de una determinada actividad al régimen del servicio público» (en el mismo sentido, t. II, p. 374). De todos modos, CASSAGNE prefiere continuar utilizando la noción de *publicatio* frente a la de regulación económica porque considera a esta última «una noción ambivalente o si se quiere, polifacética» (*El Contrato Administrativo*, Bs. As., 1999, p. 116).

⁶¹ Así, en nuestro trabajo *La ideología del servicio público*, cit. *supra*.

⁶² Para las licencias telefónicas, ver los Decretos 731/89, 59/90, 60/90, 61/90 y 62/90. El principio de la preferencia por la prestación privada lo establecen el art. 3.º de la Ley 24065 y el art. 4.º de la Ley 24076. La prohibición del rescate la establece el art. 4.5 del Decreto 1738/92, reglamentario de la Ley del Gas, n.º 24076.

fluencia sobre los aspectos jurídicos de los servicios públicos, influencia que obliga a abandonar las tradicionales concepciones francesas en la materia. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA llama a «revisar enteramente» la noción del servicio público⁶³. ARIÑO ORTIZ advierte, por su parte, que «el concepto de servicio público se acerca más a la idea de actividad reglamentada, propia del mundo anglosajón»⁶⁴. En sentido análogo, otros autores apuntan que «el régimen tradicional del servicio público, de origen francés, está siendo sustituido por un modelo más cercano al anglosajón»⁶⁵.

Por último, cabe señalar que la Ley española de Contratos de la Administración Pública de 1995 ha sido analizada con interés en la Argentina, y sus normas sobre el contrato de gestión de servicios públicos fueron fuente de algunas disposiciones de un proyecto de Ley de Servicios Públicos redactado en 1998 por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia, Ley que no llegó a ser sancionada⁶⁶.

4. LA INFLUENCIA DEL DERECHO NORTEAMERICANO

También al analizar la influencia del Derecho norteamericano en nuestra concepción del servicio público se observan dos etapas divididas por el hiato que significaron las décadas de prestación estatal de la mayoría de dichos servicios.

Esta influencia no se evidencia ciertamente en las obras generales. El carácter casuista de los sistemas del *common law*, y la predilección de sus cultores por los trabajos monográficos más que por los tratados de cobertura general, hacen difícil incorporar sus aportes en obras que buscan sistematizar una disciplina. Por el contrario, algunas leyes, sentencias y trabajos monográficos reconocen abreviar en ese Derecho.

En la primera época, el principal aporte del Derecho norteamericano a nuestro régimen jurídico de los servicios públicos se observó en el tema de la fijación de las tarifas. La Ley de Ferrocarriles, sancionada en 1891, incorporó el concepto de tarifa «justa y razonable»⁶⁷, tomado de

⁶³ Su Prólogo al libro *Derecho de las Comunicaciones*, Javier CREMADES (Coordinador), Madrid, 1997, p. 5.

⁶⁴ G. ARIÑO ORTIZ, «Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones», en *Derecho de las Comunicaciones*, cit., p. 762; también su *Principios de Derecho Público Económico*, Madrid, 1999, pp. 572-580.

⁶⁵ J. J. MONTERO PASCUAL, «Titularidad privada de los servicios de interés general», en *Derecho de las Comunicaciones*, cit., p. 1218.

⁶⁶ Ver su texto en *Revista Argentina del Régimen de Administración Pública*, n.º 246, p. 133 (1999).

⁶⁷ Ley 2873, art. 44.

la Ley norteamericana que creó la Comisión de Comercio Interestadual en 1887. Esa locución dio origen en nuestro Derecho a artículos de doctrina, recordamos principalmente el de BIELSA⁶⁸, y a decisiones judiciales⁶⁹, si bien un trabajo de la época critica la aplicación de los precedentes judiciales norteamericanos por los tribunales argentinos⁷⁰. Monografías, posteriores han explicado al mundo jurídico nacional los razonamientos utilizados en los Estados Unidos para el cálculo de las tarifas⁷¹.

La influencia en esta época de la jurisprudencia norteamericana se observa en otra problemática relacionada con los servicios públicos y que deriva del régimen federal común a ambos países: los alcances de la potestad impositiva de las provincias respecto de las empresas de servicios públicos que operaban bajo habilitación del Gobierno nacional⁷².

Pero es en el respeto del derecho del concesionario en que se observa el entronque más importante con el modelo norteamericano. La Corte Suprema repetidamente declaró a los derechos del concesionario amparados por las garantías consagradas por los arts. 14 y 17 de la Constitución, «como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio», agregando que «habiendo nacido el derecho constituido al concesionario de un pacto suscripto con el poder público ... no podría éste, sin volver sobre sus propias convenciones, anular o modificar, invocando sus facultades impositivas, el derecho así otorgado, sin suprimir o debilitar la confianza que en las relaciones jurídicas debe imperar, no ya entre hombre y hombre, sino también entre éstos y el Estado». Con cita de los autores norteamericanos WILLOUGHBY y COOLEY, la Corte sostuvo que cuando el Estado «contrata con los particulares no le es permitido anular o revocar, en todo o en parte, sus propias concesiones sin cumplir con los requisitos exigidos por el principio de la inviolabilidad de la propiedad», si bien exceptuó de esta regla a «las licencias administrativas, por las cuales se crean facultades revocables a voluntad del estado que las acordó»⁷³.

⁶⁸ «La locución justa y razonable en el derecho y la jurisprudencia», en *Estudios de Derecho Público*, t. I, p. 479.

⁶⁹ La Corte Suprema utilizó el término en *Cía. de Electricidad Suizo Argentina c. Prov. de Santiago del Estero*, Fallos 188-469; también en *Cía. de Tranvías Anglo-Argentina c. Gobierno de la Nación*, Fallos 262-555, habló la Corte de «utilidad razonable y justa» (p. 569).

⁷⁰ A. LÁZARO, *La jurisprudencia norteamericana sobre public utilities como precedente de la jurisprudencia argentina sobre servicios públicos*, JA 46, Sección Doctrina, p. 54.

⁷¹ En 1971 publicamos un artículo sobre el tema llamado «La Determinación de las Tarifas en la Concesión de Servicios Públicos», *Rev. de Derecho Administrativo*, nov. de 1971, p. 53. Más recientemente, Alberto BIANCHI trata el tema en su libro *Regulación Económica*, cit. *supra*, p. 322.

⁷² CS, *The United River Plate Co. Ltd. Unión Telefónica c. Prov. de Buenos Aires*, Fallos 154-104; y *S.A. Transradio Internacional v. Prov. de Buenos Aires*, Fallos 269-92.

⁷³ *Bourdie c. Municipalidad de la Capital*, Fallos 145-307; *Gutiérrez c. Cía. Hispano Americana de Electricidad*, Fallos 158-268; *F.C. del Sud c. Nación*, Fallos 183-116. No queremos decir

Con las privatizaciones de la década de 1990 el Derecho norteamericano ha tenido una nueva e importante impronta sobre el nuestro, a punto tal que expertos norteamericanos colaboraron en la redacción de los proyectos de algunas de las diversas normas sancionadas para la privatización. Cabe advertir, sin embargo, que el proceso privatizador no fue homogéneo. Si bien recurrió a diversas instituciones tomadas del Derecho estadounidense (como las licencias sin límite de tiempo, utilizadas en la privatización telefónica) y excluyó expresamente figuras del Derecho francés como el rescate, también mantuvo en algunos casos la figura tradicional de la concesión, con la posibilidad de rescate incluida. Creó así un régimen híbrido que permite argumentar tanto a favor del abandono de las ideas tradicionales tomadas del Derecho francés como de su mantenimiento.

La principal de las instituciones tomadas del Derecho norteamericano fue la creación de entes reguladores modelados sobre las *regulatory agencies* de aquel país⁷⁴. Nacieron así, entre otros, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones⁷⁵, el ENARGAS⁷⁶, el ENRE⁷⁷ para controlar el servicio de electricidad, el ETOSS para las obras sanitarias⁷⁸, el ORSNA⁷⁹ para los aeropuertos y el OCRABA⁸⁰ para la red de accesos a la Ciudad de Buenos Aires.

En su creación hubo que adaptar el modelo norteamericano a las particularidades del Derecho argentino. Por una parte, la supervivencia del modelo francés obligó a separar la autoridad concedente del ente regulador. A la primera, el Poder Ejecutivo, se le otorga la potestad de otorgar y cancelar la habilitación. Al segundo, las facultades de control de las actividades que se ejercen, aplicando un marco regulatorio «exte-

con ello que los derechos del concesionario estén desprotegidos en el Derecho francés. Precisamente, se apunta otro fallo de la Corte Suprema que, con cita de JÉZE, sostuvo la obligación del Estado de indemnizar la imposición de nuevas cargas al concesionario en interés del servicio (*Carbia, Díaz y Cía. c. Cía. Argentina de Electricidad*, Fallos 201-509). Pero al encontrar base constitucional a la protección de los derechos del concesionario, nuestra jurisprudencia sigue el modelo norteamericano.

⁷⁴ Ver A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, 8.^a ed., Bs. As., 2003, cap. XV; O. R. AGUILAR VALDEZ, «Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos – Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación», en *Servicios Públicos*, IEDA, cit. *supra*, p. 17.

⁷⁵ Decreto 1185/90.

⁷⁶ Ley 24076, arts. 50-73.

⁷⁷ Ley 24065, arts. 54-69 y 71-81.

⁷⁸ El Decreto 999/92 creó el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios.

⁷⁹ El Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos fue creado por el Decreto 375/97, y su autarquía establecida por el Decreto 16/98.

⁸⁰ El Órgano de Control en las Concesiones de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires fue creado por el Decreto 1994/93.

rior» al servicio, y no potestades «de dirección y control internos del servicio», para utilizar la terminología de ARIÑO ORTIZ⁸¹.

Por otra parte, si bien no existe en nuestro sistema jurídico la posibilidad de crear entes administrativos independientes del Poder Ejecutivo y que son supervisados por el Congreso, como sí ocurre con dichas *regulatory agencies*, existen en el Derecho argentino las entidades autárquicas, cuyo régimen jurídico las excluye del control jerárquico sujetándolas al más limitado contralor administrativo⁸², y es, precisamente, esta figura a la que se recurrió, en general, para la constitución de los nuevos entes. A ellos se les han atribuido las facultades regulatorias propias de cada actividad, colocándolos en una situación análoga a la de sus similares estadounidenses, es decir, como árbitros entre los distintos sujetos que intervienen en la actividad y como entes técnicos que se pretende estén alejados, dentro de lo posible en nuestro régimen constitucional, de las presiones políticas.

Sin embargo, las potestades de los entes reguladores argentinos son más limitadas que las de sus pares estadounidenses en tres aspectos importantes. Uno es el del otorgamiento o extinción de la habilitación, facultad que, como hemos dicho, se reserva generalmente para el Poder Ejecutivo. El otro, la potestad reglamentaria, que, salvo en lo que respecta a los aspectos técnicos y algunos aspectos económicos, también queda en gran medida en manos del Poder Ejecutivo. Y, en tercer lugar, el recurso de alzada, que permite a los particulares requerir la revisión por el Poder Ejecutivo de la legitimidad de las decisiones de las autoridades superiores de los entes reguladores⁸³.

La influencia del modelo que comentamos es corroborada por el uso de otras soluciones técnicas y jurídicas extraídas directamente del derecho de los Estados Unidos y aun de términos traducidos directamente del inglés, como los «certificados de conveniencia y necesidad pública» exigidos para autorizar nuevas construcciones⁸⁴. De esas soluciones jurídicas ya hemos hablado de la locución «tarifas justas y razonables», que vuelve a aparecer con las normas privatizadoras⁸⁵.

⁸¹ *Economía y Estado*, Bs. As., 1993, p. 321.

⁸² Ver, por todos, A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., t. 4, 4.ª ed. (2000), pp. XI-20/21.

⁸³ El art. 97 del Decreto Reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos restringe el recurso de alzada, que procede por ante el respectivo Ministro contra los actos de las autoridades superiores de las entidades autárquicas, a cuestiones de legitimidad cuando la entidad hubiere sido creada por el Congreso, como ocurre, o debiera ocurrir, con los entes reguladores.

⁸⁴ Lo utiliza el art. II de la Ley 24065. Sobre el significado de este término en los Estados Unidos, ver C. F. PHILLIPS, Jr., *The Regulation of Public Utilities*, 1993, p. 563.

⁸⁵ Así, el art. 40 de la Ley de Electricidad, n.º 20065.

Mencionaremos aquí, entonces, la doctrina de la jurisdicción primaria y la celebración de audiencias públicas.

La doctrina de la jurisdicción primaria nació a principios del siglo XX en los Estados Unidos como respuesta judicial a las acciones promovidas por los cargadores contra los ferrocarriles, impugnando la validez de las tarifas que éstos cobraban. A partir del caso *Abilene*⁸⁶, los tribunales judiciales ordenaron a las partes llevar la controversia primeramente ante el ente regulador (en el caso, la Comisión de Comercio Interestadual) y sólo acudir ante los jueces para obtener la revisión de la decisión administrativa. Según esta doctrina, cuando una ley crea un ente gubernamental y le atribuye competencia para resolver, en instancia administrativa, cierto tipo de casos, los tribunales deben abstenerse de intervenir en dichos casos hasta tanto el ente se haya pronunciado. Con ello se obtiene un mayor grado de coherencia y uniformidad en la aplicación de la ley y se aprovecha la pericia especial que el ente administrativo tiene en la ejecución del régimen legal respectivo.

En nuestro país la doctrina de la jurisdicción primaria ha sido prevista por el art. 72 de la Ley de la Electricidad, según el cual: «Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente». Normas análogas se establecieron para el servicio de gas y el telefónico⁸⁷.

Como se observa, la jurisdicción previa del ente es obligatoria respecto de ciertas partes (generadores, transportistas, etc.), pero sólo voluntaria para los demás particulares. Es interesante destacar que fue, precisamente, esta segunda situación la que generó en los Estados Unidos la jurisprudencia que estableció como obligatoria la jurisdicción primaria del ente, ante una ley que permitía a los interesados optar entre la vía administrativa y la judicial⁸⁸. La doctrina argentina ha analizado los alcances de esta teoría en la post-privatización y sostenido su aplicabilidad⁸⁹.

En cuanto a la *audiencia pública*, imponen este procedimiento diversos artículos de las Leyes de la Electricidad y del Gas⁹⁰. Dicho pro-

⁸⁶ *Texas & Pacific Railway Co. v Abilene Cotton Oil Co.*, 204 U.S. 426 (1907).

⁸⁷ Art. 66 de la Ley del Gas, n.º 24076 y art. 10.7 del Pliego de Condiciones para la privatización de los teléfonos.

⁸⁸ Explicamos el tema en nuestro *Control Judicial de la Administración Pública*, Bs. As., 1984, t. II, pp. 713-726.

⁸⁹ BIANCHI, *La Regulación Económica*, cit. *supra*, p. 289.

⁹⁰ Ley 24065, arts. 73 y 74; Ley 24076, arts. 67 y 68.

cedimiento, en sus diversas modalidades, es utilizado frecuentemente, bajo el nombre de *hearing*, en los Estados Unidos, estando previsto en la *Administrative Procedure Act* tanto para la emisión de reglamentos como para el dictado de actos individuales⁹¹. La necesidad del respeto de este procedimiento para validar la decisión del ente regulador ha sido destacada por la justicia y por la doctrina argentinas⁹².

Otro dato análogo a los que rigen en el modelo norteamericano es la existencia de revisión judicial de las decisiones que dicten los entes reguladores mediante la creación de recursos directos ante la Cámara de Apelaciones federal (en la especie, del fuero contencioso-administrativo)⁹³.

Por supuesto, no podían faltar voces críticas que consideran incompatible el Derecho norteamericano, por su rechazo de la distinción entre Derecho Público y Privado, con el Derecho argentino y, en especial, la adopción del régimen de *public utilities*⁹⁴.

5. OBSERVACIONES CRÍTICAS

Pocas nociones jurídicas existen con tantas implicancias políticas y económicas como la del servicio público. Si bien suele ocurrir que en el Derecho argentino se recepten doctrinas extranjeras con algo de ingenuidad, creyéndolas políticamente asépticas, lo cierto es que en esta materia el análisis jurídico puro es poco frecuente frente al repetido uso de la noción con fines ideológicos. Desde este punto de vista, pues, en muchos casos las teorías tradicionales francesas sirven de elegante ropaje para vestir las preferencias estatistas del expositor. De allí el auge que estas teorías tienen en países poco desarrollados, cuyas clases políticas consideran al Estado como el motor principal de la economía. En la recepción de esta concepción francesa del Estado, que se remonta a Luis XIV, unida a la carencia de un servicio civil de alto nivel como sí existe en Francia, ha visto VARGAS LLOSA una de las causas del atraso latinoamericano.

¿Podría hacerse recíproca acusación a quienes consideramos ahora inaplicable el tradicional modelo francés en nuestro país? A esta pregunta caben dos contestaciones. En primer lugar, la inclinación hacia

⁹¹ Secciones 553, 554 y 556.

⁹² C. N. Cont. Adm. Federal, Sala III, *Defensor del Pueblo de la Nación c. Poder Ejecutivo*, L.L. 1997-C-836; GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, 6.ª ed., Bs. As., 2003, cap. XI.

⁹³ Ley 24065, art. 76; Ley 24076, art. 70.

⁹⁴ P. LÓPEZ VERGARA, «Tutelaridad en el servicio público», *Rev. de Derecho Administrativo*, año 11, p. 46 (1999).

un modelo más cercano al norteamericano es un fenómeno que, como hemos visto, se registra también en Europa y no depende de preferencias personales. Pero, fundamentalmente, nuestros razonamientos han procurado demostrar la equivocación de defender una determinada política económica con argumentos jurídicos. No pretendemos, por ello, que el modelo que surgió de las privatizaciones sea jurídicamente necesario y esté más allá de los cambios legislativos, como sí parecieran sostener los defensores del régimen tradicional respecto del mismo. Creemos, eso sí, que debe entenderse que hay un nuevo modelo para la prestación de los servicios públicos introducido por la normativa privatizadora, que no cabe desconocerlo aplicando con recalcitrancia ideas tomadas de modelos abandonados por el legislador nacional, y que este modelo es coherente con la Constitución.

En efecto, la Constitución argentina es, como mínimo, neutra respecto de la operación de los servicios públicos. Al exigir su actual artículo 42 que los marcos regulatorios que los rigen se sancionen en forma de ley, podría incluso sostenerse que ella presupone la existencia de prestadores privados, ya que el Estado prestador no tiene idéntica necesidad de tales reglas. Lo más que puede decirse, pues, es que la Constitución ha delegado en el legislador la decisión acerca de si la prestación estará a cargo del Estado o de los particulares y, en este último caso, cuáles serán las técnicas jurídicas para habilitarlos. A nivel nacional no puede encontrarse, pues, ninguna base constitucional —como sí existe en Francia— para sentar la titularidad estatal de los servicios públicos como principio jurídico general, a menos que se recurra a la tautología de definir como servicio público solamente a aquellas actividades en que existe tal titularidad por norma expresa. Tampoco puede utilizarse en Argentina el término «servicios públicos constitucionales», que hoy es de recibo en Francia⁹⁵.

Es precisamente en lo que hace a la titularidad de la actividad y a su consecuencia, la temporalidad del derecho del concesionario, donde se observa la principal diferencia entre los modelos. Aspecto crucial para el modelo francés tradicional, esa temporalidad casi no merece atención en los Estados Unidos, donde la prestación sin límite de tiempo es la regla, aunque sujeta, eso sí, al cumplimiento de las obligaciones que la normativa impone al prestador.

Por otra parte, la noción misma de la titularidad de una actividad es innecesaria, amén de errónea y peligrosa⁹⁶. Innecesaria, porque su presencia no es indispensable para permitir un control adecuado de la

⁹⁵ G. GUGLIELMI y G. KOUBI, *Droit du Service Public*. cit. *supra*. pp. 166-169.

⁹⁶ Ver una crítica de las pretendidas consecuencias de la titularidad estatal en nuestro trabajo *La ideología del servicio público*, cit. *supra*, pp. 404-418.

prestación del servicio: el sistema norteamericano demuestra que es posible una intensa regulación sin recurrir a esa figura. Errónea, por lo menos en Argentina ya que no opinamos sobre otros Derechos, pues existen servicios públicos (la educación, la salud) en los cuales no puede sostenerse que el Estado sea el titular de la actividad, por lo cual insistir en esa asimilación lleva al contrasentido de desconocer el carácter de servicio público a actividades de alta importancia social que presta el Estado, las que pasarían así a llamarse «servicios sociales»⁹⁷. De la posición que criticamos se seguiría que es función *propia* del Estado argentino operar líneas de distribución de electricidad pero no lo es educar o cuidar la salud de sus habitantes. Obsérvese, además, que cuando en Argentina se habla de «servicios públicos» se piensa fundamentalmente en la electricidad, los teléfonos, el gas, el transporte y los demás servicios «industriales o comerciales», para usar la locución francesa, y no en la educación o la salud, y menos aún en la seguridad o la justicia (que reputamos funciones públicas y no servicios públicos). Esta noción acotada del servicio público torna aún más endeble la pretensión de reputarlo «función propia del Estado». Tomamos la expresión de Francia, donde la amplísima cobertura de la noción hace más comprensible esa caracterización, pero la aplicamos a las actividades que, aunque las lleve a cabo el Estado, menos tienen de «estatales» (pero que por su contenido económico son las que más concitan el interés político).

Y, finalmente, la noción es peligrosa porque coloca a todos los prestadores en una situación de inseguridad jurídica. Ahondemos el análisis en este punto. Es muy probable que muchas de las controversias que se suscitan en esta materia recibirían igual solución bajo cualquiera de las nociones del servicio público en pugna en nuestro Derecho. Ni una parte desconoce las potestades de control de la Administración, ni del otro extremo se desconocen los derechos del prestador. La noción que se prefiera podrá servir de premisa general de la cual deducir la solución que el tribunal haya previamente decidido que es justa para la cuestión planteada en vista de las circunstancias del caso, por lo cual no sería de extrañar que un tribunal no elija siempre la misma noción al resolver los conflictos que se traen a su conocimiento. Pero, en los casos dudosos, la elección de una u otra noción puede llevar a variar la decisión. En particular, el concepto de la titularidad estatal del servicio público tiene un efecto debilitante sobre la posición del prestador: no es el dueño de una casa sujeto a reglamentaciones de vecindad y urbanismo, es inquilino en casa ajena⁹⁸. Las nociones que criticamos aumentan, por

⁹⁷ Cfr. J. SARMIENTO GARCÍA, «Noción y elementos del servicio público», en *Los Servicios Públicos*, varios autores, Ed. Depalma, 1994, pp. 9-18.

⁹⁸ Esto lo ha visto muy claro ARIÑO ORTIZ (*Economía y Estado*, cit. *supra*, p. 398).

ello, la inseguridad jurídica de los prestadores. En un país respetuoso de los derechos de los prestadores aunque sus títulos hayan sido otorgados por gobiernos anteriores, como ocurre en Francia, la diferencia puede ser sutil. En un país como Argentina, donde se han dictado sucesivas leyes autorizando la renegociación de contratos celebrados por el gobierno anterior⁹⁹, el tema no es baladí.

Sería injusto cargar las tintas en la crítica al modelo francés, que funciona correctamente en su país de origen. La doctrina que ha sistematizado la jurisprudencia del Consejo de Estado se preocupa en aclarar que el ejercicio de las prerrogativas estatales no acarrea perjuicios al concesionario dado que la Administración debe indemnizar las pérdidas que tal ejercicio le provocan a éste, incluyendo el lucro cesante. Por tal razón, dice DE LAUBADÈRE, rara vez se recurre al rescate no pactado ante las cuantiosas indemnizaciones a que daría lugar¹⁰⁰. Y, además, el Estado francés es solvente.

En ambos aspectos, tanto en lo que respecta a la indemnización del lucro cesante como a la solvencia del Estado, la situación argentina difiere de la francesa. Para hablar sólo del primer aspecto, porque del segundo se ha ocupado la prensa internacional, es menester concluir que el rechazo de la compensación del lucro cesante en nuestro país se ha convertido en regla: ya lo preveía la Ley de Expropiaciones¹⁰¹, lo han dispuesto sucesivas leyes que autorizaron la renegociación de contratos públicos¹⁰² y ahora lo establece, con carácter general para todos los contratos administrativos, el Reglamento de Contrataciones del Estado, tanto frente a la modificación unilateral como frente a la rescisión anticipada del contrato por razones de oportunidad¹⁰³. Esta regla, aplicada por un Estado con estrecheces financieras en un contexto de conductas gubernamentales cambiantes, termina por precarizar los derechos de los prestadores.

Por ello, si lo que se desea es, en realidad, mantener a los prestadores en continuo estado de incertidumbre jurídica, posibilitar la gradual reversión de sus empresas al Estado y, sobre todo, privilegiar la discusión política sobre la técnica, las teorías francesas tradicionales vienen como anillo al dedo. Así está ocurriendo actualmente en la Argentina con los proyectos de leyes sobre servicios públicos que, en consonancia con las doctrinas políticas en boga, han preparado varios equipos inter-

⁹⁹ Ver las Leyes 23696, de 1989; 25344, de 2000, y 25561, de 2002.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, t. II, pp. 639 y 737. También en España se indemniza el lucro cesante en caso de rescate: ver Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995), art. 169, inc. 4.

¹⁰¹ Ley 21499, art. 10.

¹⁰² Ver las dos primeras Leyes citadas en nota 99, *supra*.

¹⁰³ Decreto 1023/01.

disciplinarios y que darían sanción legal a las teorías de JÈZE. A siete décadas de la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, un proyecto de Ley llamada «Régimen Nacional de Servicios Públicos», preparado por sectores cercanos al Gobierno, vuelve a considerar al servicio público como «una parte de la actividad administrativa» por la cual «se tiende a alcanzar cometidos del Estado» e insiste en otorgar al Estado la titularidad sobre la actividad, reconociendo al prestador el carácter de «mero gestor delegado».

Ello evidencia que el debate en derredor del concepto de servicio público es más primario en Argentina que el que se desarrolla en Europa. Un espectro político mucho más apartado en sus extremos que el europeo, hace que algunas alternancias en el poder lleven a replantear las ideas básicas de la política económica, creando así el problema de la «estabilidad institucional» que ya preveía ARIÑO ORTIZ hace algunos años para nuestro país¹⁰⁴. De allí que en lugar de enfocar el análisis en temas concretos, perfeccionando así el control sobre los prestadores, se vuelve a discutir el concepto mismo del servicio público para aportar andamiaje jurídico al cambio político. En Europa, incluso quienes defienden el mantenimiento de dicho concepto reconocen los cambios que la legislación comunitaria ha introducido en su régimen y opinan que el abandono de la concesión como principal técnica habilitante, que se advierte en la misma Francia, implica correlativamente el abandono de la noción de retención de la titularidad de la actividad por la Administración¹⁰⁵. La discusión europea versa más sobre la supervivencia de las clásicas obligaciones del servicio público (continuidad, igualdad, regularidad), y aun sobre la noción de servicio universal, que sobre la visión del servicio público como actividad administrativa y la correlativa temporalidad de su delegación¹⁰⁶.

Es previsible, sin embargo, que el desarrollo reciente del Derecho comunitario europeo, que niega la «correlación estable entre el servicio público y titularidad administrativa»¹⁰⁷, carezca de impacto en nuestro Derecho Administrativo, al menos por el momento. Formado en gran medida con los aportes doctrinarios europeos del segundo tercio del siglo XX, el Derecho Administrativo argentino habría alcanzado ahora —según algunas opiniones— un estado de desarrollo tal que permite hablar de su autonomía frente a sus fuentes extranjeras. Los datos estadísticos y autoritarios que lo configuraron, de los cuales el Derecho Administrativo

¹⁰⁴ En *La Regulación Económica*, Bs. As., 1996, pp. 71-72.

¹⁰⁵ Así, S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, Madrid, 1998, t. I, p. 313.

¹⁰⁶ Cfr. S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, París, 2000, pp. 157-181 y 326-335.

¹⁰⁷ MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, t. I, p. 318.

continental europeo viene desprendiéndose desde hace décadas, ya serían hoy día parte integral del Derecho Administrativo argentino, que contempla con poco interés, y fundamentalmente sin receptor, las innovaciones liberales más recientes.

No puede dejarse de lado, en el análisis, el hecho de que la mayoría de los prestadores de los grandes servicios públicos argentinos sean empresas de capital extranjero, lo que agrega un importante ingrediente diferencial al debate sobre este tema con relación al que tiene lugar en Europa. La apelación a otorgar herramientas jurídicas al Estado para controlar los apetitos de los capitales privados se vuelve patriótica cuando estos capitales son, además, extranjeros. De todos modos, no deja de ser paradoja que dos de las empresas concesionarias que peor han sido tratadas por la aplicación exagerada del Derecho Administrativo francés descrita en el presente trabajo estén controladas por accionistas franceses.

Las diferencias entre los modelos francés y norteamericano se deben, en gran medida, a un distinto enfoque cultural. El pensador francés desconfía del mercado y pone su fe en el Estado, posición exactamente inversa a la que mantiene, por lo general, el norteamericano.

El primero no podría vivir tranquilo sin saber que el Estado, a través del sistema jurídico, impone a los concesionarios de servicios públicos la obligación de continuidad en su prestación. El segundo considera ingenuo pensar que la oferta no se va a hacer presente allí donde haya demanda, sea ello jurídicamente obligatorio (que, en materia de *public utilities*, en general lo es)¹⁰⁸ o no. Obviamente, hay algo de caricatura en esta síntesis, pero ella describe, creo que acertadamente, el punto de partida de cada nacionalidad sobre el tema.

No podemos ignorar que la cultura jurídica argentina se asemeja mucho más a la francesa que a la norteamericana. Especialmente en el campo del Derecho Administrativo, la mayor dificultad del idioma inglés y de la comprensión de los sistemas del *common law* (las menciones del Derecho norteamericano en obras argentinas sobre esta materia suelen estar tomadas de las descripciones que contienen los libros españoles), así como ciertas características del Derecho anglosajón como la renuencia a enunciar reglas generales fáciles de recordar o a crear sistemas que den la idea de un todo ordenado, y principalmente esa desconfianza anglosajona hacia el Estado (cuyas leyes se suelen respetar escrupulosamente), son todas características ajenas a nuestra idiosincrasia y contrarias a nuestra predilección por las elocuentes declaraciones a favor de las potestades del Estado.

El Derecho es parte de la cultura, y la imitación del Derecho extranjero, cuando se lo aplica en el marco de una profunda diversidad

¹⁰⁸ Ver PHILLIPS, *op. cit.*, p. 119.

cultural y económica, produce resultados sorprendentemente diferentes a los que se observan en sus países de origen. Carentes de anclaje en nuestra propia circunstancia, las teorías jurídicas extranjeras terminan siendo, consciente o inconscientemente, una herramienta más en la lucha de las ideas políticas, lucha en la cual el Derecho sólo pareciera poseer valor retórico.

