

Título: Sobre el requisito de la "publicatio" y el servicio público

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY1995-E, 932

Cita: TR LALEY AR/DOC/4856/2001

La concepción objetiva del servicio público aparece, en las tendencias doctrinarias elaboradas en este siglo, completada con dos notas que pronto pasan a asumir un papel fundamental para dicha categoría jurídica. La primera, es la relativa al régimen jurídico del servicio público, cuyo desarrollo ha sido obra, principalmente, de la escuela de Burdeos. En cambio, la segunda nota, sostenida por Villar Palasi y la mayoría de la doctrina española que abordó el tema a partir de 1950, pone el acento en la declaración formal de asunción de la titularidad de una determinada actividad por parte del Estado ("publicatio").

Y cuando parecía haberse superado el llamado problema de la crisis del servicio público, que tuvo su génesis en las nacionalizaciones, producidas al finalizar la segunda guerra mundial, y la consecuente asunción de su gestión por el Estado, se produce, en un movimiento circular, a raíz del proceso de privatizaciones, el retorno de la concepción originaria del servicio público, como técnica de gestión esencialmente privada (1).

Ese retorno no es paradójal. Antes bien, es el resultado de la necesidad de adaptar el régimen jurídico del servicio público, prestado hasta entonces por el Estado a la nueva realidad que plantea la limitación del poder público, las cargas y las garantías de los concesionarios junto a la protección de los derechos (sobre todo las libertades) de los usuarios.

Hay que advertir también que, al privatizarse algunas actividades que no satisfacen necesidades primordiales de los habitantes, se opere una transferencia de la titularidad pública hacia la privada (v.gr. la actividad de radiodifusión y televisión) sin escapar de la regulación estatal, justificada por el hecho de tratarse de actividades de interés público (2) lo que, en definitiva, implica acotar la tendencia expansiva que había alcanzado la institución del servicio público.

Este proceso ha desorientado a más de una cabeza doctrinaria y aún resulta incierto predecir cuál será la tesis que prevalecerá en el campo jurídico del futuro. En efecto, hoy están desde los que siguen aferrados al criterio clásico, los que proponen directamente suprimirlo o reemplazarlo con categorías provenientes del derecho anglosajón --como el servicio universal-- hasta los que estamos intentando combinar los elementos originarios y sus notas complementarias, con los principios de una nueva realidad económica, asumida como tal por la política legislativa.

En ese contexto, uno de los primeros intentos ha consistido en la pretensión de suprimir la "publicatio" como nota central de la categoría del servicio público. Desde luego que si fuera cierto que esta figura fuera la causante de todos los males que se le imputan (3) nadie vacilaría en consentir su desaparición de la escena jurídica.

Sin embargo, lo único que define la "publicatio" es la transferencia --fundada en la necesidad y trascendencia social-- de la titularidad privada a la pública, o bien, cuando de privatizaciones se trata, viene a fundamentar la regulación económica estatal, por el régimen del servicio público a través de la gestión privada de una determinada actividad. Todo lo demás que suele achacársele a la "publicatio" no es más que aquello que es propio del régimen jurídico especial o exorbitante que caracteriza a los servicios públicos y, a lo sumo, traduce discrepancias (muchas veces fundadas) con la decisión estatal de disponer la "publicatio" en sectores donde es posible un régimen de actividad económica abierto y competitivo.

En esta última línea doctrinaria se ha sostenido que el gran cambio en los servicios públicos de los años noventa consiste en aceptar la compatibilidad de las cargas y prerrogativas de derecho público con la competencia dentro y fuera del servicio (4), con lo que estamos de acuerdo. Pero de ahí a sostener que debe abandonarse la idea de la "publicatio" específica para reemplazarla por una noción ambivalente o si se quiere, polifacética como es la noción de regulación económica, media actualmente un abismo y sólo la tecnología del futuro nos dirá si la distribución del gas o de la electricidad --por ejemplo-- podrán llevarse a cabo bajo un régimen de competencia como también si la exclusividad (5) o el monopolio y las prestaciones obligatorias, desaparecerán en el futuro de los regímenes jurídicos como consecuencia de las innovaciones tecnológicas.

Mientras tanto, seguirá siendo necesario distinguir --en el campo de la regulación económica-- los servicios públicos de las llamadas actividades de interés público porque el problema que plantea la naciente realidad no se resuelve con la unificación de todas las regulaciones sino más bien con el reconocimiento de la especialidad y diversidad que posee el servicio público en relación con otras actividades de interés público, en un marco tendiente a segmentar los mercados y generar la máxima libertad compatible con la calidad y eficiencia de las respectivas actividades que, en algunos ordenamientos, como el argentino (6), se ha transformado en un deber del Estado.

En ese marco aparecen nuevos principios y criterios tales como: 1) El de subsistencia de la gestión privada (que constituye un derivado del de subsidiariedad) que impide que la reversión y el rescate configuren poderes implícitos, previéndose en algunos regímenes (v.gr. el de electricidad) fórmulas de continuidad de la gestión privada al término de la concesión; 2) el de flexibilidad interpretativa a favor de la estabilidad de la concesión y su finalidad específica, habida cuenta el carácter de contrato en marcha, donde el intercambio prestacional no se produce ni se refleja al momento de celebrarse el contrato; 3) correlativamente, el de mutabilidad consensuada dado que las circunstancias reales, las necesidades sociales y las innovaciones tecnológicas no se pueden prever de antemano con precisión y son esencialmente dinámicas y cambiantes; 4) el ejercicio de la potestad tarifaria con base contractual; 5) la eliminación del poder discrecional de la autoridad concedente; 6) la proporcionalidad entre las sanciones que aplique la Administración y la realización efectiva (o el cumplimiento) del fin que persigue el servicio de modo de hacer compatible la máxima calidad con la eficiencia de las prestaciones y 7) el desplazamiento de la relación de sujeción especial y su correlativo reemplazo por vínculos de base contractual.

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

(1) hemos ocupado, recientemente de este problema, en dos trabajos: "Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público", ED del 8 de febrero de 1995 y "El servicio público y las técnicas concesionales", LA LEY, 1995-C, 1174.

(2) Juan Carlos, "La intervención administrativa", p. 38 y sigtes., 2a. ed., Buenos Aires, 1994.

(3) DE LA CUETARA, Juan Miguel, "Servicio público y telecomunicaciones", publicación de la Universidad Autónoma de Madrid, de 1995, que reproduce la conferencia del autor en las "Jornadas Internacionales de Servicios Públicos", realizadas en Mendoza en octubre de 1994.

(4) ORTIZ, Gaspar, "Economía y Estado", Buenos Aires, 1993.

(5) Miguel S., "Los 'privilegios en el Derecho Público' (Exclusividad: monopolio; exención impositiva). Lo atinente a la 'reserva de zona'. La 'zona de influencia'", ED del 1º de junio de 1995.

(6) art. 42 de la Constitución Nacional.