

Título: El servicio público y las técnicas concesionales

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY1995-C, 1174

Cita: TR LALEY AR/DOC/20759/2001

Sumario: SUMARIO: I. Enfoque liminar sobre el servicio público. -- II. La concesión de servicios públicos a la luz del marco constitucional y principios de la Constitución de 1853/60. -- III. El proceso de reforma del Estado y la regulación económica. -- IV. Concesión y licencia. -- V. Caracteres jurídicos del servicio público. -- VI. Sobre las pautas fundamentales que rigen la aplicación e interpretación de las concesiones y licencias.

I. Enfoque liminar sobre el servicio público

Las transformaciones operadas en el plano del ordenamiento, a partir de la denominada ley de Reforma del Estado del año 1989, han ido proyectándose sobre las instituciones que constituyen los instrumentos de su efectividad real en un proceso complejo en el que se combinan y articulan las tradicionales figuras del derecho administrativo clásico con no pocas innovaciones jurídicas que responden a una diferente ideología.

Una vez más y aún luego de la reciente reforma constitucional de 1994 se advierte la incolumidad del sistema administrativo, con las adaptaciones impuestas por el proceso transformador y los nuevos fines que persiguen las normas. La conocida afirmación, formulada al filo del siglo pasado, de que mientras el Derecho constitucional pasa el Derecho administrativo queda, aparece confirmada, aunque la índole e interpretación del sistema y el alcance de la protección normativa exhiban variantes de significación.

En ese marco, el servicio público continúa siendo una pieza clave para regular las prestaciones esenciales (1) o primordiales que necesitan los habitantes, pero dentro de un diferente contexto ideológico que procura preservar los derechos fundamentales y la economía de mercado.

Ello explica la tendencia a acotar su aplicabilidad a las prestaciones de naturaleza económica tendientes a satisfacer esas necesidades primordiales de los ciudadanos gestadas por la vida colectiva, hecho que encuentra aún una mayor justificación en aquellos sistemas que han consagrado el principio de subsidiariedad.

El proceso que generó la llamada crisis del servicio público obedeció al abandono de la gestión de las actividades por parte de empresas privadas y su asunción directa por el Estado, lo que condujo a una identificación entre la función pública estatal y la gestión de los servicios públicos, fenómeno éste que impedía disociar el poder reglamentario de la gestión, aspectos estos que aparecieron muchas veces confundidos o, al menos, concentrados en la propia empresa estatal prestataria.

I.2. Ideología del servicio público

Como lo hemos señalado (2) resulta erróneo atribuir a Duguit la paternidad de la teoría del servicio público. Es más, el servicio público, no recibe una sola impronta ideológica, constituyendo una técnica instrumental que, como categoría histórica, traduce una dialéctica entre Sociedad y Estado.

En la misma línea de esa idea, ha señalado recientemente Meilán (3) que, aun cuando resulta en cierto modo paradójico, el origen de la noción doctrinaria pertenece al Decano Hauriou.

En rigor, lo cierto es que se han ido cruzando, en el campo aplicativo, básicamente dos concepciones antagónicas.

Para Hauriou el Derecho administrativo se encuentra más orientado hacia la gestión de los servicios públicos que a la pura policía (4) y constituye una noción capital de "régimen administrativo" junto con el poder público. Mientras el servicio público configura el fin que persigue la obra que lleva a cabo la Administración Pública el poder público implica el medio de realización de dicha finalidad que autolimita el poder por la "idea de servicio" (5). Como puede apreciarse, nada más lejos de la concepción socialista que desarrolló la denominada Escuela de Burdeos, con Duguit a la cabeza, la cual idealizó al Estado como titular de derechos objetivos anteriores a éste. Además, al desplazar la idea de poder público, con fundamento en una concepción pretendidamente antiautoritaria y solidarista y hacer del Estado una especie de cooperativa de servicios públicos, se dio otra paradoja pues, en definitiva, desaparecieron los límites materiales del poder público, el que pudo ser ejercido discrecionalmente por el Estado con el objeto de cumplir con sus responsabilidades sociales en aras del interés general (6).

Se ha sostenido que "la concesión del servicio público, es decir, su gestión por los particulares, es el único medio que el Estado entendía entonces para satisfacer esas demandas" ...de una sociedad cada vez más industrial y urbana (7). Sin embargo, la ideología socialista que latía en la concepción de Duguit, al transformarse en una concepción autoritaria y estatista, generó una quiebra profunda en el sistema de la concesión al punto que el Estado terminó haciéndose cargo de la gestión directa de los servicios públicos (8). Es

lo que se conoce como el proceso de nacionalización de los grandes servicios públicos (especialmente los llamados industriales o comerciales) que más tarde, en la era del Estado de bienestar, tuvo un crecimiento extraordinario, al que muy pocos países (Estados Unidos de Norteamérica) pudieron sustraerse.

A partir del proceso de transformación del Estado, en un marco ideológico que tiende a reducir la categoría del servicio público a los servicios esenciales o primordiales se observa, por una parte, un repliegue del Estado que se traduce en el abandono de la gestión directa y de otra, la aparición de la competencia como fundamento de la eficiencia basado en la ideología de la libertad de mercado, con los derechos fundamentales como límites naturales que acotan el alcance de la institución.

Esta idea que, en cierto sentido, implica una vuelta a la concepción de Hauriou, se combina con el principio de subsidiariedad y comienza a incorporarse en las legislaciones y textos constitucionales.

Un reflejo nítido de ello se advierte en nuestra Constitución Nacional reformada (en su art. 42) que impone a las autoridades proveer "a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales" y "al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos".

En una línea que guarda semejanza con la nuestra, la Constitución Española, si bien ha derogado el principio de subsidiariedad que figuraba en el derecho positivo español, ha prescripto que las empresas públicas que el Estado crea para gestionar servicios públicos precisan actuar con arreglo al principio de economía de mercado establecido en el art. 32, el que opera así como un límite de significativa trascendencia.

De todo lo expuesto se sigue que cualquier explicación sobre la evolución operada en materia de servicios públicos no puede prescindir de su punto de partida que es la figura de la concesión cuyo retorno, como consecuencia del proceso de privatizaciones llevado a cabo en Argentina y en otros lugares del mundo, demanda la adaptación del instituto a las nuevas circunstancias históricas para no caer en los errores del pasado.

II. La concesión de servicios públicos a la luz del marco constitucional y principios de la Constitución de 1853/60

La figura de la concesión (ya sea la de obra pública o la de servicio público) no tuvo recepción expresa en la Constitución de 1853/60. El viejo art. 67, inc. 16 de la Constitución Nacional (actualmente art. 75, inc. 18) no obstante la opinión de algunos [\(9\)](#) no alude a la técnica de la concesión para construir obras públicas o explotar servicios públicos sino a la competencia del Congreso para conceder privilegios y estímulos [\(10\)](#).

De todas maneras, el marco constitucional y los principios constitucionales estaba conformado por dos principios básicos: a) no existía cláusula alguna que autorizara al Estado a realizar la gestión directa de los servicios públicos y el derecho de ejercer actividades de naturaleza económica sólo resultaba reconocido en forma expresa a favor de los particulares (como lo prescribe el art. 14, Constitución Nacional, precepto que se ha mantenido incólume después de la reforma constitucional), b) el Estado garantiza el goce y ejercicio de los derechos individuales y, en especial, consagra la inviolabilidad del derecho de propiedad (art. 17, Constitución Nacional), disponiendo que toda expropiación sólo puede proceder "por causa de utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizada".

En ese contexto y de acuerdo a las ideas entonces imperantes era lógico suponer que la realización de las obras y el otorgamiento de las concesiones de servicios públicos [\(11\)](#) --cuyo fondo jurídico es común [\(12\)](#)-- se llevará a cabo a través del otorgamiento de concesiones a empresas privadas.

Así, se otorgaron concesiones para la construcción de las obras y la explotación de los principales servicios públicos (v. gr. transporte ferroviario, electricidad, gas tranvías, subterráneos, etc.) excepto en materia de los servicios de agua corriente (en el orden nacional) y del de correos (art. 67, inc. 13, Constitución Nacional) que gestionó el Estado en forma directa.

No obstante la ideología liberal que informaba al sistema constitucional y frente a la crisis que padecían las antiguas concesiones se realizó, durante el advenimiento del primer gobierno justicialista, un proceso de nacionalización de los principales servicios públicos nacionales (ferrocarriles, transporte tranviario, gas, etcétera).

En esa línea estatista, la reforma constitucional de 1949, dejada sin efecto seis años después, había incorporado principios opuestos a los establecidos en la Constitución de 1853/60 [\(13\)](#).

Lo cierto es que muchas de las concesiones de servicios públicos que operaban empresas privadas se encontraban jaqueadas por una serie de circunstancias, no todas de naturaleza estrictamente jurídica. Por su parte, la conflagración bélica (1939-1945) había dificultado e impedido la importación de capitales, equipamientos y nuevas tecnologías, afectando incluso la posibilidad de incorporar recursos humanos del exterior en las áreas gerenciales, todo lo cual había generado una situación de obsolescencia empresarial. Pero, por la otra, las empresas concesionarias enfrentaban también no pocos problemas judiciales y existía una

tendencia --tanto en la política como en la doctrina-- a sacrificar los derechos de los concesionarios en aras de un vago e indefinible interés público aun cuando, en algunos casos, la situación jurídica de los concesionarios fuera insostenible (14).

El resultado de ese proceso fue que el Estado como empresario público, que gestionaba directamente los distintos servicios, transformó la idea de servicio en un poder de dominación ejercido a través de las estructuras burocráticas de las empresas estatales (15), directamente aliadas con los sindicatos. De esa manera y salvo contadas excepciones (v. gr. la gestión del ingeniero Pérez al frente de Gas del Estado) las empresas públicas contribuyeron a la anquilosis institucional del Estado, que fue una de las causas que condujo la crisis terminal que padecimos en 1989 (con una tasa de inflación de alrededor del 200 % mensual).

Durante todo ese período la gestión estatal directa (aunque a través de sus empresas) tuvo como notas comunes un abultado déficit de explotación, disminución de las inversiones necesarias, servicios insuficientes y de baja calidad; exceso de personal, mal trato al público en general y una situación de corrupción generalizada.

II.1. La interpretación doctrinaria y jurisprudencial

En el plano jurídico prevalecieron las concepciones de Duguit y, sobre todo, de Jèze, que tuvieron recepción en la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados celebrada en Tucumán en el año 1936, donde se aprobó un proyecto de bases y principios del régimen de la concesión de servicios, que no tuvo, sin embargo, sanción legislativa (sus inspiradores fueron Bielsa y Villegas Basavilbaso)(16).

Como es sabido, Bielsa, seguidor de la Escuela de Burdeos, aunque también se apoyó en Mayer (17) y hasta en Hauriou, era partidario de la concepción mixta, que veía en la concesión de servicios públicos dos situaciones jurídicas diferentes, ambas de naturaleza objetiva, una de carácter legal o reglamentario y, otra, de naturaleza contractual (18). Mientras la situación legal o reglamentaria comprendía lo concerniente a la organización y funcionamiento del servicio la situación contractual o convencional versaba sobre la retribución económica del concesionario (régimen financiero, plazo, etcétera).

La reacción contra esa corriente doctrinaria, cuya tendencia interpretativa era francamente adversa a los concesionarios, vino a realzar el papel del contrato en la relación entre el concesionario y el Estado. En tal sentido, se considera que la concesión de servicios públicos configura un contrato administrativo, "stricto sensu", de estructura homogénea y única que tiene naturaleza contractual en todos sus aspectos (19).

Y, con respecto a la denominada situación legal o reglamentaria, se ha sostenido que las consecuencias de la sumisión del concesionario (con sus debidos límites) a la potestad reglamentaria del concedente deriva del carácter administrativo del contrato de concesión (20).

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, bajo la vigencia de la Constitución de 1853/60, abordó en diferentes fallos lo concerniente al carácter de la concesión de servicios públicos adoptando una línea jurisprudencial orientada a establecer los límites dentro de los cuales debe ejercerse los derechos de los concesionarios privados.

En esa línea declaró nuestro Alto Tribunal: 1) Que en la concesión no existe la absoluta libertad para fijar el precio de los servicios (Fallos: 146:207); 2) que el concesionario se encuentra sometido por el carácter de su actividad a un contralor especial de la autoridad administrativa (Fallos: 136:161); 3) que la medida y extensión de los derechos y deberes del concesionario, con las modificaciones impuestas por el poder de policía, queda determinada por el contenido del acto de concesión (Fallos: 141:190 y sigtes.) y 4) en caso de duda sobre la existencia de un derecho o privilegio a favor del concesionario la interpretación debe ser restrictiva (Fallos: 149:218 y siguientes).

Pero también la Corte, al referirse a la naturaleza del derecho del concesionario, sostuvo que los derechos emergentes de una concesión "se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio" (Fallos: 158:268).

Como consecuencia derivada de esa protección constitucional la Corte Suprema declaró "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" (Fallos: 145:307).

III. El proceso de reforma del Estado y la regulación económica

A raíz del proceso de transformación del Estado, la regulación económica asume un papel de gran trascendencia en el plano de las relaciones que vinculan tanto al Estado con los distintos actores del mercado prestador de servicios como a las empresas concesionarias o licenciatarias con sus clientes. Es indudable que la

privatización ha sido la causa principal de este fenómeno pero también es cierto que la operación privatizadora no resuelve, en sí misma, toda la compleja problemática que actualmente se plantea en los planos jurídico, económico y hasta político. Es tan solo su punto de partida.

Y en medio de este escenario, donde nuevos marcos legales y reglamentarios introducen grandes innovaciones sobre los esquemas tradicionales del derecho administrativo y hasta se discute acerca de la supervivencia del servicio público como institución jurídica apta para regir este proceso, aparecen los entes reguladores, cuya función básica y esencial consiste en actuar como factores de equilibrio recomposición de los diferentes intereses en juego, sin perjuicio de la posibilidad de que los afectados por sus decisiones promuevan el control judicial en defensa de sus derechos.

El sistema que rigió en Argentina desde 1946 hasta 1989 se caracterizó por la concentración de los poderes regulatorios en las propias empresas estatales prestatarias de esos servicios, sin dejar de reconocer un margen para el ejercicio del poder de policía por parte de los órganos de la Administración Central, margen que, en la práctica, no impidió los constantes desequilibrios financieros ni los abusos y arbitrariedades en que solían incurrir los funcionarios de turno.

Ese estado de cosas ha sufrido un cambio radical a raíz del proceso de transformación del Estado, a partir del cual se perfilan nuevas funciones de éste regidas por el derecho administrativo. Una de estas funciones es, sin duda, la concerniente a la regulación económica de los servicios públicos, cuyo fundamento y medida se debe regir por el principio de subsidiariedad (21). En este contexto aparecen, en forma contemporánea a la privatización de la gestión de los servicios públicos, los marcos regulatorios de cada una de las actividades junto a los entes creados por el Estado para aplicar esas regulaciones y entender, en una especie de instancia administrativa de naturaleza jurisdiccional, en los conflictos que se suscitan entre las empresas concesionarias o licenciatarias de los servicios y los usuarios. Precisamente, esta última característica de la actividad de los entes regulatorios requiere que, en su composición, se observen dos condiciones esenciales: La idoneidad técnica de sus miembros y su independencia funcional (22).

Estos entes regulatorios, cuyos antecedentes se remontan al derecho estadounidense, han sido creados como personas administrativas con competencia especial y personalidad jurídica propia, sin perder con ello la Administración el ejercicio de los poderes clásicos de tutela, como tampoco las facultades inherentes a la policía, ni las derivadas de su condición de parte en el vínculo que la une al prestatario del servicio público (concesión o licencia).

III.1. El artículo 10 de la ley 23.696. Desregulación y desmonopolización.

Uno de los preceptos capitales de la ley de Reforma del Estado (Adla, XLIX-C, 2444) es, sin duda, la prescripción contenida en su art. 10, que permitió al Poder Ejecutivo eliminar las trabas legales que dificultaban las operaciones de privatización y estimular la competencia en diversos sectores de la economía que se encontraban regulados.

Por esa norma legal se faculta al Poder Ejecutivo "para disponer, cuando fuere necesario, la exclusión de todos los privilegios y/o cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias aun cuando derivaren de normas legales, cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización o que impida la desmonopolización o desregulación de servicios".

En base a dicha disposición legal el Poder Ejecutivo procedió a derogar numerosas regulaciones legales, utilizando la técnica de la delegación, cuya constitucionalidad fue reconocida por la Corte Suprema en el caso "Cochia" (La Ley, 1994-B, 643) (23).

La ley enuncia de ese modo el principio antirregulatorio como filosofía a tener en cuenta en el proceso de privatización y, en general, en toda clase de servicios o actividades que presten los particulares (24). Su finalidad guarda también armonía con el nuevo art. 42 de la Constitución Nacional en cuanto impone a las autoridades el deber constitucional de proveer "a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados" y "al control de los monopolios naturales y legales".

El principio antirregulatorio no impide la regulación de ciertas actividades, cuando no se dan las condiciones para una competencia plena o perfecta o hay posiciones dominantes en el mercado o bien, cuando existen razones de economía y eficiencia. Pero la regulación debe tener siempre base legal expresa --en tanto implica reducir los márgenes de libertad e imposición de cargas y obligaciones-- sin que quepa admitirse la configuración de poderes regulatorios implícitos ni inherentes. En este sentido, el principio de la especialidad de la competencia para dictar reglamentos y actos administrativos, se encuentra limitado por la exigencia del texto legal expreso, por imperio constitucional (art. 19, Constitución Nacional).

Ahora bien, ciertos servicios públicos no se pueden prestar bajo un régimen total de libre competencia (o

competencia perfecta), ya sea en virtud de su propia naturaleza, grado de eficiencia u ordenamiento territorial, o bien, por razones de índole económica. En esos casos, aparece la necesidad jurídica de dictar los marcos regulatorios de esas actividades, cuyas prescripciones deben adaptarse, en la mayor medida posible, al nuevo sentido que asume la regulación económica.

III.2. Sentido de la regulación económica

La regulación económica constituye una de las funciones esenciales del Estado subsidiario que se configura básicamente --en su dimensión normativa-- como una típica emanación del denominado poder de policía. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad en el campo económico a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos (y demás actividades privadas de interés público que capta el derecho administrativo) con los intereses de la comunidad (entre los que se ubica la protección de los usuarios).

Su necesidad aparece como un correlato del servicio público con el objeto de armonizar los poderes de los prestatarios con el interés de los clientes o usuarios y, más todavía, con el interés más genérico de la comunidad, interés público en suma. Desde luego que ni el grado ni la intensidad de la regulación pueden ser ilimitados ni absolutos, siendo mayor en aquellos supuestos donde existan situaciones de monopolio o de exclusividad, aunque no todo servicio público posee "per se" estas características. En menor grado, también están alcanzadas por las regulaciones administrativas las llamadas actividades de interés público.

Pero, la regulación económica tiene hoy día un nuevo sentido, como consecuencia de asignarle, entre otras, la función de estimular y proteger la libre competencia en beneficio de los consumidores, lo que conlleva adoptar, en forma previa o concomitante, una política de segmentación de los diversos mercados --en tanto sea posible-- junto a la desregulación de las actividades comerciales o industriales, con el fin de sustentar las libertades básicas del mercado. De lo contrario, el ámbito donde se encuentran oferta y demanda recibiría señales falsas o artificiales alterándose el sistema natural de formación de los precios y las condiciones de las transacciones que inciden sobre ellos. Se sabe, por la experiencia de los sistemas interventores, que el costo de los mecanismos estatales que inciden artificialmente sobre el mercado termina siendo pagado por la propia comunidad, sobre cuyos miembros recaen los efectos nocivos de una economía ineficiente.

Ahora bien, el sentido actual que asume la regulación económica --desarrollada con una intensidad mayor en el campo de los servicios públicos-- no implica que el Estado abdique de las otras finalidades básicas establecidas en los diferentes marcos regulatorios. Esas finalidades se centran en los aspectos siguientes: I) asegurar la estabilidad de los suministros; II) alcanzar grados óptimos de eficiencia y calidad en los servicios (25) y III) proteger las libertades de los usuarios (un ejemplo de ello es la regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales).

III.3. Regulación económica de los servicios públicos. Supervivencia del servicio público como institución jurídica: Su misión

Lo primero que se observa es que el objeto de la regulación económica se circunscribe a las actividades vinculadas a la satisfacción de necesidades cuyo régimen de prestación aparece regulado por el derecho público. En unos casos, las necesidades son de primer orden, es decir primordiales (servicios públicos), mientras que en otras son meramente generales (actividades de interés público).

Es evidente también que la concepción del servicio público, concebida originariamente por Hauriou y no por Duguit (26), como algunos creen (27), ha vuelto a constituir uno de los ejes centrales del derecho público moderno, despojada de la ideología socialista que le imprimió la llamada escuela de Burdeos.

En esa línea, se ha abandonado la concepción global y amplia del servicio público para refugiarse en un concepto más restringido aunque de mayor precisión jurídica. Se trata de limitar el servicio público a las actividades que satisfacen necesidades primordiales de los habitantes mediante prestaciones de naturaleza económica, previa declaración legislativa.

La explicación de este proceso, que circunscribe al servicio público a su cauce original, responde a una serie de razones. Una, que las actividades que satisfacen necesidades de interés público que no revisten carácter primordial y que admiten la posibilidad de segmentar el mercado y practicar la competencia, pueden prestarse de un modo más eficiente en base a un régimen predominante privado, sin soportar las consecuencias del régimen exorbitante (28) que tipifica el servicio público. A su vez, la institución del servicio público, acotada a las prestaciones de naturaleza económica, permite mantener la lógica interna de los principios que informan su régimen jurídico unitario, el que no guarda semejanza con los llamados servicios sociales o asistenciales ya que, en estos últimos, carecen de sentido muchas de las figuras y caracteres que configuran la noción (ej.: tarifas, equilibrio de las prestaciones, etcétera).

De otra parte, también es preciso que los órganos legislativos de la comunidad sean los competentes para declarar la incorporación de una actividad al régimen del servicio público con el objeto de que esta declaración normativa se nutra de una necesaria y suficiente legitimidad política.

Al adoptarse esta decisión hay que tener en cuenta, asimismo, que con ella se sustrae una determinada actividad del ámbito de las libertades económicas para someterla a una regulación pública más intensa, lo que conlleva el riesgo de erosionar el principio de subsidiaridad que indica, en este caso, que cuando la titularidad puede ser privada y realizarse la respectiva actividad por los particulares o grupos intermedios con una menor intervención estatal, ha de acogerse esta opción.

En resumidas cuentas, la supervivencia del servicio público, como institución jurídica, se hace patente en la Argentina a raíz del proceso de privatizaciones impulsado desde la sanción de la ley de Reforma del Estado en el año 1989 y ha sido confirmada tanto a la luz de las declaraciones legislativas posteriores incorporadas a los marcos regulatorios de cada sector como a la Constitución recientemente formada, cuyo art. 42 prescribe, entre otras cosas, el deber legal, a cargo de las autoridades, de proveer a la calidad y eficiencia de los servicios públicos (29). Su principal misión consiste en que a través de la satisfacción de las necesidades primordiales se contribuye a mejorar la dignidad y la calidad de vida de los habitantes. El Estado actúa, en este aspecto, como garante y responsable del buen funcionamiento de los servicios públicos(30) asegurando su continuidad y regularidad(31).

IV. Concesión y licencia

Al referirse al vínculo que une al prestatario del servicio público con el Estado, los marcos regulatorios utilizan, indistintamente, la figura de la licencia (Ej.: ley 24.076) y la de la concesión (ley 24.065 --Adla, LII-A, 82--).

El paradigma de lo típicamente contractual es el contrato de concesión de servicios públicos o la concesión de obra pública y si bien durante algún tiempo se sostuvo, por influencia de la escuela francesa, la tesis del acto mixto (donde la relación jurídica se consideraba mitad reglamentaria y mitad contractual), nuestra doctrina se ha inclinado por la concepción del contrato administrativo (32). Toda concesión es constitutiva de derechos e implica que la administración transfiere a un particular una atribución o poder que le pertenece iure proprio (33).

Aún dentro de la técnica concesional, la figura de la licencia no trasunta per se una vinculación contractual, ni la idea de monopolio o exclusividad total o parcial de un servicio, ni tampoco las clásicas cláusulas de reversión o de rescate que son propias de la concesión (34). Tiene, además, la ventaja de generar relaciones bilaterales de inmediato, haya o no reciprocidad, sin necesidad de formalizar un contrato. A diferencia de la autorización, no puede suponerse aquí la configuración de derechos preexistentes ya que el derecho del licenciatario constituye un derecho ex novo que nace con el acto administrativo de otorgamiento, lo que hace que la licencia sea siempre, al igual que la concesión, constitutiva de derechos y no declarativa, como es, en cambio, la autorización.

La figura de la licencia, que posee una mayor estabilidad que los llamados permisos, ha sido específicamente incorporada a nuestro Derecho positivo en el ordenamiento que rige en materia de telecomunicaciones(35) y radiodifusión (36).

En realidad, cuando la licencia tiene origen contractual, constituye, en el fondo, una concesión de servicios públicos con modalidades propias, cuyas reglas y principios resultan directamente aplicables a la denominada licencia (37).

V. Caracteres jurídicos del servicio público

Las necesidades colectivas que se satisfacen por el procedimiento del servicio público y que justifican la publicatio o, en su caso, la declaración legislativa de una determinada actividad que desarrolla los particulares como "servicio público impropio", conducen a la institución de un régimen jurídico peculiar, que no es otra cosa que un aspecto del llamado "régimen exorbitante" o típico del Derecho administrativo, constituido por una serie de prerrogativas, obligaciones y garantías(38). Cuando el servicio público se encuentra prestado por el propio Estado en forma directa, ese régimen es parte de la función administrativa, aun cuando dentro de ésta posee caracteres específicos que lo tipifican y lo distinguen de otras formas de acción de la Administración Pública (v.gr. policía). Lo peculiar es aquí la extensión del régimen administrativo de la actividad a los particulares que prestan un servicio público (v.gr. servicio de taxis o de transporte colectivo).

Importa advertir también que, en virtud de que las reglas generales que rigen el funcionamiento de los servicios públicos no se encuentran muchas veces legisladas de un modo expreso, el régimen jurídico se configura igualmente sobre la base de determinados principios generales del Derecho(39), como el de la continuidad del servicio público, el cual se desprende de la naturaleza de la propia actividad que hay que

satisfacer de un modo intermitente.

Veamos, en lo que sigue, algunos (40) de esos principios fundamentales:

a. El principio de la continuidad del servicio público, Las huelgas en los servicios esenciales

Si la causa que legitima la existencia de un servicio público es una necesidad colectiva de tal entidad que no puede satisfacerse de otra manera que mediante la técnica de esta institución, el modo de asegurar que la prestación se haga efectiva es, precisamente, la regla de la continuidad.

Según este principio (41), el servicio público ha de prestarse sin interrupciones; sin embargo, ello no implica en todos los supuestos, la continuidad física de la actividad, pues sólo se requiere que sea prestada cada vez que aparezca la necesidad (v.gr. servicio público de extinción de incendios).

La continuidad del servicio público se protege por dos medios, a saber:

a) Por la posibilidad de que la administración proceda a la ejecución directa del servicio cuando este sea prestado por particulares, y

b) Por la reglamentación del derecho de huelga en los servicios públicos (42) sobre la base de que, en principio, la huelga se encuentra limitada por las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos (43) al igual que los paros patronales. En este sentido, tanto el ordenamiento positivo de Argentina como el de otros países han instituido el arbitraje obligatorio como un modo de solucionar los conflictos colectivos que puedan ocasionar la suspensión, paralización y negación de los servicios públicos esenciales (44).

Es sabido que el reconocimiento del derecho de huelga, producido en este siglo, es obra del constitucionalismo social que lo ha incorporado en muchas constituciones modernas(45). De ese modo, la huelga, de ser un hecho por lo común antijurídico, pasó a convertirse en un derecho de jerarquía constitucional o, al menos, legal en aquellos países, como los Estados Unidos (46), que no lo han incorporado a su carta constitucional.

En rigor, esta última debió haber sido también la orientación de nuestro Derecho positivo si hubiera seguido fiel al modelo otorgado, pero los constituyentes que aprobaron la reforma constitucional de 1957 lo incorporaron a la Constitución Nacional, en el agregado que efectuaron al art. 14, como un derecho garantizado a los gremios (47). Su inserción en el citado artículo constituye un verdadero injerto y ha venido a plantear una honda problemática jurídica (aún no resuelta totalmente en nuestro país) ya que el status constitucional del derecho de huelga aparece en colisión directa con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, produciendo una importante fractura en el sistema de garantías, al que le resta la vigencia y operatividad.

Toda huelga afecta no solamente los derechos de los patrones o empresarios --las llamadas libertades económicas y el derecho de propiedad-- sino también la libertad de trabajo de los dependientes (derechos todos cuya efectividad la Constitución reconoce y garantiza en los arts. 14, 17, 19 y 28).

Pero, además, y esto es lo que no ha sabido verse con claridad hasta hace poco tiempo, la huelga daña profundamente el tejido social, careciendo de sentido considerarla bajo la óptica de una relación interpretativa, porque tanto su extensión como sus objetivos y formas de ejecución rebasan la perspectiva particular de las relaciones entre empresarios y trabajadores, para ingresar decididamente en el ámbito de lo público.

Esta calidad pública que posee la huelga se refleja con mayor intensidad cuando se trata de la prestación de servicios esenciales para la población, ya que si el trabajo humano goza --en el plano de los valores-- de prelación sobre los demás factores económicos(48) el Estado no puede tolerar, sin agravio a la justicia, que grupos, sectores o corporaciones abusen de su poder para impedir el trabajo que otros necesitan realizar para subsistir y mejorar sus condiciones de vida.

En ese plano, las huelgas perjudican, directa o indirectamente, a todos los habitantes en su condición de proveedores, usuarios, consumidores, etcétera, impedidos de trasladarse de un lugar a otro, comunicarse con un semejante o atenderse en un establecimiento sanitario, para citar algunos de los ejemplos más reiterados.

Y esa mirada sobre la faceta pública de la huelga nos muestra la profunda desproporción que existe entre el sacrificio de unos y otros, entre los beneficios individuales o corporativos y los de la sociedad en su conjunto, poniendo en evidencia los graves daños económicos y sociales que provoca un conflicto colectivo, máxime cuando interrumpe la continuidad de los servicios públicos.

Lo que se halla en juego entonces es la privación del bien común cuya protección está confiada a los gobernantes. Por eso, en la naturaleza del derecho de huelga ha de verse la de un derecho secundario cuyo ejercicio no implica el ejercicio de una facultad normal derivada de una auténtica y primaria libertad, no configura, pues, un derecho fundamental ya que no podría concebirse la existencia de un derecho pleno para frustrar las libertades esenciales de las personas. ¿Cuál es entonces la real naturaleza de este derecho? La clave

de su sustancia jurídica, evidentemente, consiste en concebir a la huelga como un derecho de excepción, un remedio extremo (49), cuyo fundamento radica en el estado de necesidad que sufren los trabajadores o empleados. Su legitimidad no es de principio sino que irrumpe en el plano del Derecho como un instituto jurídico de carácter excepcional.

El ejercicio del derecho de huelga se encuentra, entonces, siempre condicionado o limitado por el bien común que debe marcar, a través de la legislación, la línea divisoria entre su legítimo ejercicio y el abuso del derecho.

Este punto de vista ha sido sostenido, reiteradamente, en las encíclicas papales, donde se ha sentado la doctrina de que cuando alcanza a servicios esenciales la continuidad de éstos ha de asegurarse mediante reglamentaciones adecuadas, ya que si el abuso de la huelga conduce a la paralización de toda la vida socio-económica esto resulta contrario al bien común de la sociedad, de cuya naturaleza participa el trabajo mismo (50).

El ordenamiento argentino actual ha acentuado los mecanismos de protección de los derechos de los usuarios y de los habitantes a través de la regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales (51), dejando un margen bastante estrecho para su ejercicio, en un sistema donde se combinan adecuadamente los procedimientos de prevención y conciliación, el deber de acordar los servicios mínimos, la potestad pública sobre éstos y el arbitraje obligatorio.

La regulación vigente, aparte de la definición de estos últimos (52) y su encuadramiento en un régimen limitativo, pone el acento en la faz procedimental con el objeto de frenar la agudez del conflicto a fin de encauzarlo en una fórmula de solución civilizada, es decir, donde operen razones de justicia y no la fuerza emergente de las medidas directas.

Las instituciones fundamentales y requisitos más destacables del procedimiento que se debe observar por parte de las organizaciones sindicales y de los trabajadores, tanto en la etapa previa a la adopción de medidas de acción directa como durante el conflicto colectivo, son de variada naturaleza y generan efectos diferentes;

a) El preaviso mínimo: La utilización de esta técnica ha sido contemplada en el dec. 2184/90 (Adla, L-D, 3809) el cual prescribe un preaviso de cinco (5) días con anticipación al plazo establecido en el art. 11 de la ley 14.786 (Adla, XVIII-A, 319) (53), con la obligación de comunicar, tanto a la autoridad laboral como a la contraparte, el detalle de las medidas de acción directa.

b) El arbitraje obligatorio: Conforme el art. 9; del dec. 2184/90 el arbitraje obligatorio procede en dos supuestos claramente tasados: 1) ante el fracaso de la instancia de conciliación, y 2) cuando las medidas de acción directa se llevasen a cabo sin respetar las prestaciones de servicios mínimos convenidos o establecidos por la autoridad de aplicación. El procedimiento y sus alcances están definidos en la ley 16.936 (modificada por la ley 20.638 --Adla, XXVI-B, 791; XXXIV-A, 136--).

En lo concerniente a la determinación de los servicios mínimos, se ha consagrado un sistema donde se entremezclan técnicas de autorregulación con la potestad de la autoridad administrativa de trabajo para decidir acerca de su configuración en cada caso concreto, frente a un conflicto colectivo que afecta a las prestaciones correspondientes a los servicios esenciales.

En efecto, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que es la autoridad de aplicación del citado cuerpo normativo (54), puede establecer los servicios mínimos en caso de desacuerdo de las partes en conflicto y observar lo convenido sobre dichos servicios, "si entendiera que éstos pueden resultar insuficientes o inadecuados" (55). De igual modo el referido decreto atribuye esta facultad a la autoridad administrativa en aquellos supuestos en los cuales "mediante convenio colectivo o acuerdo de empresas se hubiese preestablecido la prestación de servicios mínimos" (56).

En cuanto a la habilitación a la autoridad competente a declarar la ilegalidad de la huelga, el nuevo ordenamiento no sólo faculta, sino que le impone a la autoridad de aplicación el deber legal de declarar la ilegalidad de las medidas de acción directa ante la no observancia de lo prescripto en las leyes 14.786 y 16.936, modificadas por la ley 20.638 (57).

En suma, el ordenamiento argentino supone, como punto de partida, que los derechos constitucionales de los usuarios a ejercer sus libertades (contempladas en el art. 14, Constitución Nacional) poseen un rango superior de protección constitucional que el derecho de huelga reconocido a los gremios por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, según el texto sancionado por la Convención Constituyente de 1957.

b. La regularidad del servicio público

Si bien para un sector de la doctrina la regularidad constituye una consecuencia del principio de la

continuidad del servicio público (58) lo cierto es que son dos reglas diferentes. En efecto, si la regularidad se refiere a la prestación del servicio de acuerdo a las reglas que surgen del reglamento que rige el servicio o del contrato de concesión (en su caso), bien puede ocurrir que dicha prestación se lleve a cabo de manera continua pero irregular. Por ese motivo, el llamado impropio "trabajo a reglamento" que practican determinados sindicatos (que consiste en una interpretación literal o rigurosa de ciertas normas o en interpretarlas de mala fe) configura una afectación del principio de la regularidad (59).

c. El principio de la igualdad

La igualdad, entre nosotros, se encuentra reconocida en el art. 16 de la Constitución Nacional que prescribe que todos los habitantes son iguales ante la ley; sin embargo, vinculado con el principio general del Derecho que constituye la base del citado precepto, dicha igualdad se extiende ante la administración (60) y frente a los prestatarios del servicio público que al colaborar con la función administrativa se someten a su régimen exorbitante.

De ese modo, la igualdad juega como una garantía para los usuarios del servicio en el sentido del derecho que poseen a que les dispense igual tratamiento, jurídico y económico, sin efectuar discriminaciones, a menos que éstas se funden en la desigual condición o situación en que objetivamente se encuentra cada usuario. La igualdad se refiere tanto al acceso al servicio como al precio o tasa que perciba el prestatario.

En general, la aplicación del principio de igualdad, que no presenta mayores inconvenientes cuando se trata de actividades regidas por un estatuto o reglamento, suele plantear algunos problemas cuando el vínculo entre el usuario y quien presta el servicio es de naturaleza contractual. En tales casos, la igualdad no debe considerarse conculcada cuando se pactan precios diferentes en función de la magnitud de las prestaciones, lo que suele ocurrir en el servicio de energía eléctrica (61).

d. La obligatoriedad

La configuración del régimen jurídico del servicio público quedaría desprovista de sentido si no se asegurara la prestación efectiva del mismo y la consecuente satisfacción de las necesidades colectivas. A ello tiende, precisamente, el principio de la obligatoriedad que predica no sólo una vinculación entre el Estado y el prestatario (en los supuestos de los llamados servicios públicos impropios) sino el derecho de los usuarios que utilizan el servicio para reclamar ante quienes lo prestan (ya sea el Estado o los particulares) su realización efectiva (62).

VI. Sobre las pautas fundamentales que rigen la aplicación e interpretación de las concesiones y licencias

El encuadre y adaptación de las técnicas concesionales al proceso de transformación del Estado requiere adoptar un conjunto de pautas que hacen a la interpretación de las relaciones contractuales tendientes a superar los obstáculos que presentan los antiguos esquemas concesionales en su faz aplicativa.

La introducción de las reformas e innovaciones al sistema concesional requiere de nuevas pautas interpretativas que se adapten a las finalidades públicas que se persiguen porque es evidente que esas reformas y sus instituciones no pueden ser interpretadas ni, por ende, aplicadas a la luz de principios de un derecho administrativo de corte autoritario que contradicen al nuevo esquema, sin dejar de advertir que muchas de esas arcaicas concepciones e interpretaciones socialistas y estatistas, contribuyeron, en gran medida, al fracaso y crisis de la figura concesional. En este sentido, cuadra recordar que la idea del poder de la dominación del Estado sobre el concesionario debe dejar paso a la idea de servicio, la que pasa a convertirse en el eje central de todo el sistema.

En esa línea, ya no puede sostenerse (menos aún después de las privatizaciones) que el Estado sea el único gestor del interés público, ya que esa gestión está a cargo de los concesionarios. La función estatal se circunscribe, básicamente, al control de las condiciones acordadas para la explotación y a una regulación razonable que constituya un estímulo para las inversiones, privilegiando el consenso antes que la imposición.

Ni los contratos de concesión ni los denominados de licencia constituyen acuerdos fijos e inmutables ya que su mutabilidad consensuada (63) configura un contrato en marcha, que contiene una suerte de vínculo asociativo. A la concesión de servicios públicos no se le pueden aplicar sin más las reglas que rigen en los contratos de obra pública ni en los de suministro, donde el intercambio de prestaciones se perfila nítidamente al momento del nacimiento del vínculo contractual.

A su vez el principio de la flexibilidad en la interpretación de los pliegos y cláusulas contractuales hace posible ajustar la concesión a la idea de servicio introduciendo, de común acuerdo con el concesionario, todas las modificaciones que demanden el cambio de circunstancias y el interés público, representado en este caso por el objetivo de alcanzar la máxima eficiencia y calidad de las prestaciones. Es precisamente, en este marco,

donde se desenvuelve la protección de los usuarios que no se ciñe al usuario actual y determinado, sino también, fundamentalmente, al usuario futuro y potencial y aún, en aquellas concesiones con determinados plazos de vigencia, a las generaciones futuras. La regla de oro es que la mayor protección consiste en exigir el cumplimiento de las inversiones básicas convenidas y en estimular las complementarias sin apegarse a la literalidad de los esquemas establecidos originariamente.

En forma paralela, la asunción de los riesgos de explotación, que es típica de la concesión, implica la necesidad de adaptar las construcciones de la teoría del contrato administrativo, tendientes a desplazar el principio de "riesgo y ventura".

Por otra parte, los reglamentos y actos unilaterales que se dicten en ejercicio de los poderes regulatorios se encuentran vinculados al principio de inalterabilidad esencial de la ecuación económico-financiera de la concesión (64), el que actúa como garantía tanto de la inversión realizada como de las nuevas inversiones destinadas a la incorporación de capitales y tecnologías.

Porque no habrá inversiones si ellas no son rentables. La rentabilidad no puede verse como algo intrínsecamente desventajoso para la economía que tenga que limitarse "per se" por el Estado sino como el motor de las inversiones que permite combinar la eficiencia con la calidad de los servicios y alcanzar los mejores niveles de competitividad internacional.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) las califica MEILAN GIL en un estudio reciente, "El servicio público en el derecho actual", R.E.D.A., en prensa, Buenos Aires, 1995.

(2) "Reflexiones sobre la Regulación Económica y el Servicio Público", ED del 8 de febrero de 1995.

(3) cit., punto II.1.

(4) Maurice, "La gestion administrative", trad., española publicada bajo el título "Obra escogida", p. 71.

(5) de Droit Administratif et de droit public général", París 1927, 11a. ed. en publicación citada en nota anterior, p. 117.

(6) ha dicho que "el servicio público como técnica jurídica nace en el ambiente creado como consecuencia de un determinado entendimiento de las relaciones entre Estado y Sociedad, en cuya construcción teórica habría que citar, además de a Rousseau, a Locke y a Hegel" (cfr. MEILAN GIL, José Luis, op. cit., Cap. II, punto 3).

(7) MEILAN GIL, José Luis, "La cláusula de progreso en los servicios públicos", p. 20 y sigtes., Madrid, 1968.

(8) situación similar vivió nuestro país a raíz del predominio de las tesis propugnadas por el maestro Bielsa.

(9) otros: DIEZ, Manuel María, "Derecho Administrativo", t. III, p. 296, Buenos Aires, 1967.

(10) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-B, N° 1164, p. 616, Buenos Aires, 1983.

(11) distinción entre la concesión de obra pública y la de servicios públicos radica, para Fanelli Evans, en el hecho de que en la primera, el "opus" constituya la prestación principal de la concesión (v.gr. FANELLI EVANS, Guillermo E., "La concesión de obra pública", p. 22, Buenos Aires, 1989).

(12) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. III-B, N° 1152, p. 588.

(13) 40, Constitución Nacional de 1949. En lo pertinente, el citado precepto prescribió: "Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallen en poder de los particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine".

(14) de los casos más controvertidos fue la Concesión del Puerto de Rosario, véase al respecto ORIA, Salvador, "Ultimos discursos", p. 140 y sigtes., Ed. Emecé, Buenos Aires, 1983.

(15) que generó la llamada crisis del servicio público, agravada por una marcada tendencia hacia un régimen autoritario que terminó confundiendo el interés público con el interés de la Administración (véase al respecto la crítica formulada en su momento por GORDILLO, "Derecho Administrativo de la Economía", ps. 237-242, Buenos Aires, 1967).

(16) 61-90 y sigtes., sección doctrina.

(17) rigor, la tesis de Mayer no puede confundirse ni asimilarse a la de Duguit-Jeze; ver al respecto: RAMOS, Juan P., "La concesión de servicios públicos", p. 173 y sigtes., Buenos Aires, 1937.

(18) BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", t. I, ps. 367-368, Buenos Aires, 1947; DIEZ, Manuel María, "Derecho Administrativo", t. III, ps. 269-270, Buenos Aires, 1967.

(19) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. III-B, p. 601, quien ha sido el exponente principal de la tesis contractual acerca del contrato de concesión de servicios públicos y de sus ventajas, lo que lo convierte, sin duda, en precursor de los cambios operados con la reaparición del instituto y su aplicación a los grandes servicios públicos.

(20) Miguel S., op. cit., t. III-B, ps. 602-603.

- (21) principio de subsidiariedad sólo justifica la regulación en la medida en que sea necesario que el Estado deba intervenir (con su actividad legislativa y reglamentaria) para garantizar la continuidad y regularidad de los servicios públicos y armonizar las relaciones entre los prestadores del servicio y los usuarios. En cambio, cuando el funcionamiento del mercado permite la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, sin que concurren posiciones dominantes que lo distorsionan, la regulación carece de sentido como así también cuando es posible la llamada autorregulación o los acuerdos entre los sectores involucrados. Los mecanismos espontáneos o de consenso resultan siempre preferibles a cualquier regulación proveniente de los funcionarios, muchas veces alejada de la realidad o influida por criterios tanto políticos como ideológicos. Sobre el principio de subsidiariedad en los servicios públicos: GONZALEZ NAVARRO, Francisco, "El servicio público y el principio de subsidiariedad", pronunciada en Mendoza el 12/10/94, en prensa. Ver también: SARMIENTO GARCIA, Jorge, "Noción y elementos del servicio público", en el libro "Los Servicios Públicos", p. 1 y sigtes., Buenos Aires, 1994.
- (22) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Economía y Estado", p. 470 y sigtes., Buenos Aires, 1993; COMADIRA, Julio Rodolfo, "Los sujetos reguladores en la post-privatización", R.A.P. (Argentina), n° 187, p. 29; CASSAGNE, Juan Carlos, "La intervención administrativa", 2a. ed., p. 162, Buenos Aires, 1994.
- (23) BARRA, Rodolfo Carlos, "Reforma del Estado", p. 10, Separata del Apéndice VII de la Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1995.
- (24) Juan Carlos, "La desregulación de actividades dispuesta por el decreto 2284/91", R.E.D.A., Año 3, N° 7/8, Ed. Depalma, Buenos Aires, mayo-diciembre 1991. El dec. 2284/91 fue luego ratificado por la ley 24.037 (Adla, LI-D, 4058; LII-A. 12); ver también en el mismo sentido: GORDILLO, Agustín A., "La validez constitucional del decreto 2287/91" en Periódico Económico Tributario, p. 1, de fecha 15 de noviembre de 1991.
- (25) objetivo tiene, actualmente, rango constitucional (art. 42, Constitución Nacional).
- (26) embargo, se trata de un error que la propia doctrina francesa ha develado al atribuir el origen de la concepción a Hauriou (cfr. LAUBADERE, André de, en un trabajo publicado en el libro: "La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence", p. 209 y sigtes., París, 1969; puede verse también en el mismo sentido: RIVERO, Jean, "Hauriou et L'avènement de la notion du service public", en "Etudes en honneur d'A. Mestre", p. 462 y sites., París, 1956) quien, precisamente, no estaba de acuerdo con diluir el poder público en el servicio público --como hizo más tarde la escuela de Burdeos--.
- (27) posición contraria a la que sostenemos ha sido expuesta por Mairal en un artículo publicado en la R.E.D.A. (Argentina) N° 14, p. 359 y sigtes., titulado: "La ideología del servicio público".
- (28) Rodolfo Carlos, "Principios de Derecho Administrativo", p. 152 y sigtes., Buenos Aires, 1980.
- (29) art. 42 de la Constitución Nacional, prescribe: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de un trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".
- (30) PAREJO ALFONSO, Luciano, "Estado Social y Administración Pública", p. 121, quien destaca la visión de Hauriou, Madrid, 1983.
- (31) ha dicho que el mal funcionamiento de los servicios públicos deslegitima al Estado (cfr. MARTINEZ MARIN, Antonio, "El buen funcionamiento de los servicios públicos", p. 17 y sigtes., Ed. Tecnos, Madrid, 1990).
- (32) Miguel S., op. cit., t. III-B, p. 596 y sigtes.
- (33) SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso y PAREJO ALFONSO, Luciano, "Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo", p. 290 y sigtes.; Madrid, 1989; GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, "Los actos administrativos", p. 233, Madrid, 1986.
- (34) aplicación de este principio: Reglamentación del art. 4° de la ley 24.076, aprobada por dec. 1189/92 (Adla, LII-C, 3035).
- (35) 19.798, art. 9°, inc. 1°, dec. 731/89 y dec. 59/90 (Adla, XXXII-C, 3422; XLIX-C, 2577; L-A, 60).
- (36) 22.285, art. 3 y siguientes (Adla, XL-D, 3902).
- (37) MARIENHOFF, MIGUEL S., "Los privilegios en el derecho público", ED, diario del 1° de junio de 1995, ps. 2-3, donde sostiene que "no es plausible otorgar la prestación de un servicio público trascendente mediante licencia".
- (38) sentido similar: BENOIT, Francis Paul, "Droit Administratif", ps. 775-777, París, 1968. La doctrina de

nuestro país considera que estas reglas y principios constituyen los caracteres del servicio público: BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", t. I, p. 118, Ed. Imprenta de la Universidad del Litoral, 3ª ed., Santa Fe, 1937; MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. II, p. 62 y sigtes., VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, op. cit. t. III, p. 56; GORDILLO, Agustín A., "Estudios de Derecho Administrativo", p. 35, Buenos Aires, 1963, mencionando como tales a la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad. Algunos autores incluyen, con razón, también a la obligatoriedad (SAYAGUES LASO y MARIENHOFF), lo que tiene trascendencia en punto al derecho del usuario para reclamar la respectiva prestación.

(39) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", p. 91, Buenos Aires, 1988 y DIEZ, Manuel María, "Derecho Administrativo", t. III, p. 207, Buenos Aires, 1967.

(40) principios son, para nosotros, básicamente cuatro y se refieren a la continuidad, la regularidad, la igualdad y la obligatoriedad de la prestación de la respectiva actividad. En cuanto a la llamada uniformidad ella no es otra cosa que una faceta de igualdad. A su vez, no creemos que la generalidad deba ser ni sea un principio en esta materia, toda vez que cabe admitir la prestación de servicios parciales en determinados lugares sin lesión a la igualdad.

(41) lo prescriben los arts. 2º, inc. 1º y 24 de la reglamentación de la ley 24.076 (Marco Regulatorio del Gas Natural) aprobada por dec. 1189/92.

(42) y ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, "La reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales" en ED, 139-865 y sigtes. y CASSAGNE, Juan Carlos, "La huelga en los servicios esenciales", Ed. Civitas, Madrid, 1993.

(43) Miguel S., op. cit., t. II, p. 64 y sigtes. En tal sentido la interpretación razonable del art. 14 bis, Constitución Nacional, no implica consagrar el derecho de huelga de un modo absoluto, pudiendo la ley reglamentar su procedencia limitándola a fin de no afectar el funcionamiento de los servicios públicos.

(44) arbitraje obligatorio fue instituido por dec. 8946/62 (Adla, XXII-A, 672), derogado por la ley 16.936, y finalmente restablecido a través de la ley 20.638. A su vez, la ley 17.183 (Adla, XXVII-A, 103) faculta a las autoridades a sancionar a los agentes que prestan servicios públicos que recurran a medidas de fuerza. Asimismo el dec. 2184/90 reguló las huelgas en los servicios esenciales.

(45) gr. en la Constitución de España de 1978 (art. 28.1); en la italiana de 1948 (art. 39); también en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 (declarado vigente por la Constitución de 1958) y en la Ley Fundamental de Bono de 1949 (art. 9.3).

(46) a partir de la Ley Taft de 1947 y de la Ley Landrum-Graffith de 1959. Al fundamentar esta última la Comisión Redactora del proyecto de ley precisó: "El objetivo de la política del Estado en esta área es fácilmente explicable. Fue muy importante legalizar el poder sindical como contraparte de las poderosas corporaciones industriales. Es importante mantener la organización sindical fuerte. Pero la creación de instituciones investidas de poder suficiente para cumplir sus objetivos también crea el peligro de que esas instituciones puedan erróneamente ir más lejos de sus objetivos o puedan ser usadas en beneficio de quienes las dirigen en lugar de ser utilizadas en beneficios de aquellos a quienes se busca proteger. La política del Estado debe ser minimizar ese riesgo sin despojar a los sindicatos de la posibilidad de cumplir sus verdaderas funciones" (COS, A., Law and National Labor Policy, II, 1960, Universidad de California).

(47) SAGÜES, Néstor Pedro, "Tratado de Derecho del Trabajo", t. 2, ps. 828-829, Buenos Aires, 1982, dirigido por Antonio Vázquez Vialard. En contra, BIDART CAMPOS, Germán J., "La titularidad del derecho de huelga en la Constitución Argentina", ED 114-815.

(48) primacía ha sido remarcada por la Doctrina Social de la Iglesia (Gaudium et Spes, cap. III, sección segunda, parág. 67).

(49) naturaleza resulta atribuida por la Doctrina Social de la Iglesia (Gaudium et Spes, cap. III, sección segunda, parág. 68 in fine).

(50) Exercens", párr. 20, in fine.

(51) 2184/90 (B. O. 19/10/1990).

(52) ordenamiento argentino efectúa una de las enunciaciones más significativas por el sistema de la lista, dejando para una cláusula residual la configuración de los servicios esenciales por parte de la autoridad administrativa. De este modo, la enunciación establecida en el art. 1º, del dec. 2184/90 parte de una cláusula general que permite interpretar que la mención que contiene no reviste carácter taxativo al prescribir que: "A los fines previstos en el presente decreto, serán considerados servicios esenciales aquellos cuya interrupción total o parcial pueda poner en peligro la vida, la salud, la libertad o la seguridad, de parte de la población o de las personas, en particular: a) Los servicios sanitarios y hospitalarios; b) El transporte; c) La producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas y otros combustibles; d) Los servicios de telecomunicaciones, e) La educación primaria, secundaria, terciaria y universitaria; f) La administración de justicia, a requerimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; g) En general todos aquellos en los que la extensión, duración u oportunidad de la interrupción del servicio o de la actividad pudiera poner en peligro la

vida, la salud, la libertad o la seguridad de toda la comunidad o de parte de ella, lo que así será calificado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

(53) 2184, art. 4°.

(54) 2184, art. 13.

(55) 2184, art. 5°.

(56) 2184, art. 6°.

(57) 2184, art. 10.

(58) Georges y DELVOLVÉ, Pierre, op. cit., p. 1110; CHAPUS, René, "Droit Administratif Général", t. I, p. 444, París, 1986. El art. 31 de la ley 24.076 prescribe que los transportistas y distribuidores de gas natural deben efectuar el mantenimiento de sus instalaciones a fin de asegurar su servicio regular y continuo a los consumidores.

(59) BASAVILBASO, Benjamín, op. cit., t. III, p. 61.

(60) CASSAGNE, Juan Carlos, "La igualdad en la contratación administrativa", en Cuestiones de Derecho Administrativo, p. 97, Buenos Aires, 1987.

(61) ocurre, en general, en los llamados servicios públicos industriales o comerciales. En el caso del servicio público de electricidad, en Argentina, al igual que en otros países, suelen pactarse condiciones especiales cuando se trata de empresas que consumen grandes cantidades de energía eléctrica, lo que no se ha considerado violatorio, en Francia, del principio de igualdad, véase: VEDEL, Georges y DELVOLVÉ, Pierre, op. cit., p. 1113.

(62) VEDEL, Georges y DELVOLVÉ, Pierre, op. cit., p. 114, y entre otros: MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. II, p. 78 y sigtes., Buenos Aires, 1981. DIEZ, Manuel María, "Manual de Derecho Administrativo" t. II, p. 23. El art. 25 de la ley 24.076 estatuye que los distribuidores de gas natural deben satisfacer toda demanda de acuerdo con el Marco Regulatorio y los términos de la habilitación.

(63) reconocido en forma expresa en el art. 18.2. de las Reglas Básicas de la Licencia de Distribución de Gas (Sub-Anexo Y, dec. 2255/92 --Adla, LII-A, 35--) que atribuye competencia a la autoridad regulatoria para efectuar recomendaciones, lo que lleva implícita la facultad de intervenir en las tratativas y acuerdos que se celebren.

(64) principio está también reconocido en el art. 18.2. de las Reglas Básicas de la Licencia de Distribución de Gas (Sub-Anexo Y, dec. 2255/92).