

Fecha recepción: 15.11.2007

Fecha aceptación: 26.11.2007

LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ARGENTINA (UNA MIRADA CONSTITUCIONAL)

POR

ESTELA B. SACRISTÁN

Profesora de Derecho Constitucional y Administrativo
Universidad de Buenos Aires

I. INTRODUCCIÓN

§ 1. *El servicio público vuelve*

En la Argentina, la categoría jurídica denominada «servicios públicos» ha llegado al rango constitucional no una, sino dos veces. Desde cierta perspectiva literaria —si se permite la licencia—, este par de coincidencias de rango —separadas por cerca de medio siglo— recuerda aquel poema de Borges, en el que el autor meditaba: «la poesía vuelve, como la aurora y el ocaso». Para la Constitución argentina, el servicio público vuelve a su articulado; intentar una aproximación a si lo hace como una aurora o como un ocaso es algo a desentrañar; ese es el interrogante que anida en las líneas que siguen.

En el plano de la Norma Fundamental, no es una novedad de la reforma constitucional de 1994 el que los servicios públicos hayan vencido las barreras constituyentes para arribar al texto de máxima jerarquía. En rigor de verdad, la Constitución argentina —sancionada entre 1853 y 1860— incluyó, por primera vez, a los servicios públicos en el antiguo artículo 40, proveniente de la reforma constitucional de 1949. De tal modo, dicho artículo tuvo el siguiente texto:

«La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios».

«Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias».

«Los *servicios públicos* pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine»¹.

«El precio por la expropiación de empresas concesionarios de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión y los excedentes sobre una ganancia razonable que serán considerados también como reintegración del capital invertido».

Por cierto, el texto constitucional transcrito tuvo una vigencia temporalmente efímera pues la misma se redujo a seis años², después de los cuales se reinstauró la vigencia de la Constitución histórica de 1853-1860, que guardaba silencio en materia de servicios públicos. Desde la mirada económica, se ha afirmado que, al así hacerse, se retornó al liberalismo económico³.

¹ El destacado no es del original.

² Ver Proclama del 27/4/56, Adla 1956-A, ps. /2, cuyo art. 1º estableció: «Declarar vigente la Constitución nacional, sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y exclusión de la de 1949, sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubiesen quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16/9/55». Ver, asimismo, Dto. 22.337, del 17/12/56, de creación de la Comisión de Estudios Constitucionales *ad honorem* a los fines de una convención reformadora, Adla 1956-A, p. 1153. Acerca de la fugacidad de esta reforma en materia de servicio público, y sus efectos en los hechos, ver BIANCHI, ALBERTO B., «Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)», en *ReDA*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2005, N.º 53, p. 299 y ss., esp. p. 334, donde señala que los efectos duraron, en la materia que nos ocupa, hasta 1990.

³ En tal sentido, RAPAPORT, MARIO (MADRID, EDUARDO -MUSACCIO, ANDRÉS-VICENTE, RICARDO, colabs.), *Historia económica, política y social de la Argentina (1880-2003)*, Ariel, Buenos Aires, 2006, p. 422.

Y echando la mirada hacia otros ordenamientos jurídicos, es probable que el art. 40 transcripto —vigente, como se apuntara, entre 1949 y 1956— haya hallado inspiración en la experiencia constitucional francesa: basta, al efecto, la lectura del inc. 9° del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, incorporado luego, por mención expresa, en el Preámbulo de la Constitución de la Vta República, hoy vigente⁴. Aquel inciso hoy vigente, —cabe reiterar— declara que todos los bienes y todas las empresas, cuya explotación tiene o posee los caracteres de un servicio público nacional o de monopolio de hecho, devienen propiedad pública, o, estrictamente, propiedad de la colectividad:

«Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un *service public* national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité»⁵.

En forma tangencial, puede acotarse que es tal la importancia de la noción francesa de servicio público que la misma ha llegado a convertirse en objeto de estudio incluso por especialistas anglosajones⁶, cuando el mundo anglosajón no posee un régimen de servicio público ya que es la noción de regulación —económica, en lo que aquí interesa— la que impera en este último medio. Asimismo, puede anotarse que la mentada categoría jurídica no vio la luz, por primera vez, en el ordenamiento jurídico del país galo, con la Constitución de 1946, sino mucho antes, ya que puede rastrearse la expresión hacia 1921, con el *arrêt* Bac d'Eloka⁷; hacia 1873, con el *arrêt* Blanco⁸; e incluso hacia 1638, alrededor del servicio público de transporte⁹.

Volviendo a la experiencia constitucional argentina, cabe recordar que, decenas de años más tarde, en oportunidad de la reforma constitucional de 1994,

⁴ Conf. DU MARAIS, BERTRAND, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 77.

⁵ El destacado no es del original.

⁶ Para una concisa visión británica del concepto, véase PROSSER, Tony, *Law and the Regulators*, Clarendon Press, Oxford, 1997, ps. 287/306.

⁷ T. Confl., 22 en. 1921, *Société commerciales de l'Ouest africain*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n.º 40. Ver DELVOLVÉ, PIERRE, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 1998, p. 595; LACHAUME - BOITEAU - PAULIAT, *Grand services publics...* cit., p. 10.

⁸ T. Confl., 8 febr. 1873, *Blanco*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n.º 1. Ver DU MARAIS, *Droit public de la régulation...* cit., p. 72, y su cita de BEZANÇON, XAVIER, *Les services publics en France, du Moyen Âge à la Révolution*, Presses de l'ENPC, Paris, 1995, p. 26; LACHAUME, JEAN-FRANÇOIS - BOITEAU, CLAUDIE - PAULIAT, HÉLÈNE, *Grand services publics*, 2e éd., Armand Colin, Dalloz, Paris, 2000, p. 9.

⁹ Ver DU MARAIS, *Droit public de la régulation...* cit., loc. cit., y BEZANÇON, *Les services publics en France, du Moyen Âge à la Révolution...*, cit., loc. cit.

el constituyente, nuevamente, posó sus ojos sobre los servicios públicos, elevándolos, otra vez, al rango máximo al sancionar el actual art. 42, Const. Nac. El precitado art. 42, hoy vigente, establece:

«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 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»¹⁰.

¿Significó esta segunda inclusión que el servicio público volviera como la aurora? ¿o significó que volviera como el ocaso? Para responder esta pregunta seguramente el paso de los años y la perspectiva histórica y jurisprudencial permitirán efectuar un balance. Mas a los fines de este trabajo, los años que separan la época de la sanción de la Constitución histórica de 1853/60 y los más de diez años que nos separan de la reforma de 1994 pueden coadyuvar a la construcción de un bosquejo de balance, para colocar a los servicios públicos, hoy de rango constitucional, en un adecuado cauce, que puede —o debe, según se arguye— abarcar al servicio público prestado no sólo por firmas privadas sino también por empresas estatales. Este enfoque —se argumenta aquí— puede deparar que el mentado concepto se halle en el texto constitucional no a modo de ocaso de los derechos de los usuarios y demás actores comprendidos en el servicio público de que se trate, sino a modo de amanecer que ilumina y fortifica los derechos de todos esos actores.

§ 2. *Objetivo. Delimitaciones. Plan de exposición*

Como se señalara antes, una de las cláusulas emergentes de la reforma de la Constitución argentina del 94 es el art. 42, en su actual redacción. En rigor, el texto constitucional transcrito el final de § 2 involucra diversas ramas de estudio

¹⁰ El destacado no es del original.

pues la lectura de su texto trae involucrado el estudio de las leyes 24240, de protección del consumidor; 22802, de lealtad comercial; 25156, de defensa de la competencia, y sus respectivas reglamentaciones; cada uno de los conjuntos de normas que conforman cada uno de los denominados marcos regulatorios aludidos en el texto; y el juego mutuo en los casos en que están involucrados, por un lado, un marco regulatorio y, por el otro, alguna de las premencionadas leyes¹¹. Tal vastedad debe ser aquí evitada, e incluso en punto a los *marcos regulatorios*, cabe aquí efectuar aquí tan solo unas consideraciones introductorias pues el estudio de cada uno de ellos superaría ampliamente los confines de un trabajo como éste.

Por ende, dada la temática de este trabajo, quedan reservados, para el mismo, los marcos regulatorios *de los servicios públicos* emergentes del texto del precitado artículo, muchos los cuales —por lo demás— ya tenían vida propia desde antes de 1994¹². En ellos se centran estos párrafos.

El plan de exposición es el siguiente: en primer lugar, a los fines de un adecuado acercamiento al tema, se repasa el articulado constitucional en lo relativo a lo que aparecen como sus pilares o reglas fundamentales, esto es, la libertad, la libertad de industria, así como los productos de la interacción económica básica, esto es, el mercado, la competencia y el eventual surgimiento de monopolios (§ 3 a § 8).

Luego, se recuerda la justificación de la regulación en el monopolio (§ 9), conjugándose la noción de marco regulatorio de un servicio público, con la noción de «calificación» de una actividad como servicio público (§ 10) en el ámbito de la jurisdicción nacional (§ 11), y con la de ente regulador (§ 12). Y se

¹¹ Así, a mero título de ejemplo, en un caso que involucre al marco regulatorio eléctrico, segmento distribución eléctrica (servicio público conf. art. 1º, ley 24.065), planteado en el marco de la ley 24.240 de defensa del consumidor, podría debatirse la aplicabilidad de la regla fijada por el art. 3º de dicha ley, según el cual, en caso de duda, ha de estarse a la interpretación más favorable al consumidor. Como el detonante para la aplicación de la regla es el antecedente «duda», si por medio de la lectura del marco regulatorio se despejare esa «duda», no haría falta apelar a la mentada regla interpretativa. En otras palabras, si el marco regulatorio desplaza la duda, desaparece el antecedente que habilita a la aplicación de aquella regla interpretativa; ampliar en nuestro «El principio *“in dubio pro-consumidor”* y los servicios públicos», ponencia en el 1er. Congreso Nacional sobre Regulación de Servicios Públicos, Mendoza, 14, 15 y 16 de abril de 2004, publicada en AAVV: *Servicios Públicos - Regulación - 1.º Congreso Nacional*, Ediciones Diké - Foro de Cuyo, Mendoza, 2004, ps. 449/463.

¹² «La incorporación del art. 42, Const. Nac. en 1994 se efectuó cuando las prestaciones de los servicios públicos en la República Argentina atravesaban una profunda transformación a raíz del proceso de privatizaciones de múltiples actividades, hasta entonces en manos del Estado», explica GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 3ra. ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 475.

restringe esta exposición a los servicios públicos prestados por concesionarias o licenciatarias privadas (§ 14).

De allí en más, se ensaya una delimitación de los marcos regulatorios comprendidos en la expresión «marcos regulatorios» contenida en el texto constitucional (§ 16 a § 17), y, dado el bagaje comprendido, se justifica la opción de detenerse en un marco regulatorio que puede ser considerado prototípico (§ 18), y que es objeto de somera descripción en cuanto a su organización (§ 19). Así, apelando al eje del art. 42, esto es, la eficiencia consagrada constitucionalmente (§ 20), ese marco regulatorio individualizado es visualizado, tanto en su forma originaria como en la actualidad, a través del medio por el cual el legislador oportunamente aseguró esa manda constitucional de eficiencia: el régimen de tarifas (§ 21) e inversiones (§ 22), formulándose alguna reflexión adicional evaluativa (§ 23). También se detalla, en forma sintética, lo relativo a otros de los principales servicios públicos (§ 24) dentro del mismo eje conductor. Finalmente, se esbozan las conclusiones, en el microclima que genera el sistema tarifas-inversiones mediando privatización, que, bajo cierta perspectiva, reflejan, en estrecho eje, el núcleo del servicio público prestado por una firma privada (§ 25).

Por último, dada la reciente experiencia reestatizadora y la consiguiente prestación no ya privada sino estatal del servicio público (§ 26), se esbozan algunas reflexiones relativas a la aplicabilidad, de lo dicho en § 3 a § 25, al supuesto de prestación estatal (§ 27).

De esta manera, este trabajo transita por tres renglones de raigambre constitucional: el de la regla de la libertad constitucional de industria, el del servicio público o máxima regulación mediando privatización, y el hipotético renglón del servicio público como máxima regulación mediando reestatización o prestación estatal.

II. DESARROLLO

§ 3. *Libertad constitucional*

La Constitución argentina sancionada entre 1853 y 1860, mediante una fórmula que se halla vigente, asegura «los beneficios de la libertad», según reza su Preámbulo¹³. Si bien puede negarse el carácter normativo de las previsiones

¹³ El punto es destacado por LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, t. 4, p. 104, donde se refiere a la «institucionalización de la libertad en la Constitución Nacional», con cita de «María Álvarez de Schuster», *Fallos*: 191: 388 (1941).

contenidas en el Preámbulo por no integrar, en sentido estricto, el articulado del texto constitucional, no se podría negar su finalidad de exponer las razones que motivan al Constituyente a sancionar la Constitución.

El carácter general con que se expresa esa garantía en punto a los «beneficios» de la libertad implicaría, desde el punto de vista iusfilosófico, encarar a la libertad no sólo como supuesto del Derecho o de la normación¹⁴ ó *prius* de ésta, sino también como objeto de protección y de organización por parte del Derecho¹⁵; además, como ese «asegurar» los beneficios de la libertad aparece en el Preámbulo acompañado de la mención de las generaciones presentes y futuras no parecería reducirse al denominado individualismo liberal a ultranza pues se introduce una valoración del orden plural o no individual —«generaciones»— con criterio intergeneracional —«presentes y futuras»—¹⁶.

§ 4. *Libertad de industria*

De otra parte, se ha señalado que todo el sistema económico de la Constitución está basado sobre un fundamento de libertad¹⁷ y, ante la ausencia de distinciones en el texto de rango máximo, esa libertad aparece beneficiando tanto a personas físicas como a personas jurídicas.

Es por ello que el art. 14, Const. Nac. al referirse a la *libertad de industria*, no alude sino a que toda industria es, por regla, en el plano constitucional, ejercida en un marco de libertad¹⁸.

¹⁴ Ver LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Filosofía del Derecho*, 5ta. ed. rev. y aum., Bosch, Barcelona, 1979, p. 743; VILANOVA, JOSÉ, *Elementos de filosofía del Derecho*, 2da. ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 113;

¹⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho...* cit., p. 534: «[L]a libertad es el supuesto metafísico del Derecho y de ahí que éste, por su misma esencia, consista en una protección de la libertad, (...) en una organización de la misma».

¹⁶ Sobre las diferencias entre individualismo liberal y otras formas de liberalismo puede verse RECASENS FICHES, LUIS, *Tratado general de filosofía del Derecho*, 6ta. ed., Porrúa, México, 1978, p. 512 y ss.

¹⁷ Basado en la libertad, así como sobre el reconocimiento de la propiedad privada, según enseña BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho constitucional*, 2da. ed. act. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 862.

¹⁸ En efecto, el art. 14, Const. Nac., establece que «todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita...», y el art. 19, Const. Nac., fija la máxima de que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

Admitiendo, entonces, que el articulado de la Constitución presupone a la libertad —y a los respectivos derechos— como eje mínimo¹⁹, se sigue que esa libertad de industria —y la libertad de contratación a ella asociada²⁰— es esencialmente reglamentable dentro de los límites que permite la regla de la razonabilidad²¹ por específica previsión del Constituyente. Después de todo, no es sino la razonabilidad el fin último de todo ordenamiento jurídico²².

§ 5. *Mercado*

Esas actividades —ejercicio de una industria, contrataciones— se desarrollan en un *mercado* cuya existencia —sea física, sea ideal— es hoy también reconocida por la Norma Fundamental pues el art. 42, Const. Nac., sancionado en 1994, alude a dicho instituto al referirse a las «distorsiones del mercado»²³.

Por cierto, esa alusión no quiere decir que la Constitución quiera hacer del país un mercado, al decir de Alberdi²⁴; no parece haber sido esa la inspiración del Constituyente histórico.

Sólo significa que, si se define a un mercado como «cualquier contexto donde tiene lugar la venta y adquisición de bienes y servicios»²⁵ o como «punto de reunión de la oferta con la demanda», de bienes y servicios²⁶, nada impide

¹⁹ En este sentido, BIDART CAMPOS, GERMÁN, «¿El modelo socioeconómico de la Constitución habilita poderes?», en su *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1999, ps. 83/85, esp. p. 83. Acerca de la libertad como mínimo, puede ampliarse en RECASENS SICHES, *Tratado...* cit., p. 515.

²⁰ Esta asimilación proviene de GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...* cit., p. 87, donde expresa que la libertad de industria acarrea la libertad de contratar.

²¹ Arts. 14 («Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a la leyes que reglamenten su ejercicio (...)») y 28 («Los principios, garantías y derechos reconocidos (...) no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio»), Const. Nac.

²² Tal como lo expusieramos en nuestro *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Ábaco, Buenos Aires, 2007, p. 108.

²³ En igual sentido, BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 92.

²⁴ ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina según su Constitución de 1853*, 2da. ed., Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, Buenos Aires, 1979, p. 116.

²⁵ Pearce, David W. (ed.), *The MIT Dictionary of Modern Economics*, 4th ed., The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 266.

²⁶ DALLA VÍA, ALBERTO R., *Derecho constitucional económico* 2da. ed., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 526, y sus citas.

que las mentadas industrias o contrataciones se desarrollen, en libertad, en ese contexto o punto de encuentro.

Allí se generan los *precios de mercado*, o precios formados por la interacción de la presión de la oferta y de la demanda, que ya Alberdi conocía bien en el siglo XIX²⁷.

§ 6. *Competencia*

La existencia de ese mercado depara, por su parte, una natural *competencia* entre quienes son sus actores: las firmas compiten entre sí por ingresar al mercado y mantenerse en él; ese ingreso y supervivencia depende de la soberana decisión del consumidor²⁸.

A su vez, ese ingreso y permanencia es esencialmente libre, sólo reglamentable dentro de los límites ya aludidos de razonabilidad²⁹.

De tal modo, estos tres conceptos —*libertad de industria, mercado, competencia*— nacen y se desarrollan en un medio libre, en un contexto de libertad constitucional. Y las tres categorías se hallan consagradas en forma expresa en la norma de máximo rango: la primera —libertad de industria—, por obra del Constituyente histórico de 1853/60; las otras dos mercado, —competencia—, por obra de la reforma constitucional de 1994, si bien la noción de mercado ya aparecía en la obra alberdiana³⁰, así como la noción de competencia³¹.

§ 7. *Monopolios*

Mas podría argüirse que los mercados perfectos —como los considerados hasta aquí— son muy escasos, o incluso podría argumentarse que esos mercados perfectos no existen³², que siempre puede darse una imperfección. Y es aquí

²⁷ ALBERDI, *Sistema económico...* cit., p. 264: «aunque los precios no sean obra del gobierno sino del mercado...».

²⁸ Acerca de esta tesis, ampliar en RAMSAY, IAN, «Consumer Protection», en NEWMAN, PETER (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, Londres, 1998, t. 1, p. 413 y ss.

²⁹ Ver n. 21.

³⁰ Ídem n. 24 y 27.

³¹ ALBERDI, *Sistema económico...* cit., p. 72, donde se alude a «un ejército de competidores».

³² La posibilidad es planteada en TROTMAN DICKENSON, D.I., *Economics of the Public Sector*, Macmillan, Londres, 1996, p. 3.

donde se puede tender la mirada hacia una típica forma de distorsión del libre mercado: el monopolio.

Como se recordará, un monopolio consiste en aquella situación de competencia imperfecta donde hay un único productor en una industria y no existen otras que produzcan bienes sustitutivos³³. En Argentina, y en lo que aquí interesa destacar, la legislación positiva no prohíbe los monopolios, sino que sanciona el abuso de posición dominante en el mercado³⁴. Esta clase de legislación puede ser visualizada como intervención del Estado en un mercado libre para prevenir o enderezar una imperfección, aunque también podría ser concebida en el marco de las denominadas economías mixtas³⁵.

§ 8. *Monopolios legales y naturales*

Ahora, como enseguida se verá, hay monopolios que no nacen como situación de competencia imperfecta dentro de un libre mercado —monopolios a combatir mediante las respectivas leyes—, sino que nacen por decisión expresa del propio Estado, asociados a industrias o actividades particulares: (i) un laboratorio farmacológico descubre una nueva droga y recibe una patente oficial, que le da el control monopolístico del medicamento durante cierto número de años; (ii) una firma presta un servicio que prestaba el Estado y como contrapartida de parte del precio de adquisición del negocio adquiere una exclusividad por cierto número de años; (iii) una firma presta un servicio para el cual no hay competidores pues es antieconómico que los haya.

En lo que interesa de cara al tema de este trabajo, puede apuntarse que los últimos dos supuestos (v.gr., ii y iii) comprenden, respectivamente, la figura del monopolio legal y del monopolio natural —figuras admitidas por la doctrina económico-regulatoria³⁶—, reconocidos y establecidos por el Estado mismo, que hoy

³³ SAMUELSON, PAUL A. - NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, 16a. ed., Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 161.

³⁴ Ampliar en BADENI, *Tratado de Derecho constitucional...*, cit., t. I, p. 871, donde cita el caso YPF, *Fallos*: 325: 1702 (2002).

³⁵ Para la prevención de monopolios como forma de «intervención» en el ámbito norteamericano, que es en lo sustancial lo más parecido a una economía de mercado, y para la característica de «economía mixta» de los países que integran la Comunidad Europea puede verse TROTMAN DICKENSON, *Economics of the Public Sector...* cit., ps. 3/5, o bien BIANCHI, ALBERTO B., *La regulación económica*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, t. I, ps. 47/73.

³⁶ Doctrina económico-regulatoria que trata el tema incluye a OGUS, ANTHONY, *Regulation - Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 23 y ss. y p. 30 y ss.; KAHN,

tienen vida propia al mencionárselos en forma expresa en el art. 42, Const. Nac. y tal inclusión tiene fundamentos en la propia doctrina de la Corte Suprema³⁷.

Esos monopolios legales y naturales son consagrados por decisión estatal (no nacen en forma espontánea en el ámbito de un mercado). Y a los efectos del presente nos interesan tanto los que hacen a actividades que se prestan mediante una red tal que resulta antieconómica la coexistencia de diversas redes en libre competencia (monopolio natural), así como los que son dispuestos bajo el ropaje de exclusividad por un determinado plazo como forma de hacer viable el negocio para los inversores (monopolio legal o exclusividad), estos últimos, fijados bajo la cláusula de la prosperidad, art. 75, inc. 18, Const. Nac.

La exclusividad o monopolio legal pudo haber sido imaginada a partir del pensamiento alberdiano si se entiende, por tal concepto, una compañera del riesgo³⁸. El monopolio natural, en cambio, es una concepción más moderna, y significa que es ineficiente o antieconómico que haya más de un proveedor del servicio o que haya redes yuxtapuestas de proveedores diversos del mismo servicio. A modo de ejemplo, las licenciatarias del servicio básico telefónico (telefonía fija) gozaron de exclusividad o monopolio legal en Argentina hasta noviembre del 2000 (y aun así para ese entonces habían comenzado a competir con la telefonía

ALFRED E., *The Economics of Regulation - Principles and Institutions*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1988, t. I, p. 5, n. 21, y p. 7 y ss.; SAMUELSON, PAUL A. - NORDHAUS, WILLIAM D., *Economics*, 15th ed., Mc Graw Hill, New York, 1995, ps. 154/155; desde la perspectiva iuspublicística argentina, pueden verse CASSAGNE, JUAN CARLOS, «Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público», en su *Estudios de derecho público*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 95/102; SOLA, JUAN VICENTE, *Constitución y economía*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 727 y ss.; BALBÍN, CARLOS F., «Sobre la interpretación de los privilegios en los contratos de concesión de servicios públicos», en *EDA* 2000/2001, ps. 786/796, esp. p. 787 y sgte.

En rigor, puede haber certeza sobre un monopolio legal (mientras dure su vigencia) mas no en punto a un monopolio natural (por ej., hace muchos años, la red telefónica fue considerada un monopolio natural; hoy, en un mismo ámbito geográfico pueden estar prestando servicios de telefonía celular dos o más empresas).

³⁷ Según «González, Fernando c/ Municipalidad de Godoy Cruz», *Fallos*: 197: 381 (1943), la Constitución Nacional no se opone a que las provincias y municipios otorguen concesiones de monopolio y exclusividad para la prestación de servicios públicos. En igual sentido, DALLA VÍA, ALBERTO R., *Estudios sobre Constitución y economía*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, ps. 143/144. Ello guarda armonía con el art. 75, inc. 18, CN, por el cual el Poder Legislativo es competente para «proveer lo conducente a la prosperidad del país... promoviendo...» diversos medios económicos por medio de «leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios».

³⁸ Ver ALBERDI, *Sistema económico...* cit., p. 132: «La colocación de grandes capitales en ferrocarriles... corren riesgos tan multiplicados y frecuentes, en países como los nuestros, que no hay compensación ni premio de seguro que no sea pequeño para pagar tamaños riesgos».

celular) pues en esas condiciones se había efectuado la respectiva licitación internacional; la provisión del servicio de agua y cloacas del área metropolitana o el transporte de gas son típicos ejemplos de monopolios naturales³⁹.

§ 9. Monopolio y regulación

De acuerdo con lo dicho, las actividades industriales del mundo privado se desarrollan, en el ámbito de libertad ya aludido en § 3, en un marco de *libertad de mercado*; esas actividades sufren los efectos de la intervención estatal, sea bajo forma de reglamentación de los derechos, de poder de policía, de regulación económica, con el ya mencionado «techo» o límite de razonabilidad (art. 28, Const. Nac.).

Mas existen otras actividades, desarrolladas por firmas privadas, que conlleven, desde el punto de vista económico, operar como único prestador por resultar ineficiente la competencia (monopolio natural), o bien operar como único prestador por razones legales (monopolio legal o exclusividad). Ambas organizaciones se originarían en una decisión estatal, si bien en el caso del monopolio natural la respectiva decisión estatal no hace sino tornar concreta a una realidad económica (hay industrias en las que la forma más eficiente de organizarlas es estableciendo un único prestador⁴⁰), al tiempo que en el supuesto de monopolio legal la exclusividad nace con la propia decisión oficial.

Resulta relevante recordar aquí que es el monopolio así erigido, sea natural o legalmente, el que ha justificado, tradicionalmente, la intensa regulación estatal⁴¹. Y esa intensa regulación estatal «viene a sustituir al mercado», como puntualiza claramente la doctrina⁴². Veamos.

³⁹ Ampliar en GUESTRIN, SERGIO G., *Fundamentos para un nuevo análisis económico del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, ps. 184/185. Algunos autores, como por ej. Benegas Lynch, entienden que servicios como los alcantarillados, cloacas, subterráneos, ferrocarriles, constituirían *monopolios técnicos*, señalando que, en esencia, todos ellos se reducirán a la figura de *monopolio legal* o de *monopolio natural*, por lo que la figura de *monopolio técnico* no aparece como de naturaleza distinta de la de aquéllos; ver BENEGAS LYNCH, ALBERTO (H.), *Fundamentos de análisis económico*, 11.ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 204/205.

⁴⁰ SAMUELSON, PAUL A. - NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, 16a. ed., McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 313.

⁴¹ No es ésta la única justificación de la regulación; en otras palabras, la razón para regular no es solamente la preexistencia de monopolio; ampliar, con provecho, en KAHN, *The Economics of Regulation...*, op. loc. cit.

⁴² AGUILAR VALDEZ, OSCAR, «El acto administrativo regulatorio», en AAVV, *Acto administrativo y reglamento*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2002, ps. 433/472, esp. p. 438.

§ 10. *Marco regulatorio. Servicio público. La calificación*

La posición monopólica, por decisión estatal, lleva a que las respectivas industrias se hallen bajo una suerte de lupa oficial, sometidas a una serie de previsiones regulatorias de distinta fuente —legal, contractual— que conforma un *marco regulatorio*, y es por ello que puede decirse que la razón de ser de esos marcos regulatorios, o la razón de ser de esa regulación, es el régimen de monopolio natural o legal en el que se halla inserta la firma prestadora.

Aquí resulta de interés introducir el concepto de «marco regulatorio de un servicio público», v.gr., el conjunto de previsiones legales, infralegales y contractuales que reglan actividades calificadas previamente como servicio público.

Esa calificación ha recibido, para un sector de la doctrina local, el nombre de *publicatio* y que, por decirlo en términos sencillos, significa colocar, mediante una decisión formalmente legislativa, a una actividad o industria, dentro del grado máximo de regulación⁴³.

Un ejemplo de marco regulatorio es el correspondiente al sector eléctrico, y abarca la ley 24.065 (cuyo art. 1º caracteriza como servicio público el transporte y distribución de electricidad), su decreto reglamentario 1398/92, la ley 15.336, el decreto 186/95, los contratos de concesión oportunamente celebrados, el reglamento de suministro, las múltiples resoluciones de la Secretaría de Energía que reglamentan aspectos particulares, las renegociaciones de esas concesiones bajo la ley 25.561 de emergencia, entre otras muchas normas. Este, así como otros marcos regulatorios, se hallan, en su mayoría, publicados en la página *web* del respectivo regulador⁴⁴.

Otros marcos regulatorios podrán reglar o reglamentar actividades que no son servicio público, y, por apego al texto literal, ellos son ajenos a los marcos regulatorios de los servicios públicos aludidos en el art. 42, Const. Nac. que hacen a actividades calificadas como tales. En esta postura, son ajenas a la noción de marco regulatorio de un servicio público las reglamentaciones aplicables a la

⁴³ Se conjugan, en esta propuesta interpretativa, la opinión de Cassagne y la de Bianchi. Según el primero, el vocablo en cuestión —*publicatio*—, es expresión de la decisión, instrumentada en una ley formal, de sujetar una determinada actividad a las potestades administrativas mediante un régimen especial; ver en CASSAGNE, JUAN CARLOS, «El servicio público en el campo de la contratación administrativa», en ARINO ORTIZ, GASPAR — CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, cap. II, p. 62. En cuanto al servicio público como máximo nivel de regulación, tal es la postura de BIANCHI, ALBERTO B., *La regulación económica*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, t. 1, p. 225. Ambas se reflejan en nuestro *Régimen de las tarifas...*, cit., cap. I y ss.

⁴⁴ Tal el caso de www.enre.gov.ar; www.enargas.gov.ar; entre otras.

actividad de generación eléctrica o de producción de gas, que no son servicio público pues no han sido calificadas así en las respectivas leyes⁴⁵; como también son ajenas a la noción de marco regulatorio de un servicio público las reglamentaciones que gobiernan la actividad bancaria, la sanidad animal, o el régimen antidoping, entre otros muchos supuestos de la vida cotidiana. Éstas últimas son regulaciones, reglamentaciones, podrán integrar un marco regulatorio en sentido lato, pero no conformarán un «marco regulatorio de un servicio público» de los mentados en el art. 42, Const. Nac. por no mediar previa calificación.

Por ende, un servicio público tendrá marco regulatorio, pero no todo marco regulatorio corresponderá a un servicio público: habrá que verificar si el legislador efectuó la respectiva calificación (*publicatio*, en la clara terminología adoptada por CASSAGNE⁴⁶). Dicha calificación, de rango formalmente legislativo, debe estar gobernada, en lo sustancial, por la regla de la razonabilidad⁴⁷, y viene acompañada de dos caracteres esenciales más: (i) la obligatoriedad en la prestación del servicio; (ii) y el cobro de un precio regulado denominado *tarifa*.

Dicha obligatoriedad debe ponerse en un primer plano, y para justificar tal aserto, repárese en la experiencia que surge del marco regulatorio correspondiente al transporte de gas: existe un servicio público de transporte de gas (art. 1, ley 24.076); mas, si ese transporte se contrata bajo la modalidad interrumpible, a un precio más conveniente para el usuario (precio menor, por ser el servicio interrumpible), no habrá servicio público sino mera actividad regulable o reglamentable pues la ley 24.076, en su art. 24, sólo obliga al transportista y al distribuidor a «asegurar el gas no interrumpible» o residencial; por ende, el servicio público, calificado tal, sujeto a prestación obligatoria, a la luz de la ley 24.076, abarca el transporte ininterrumpible, mas no el interrumpible⁴⁸.

⁴⁵ Ver art. 1º, leyes 24.065 y 24.076. Cfr. PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *Renegociación de contratos públicos*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, ps. 61/64.

⁴⁶ Ampliar en CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El contrato administrativo*, 2da. ed., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 181 y ss.

⁴⁷ La *publicatio* debe ser una decisión legislativa razonable, so riesgo de inconstitucionalidad, como destaca GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, 8va. ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. VI-7.

⁴⁸ En este sentido, BIANCHI, ALBERTO B., «Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)», en *ReDA*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2005, n.º 53, p. 499 y ss., esp. p. 549.

§ 11. Aspectos relativos a la jurisdicción

Por cierto, los servicios públicos, objeto de *publicatio*, mentados en el art. 42, Const. Nac., serán los de jurisdicción nacional⁴⁹, esto es, y en lo principal, los que involucran redes interjurisdiccionales. Así, si una red de distribución eléctrica nace y termina en una misma provincia, en principio la misma sería ajena al regulador federal. Lo mismo ocurriría, por vía de hipótesis, en el supuesto de una red intraprovincial de distribución de gas. Mas las reglas señaladas no operan en forma absoluta; es menester mencionar un par de ejemplos —uno relativo a la distribución de gas, y otro relativo a la distribución de electricidad— a fin de ilustrar acerca de cuestiones jurisdiccionales en el marco del diseño de las respectivas privatizaciones.

Como se recordará, en Argentina, en 1945, se creó la Dirección General de Gas del Estado, a cargo de la producción y distribución de combustibles gaseosos⁵⁰. Posteriormente, se transformó «Gas del Estado Empresa del Estado» en «Gas del Estado Sociedad del Estado»⁵¹, asumiendo ésta todos los derechos y obligaciones que fueran de su predecesora. Y en agosto de 1989, la ley 23.696 de Reforma del Estado, en sus Anexos, dispuso, entre las transferencias a jurisdicciones provinciales o municipales mediante convenio, la de las redes de distribución de Gas del Estado S.E.⁵². Empero, bajo el denominado *principio de viabilidad de la privatización* —conforme al cual «la escisión de empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas deberá fundarse en razón de conveniencia comprobada y deberá contemplar la viabilidad técnica y económica futura de cada una de las unidades resultantes de aquélla»⁵³—, se reestructuró la industria del gas natural⁵⁴, definiéndose los diversos mercados en el plan de los diversos segmentos (productores, transportistas, distribuidores) y se posibilitó que, al disponerse la privatización total de «Gas del Estado Sociedad del Estado»⁵⁵, se constituyeran las diversas sociedades transportistas y distri-

⁴⁹ Para un estudio sobre la calificación de una actividad como servicio público, en el marco de los órdenes nacional, provincial, interprovincial y municipal, véase PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, «Competencia para la regulación de los servicios públicos», en AAVV, *Servicio público, policía y fomento - Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ediciones Rap, Buenos Aires, s/f, ps. 287/297.

⁵⁰ Dto. 22.389/45.

⁵¹ Dto. 1444/78.

⁵² Ver L. 23.696, Anexo I.II.

⁵³ Art. 15, inc. 1º, Dto. 1185/89, reglamentario de la ley de reforma del Estado 23.696.

⁵⁴ Dto. 633/91.

⁵⁵ Por Dto. 1189/92.

buidoras⁵⁶. En tales condiciones se efectuó la venta de cada porción de Gas del Estado tal que cada *distribuidora* viniera, por razones de viabilidad, a servir, interjurisdiccionalmente, a más de una jurisdicción, específicamente, entre dos y seis, según los casos. Esta organización territorial fundamenta la actuación del ente nacional, en rigor, federal.

Otro dato relativo a la distribución de gas hace a la *subdistribución*: es claro que un subdistribuidor de gas aún cuando desarrolle su actividad en una sola jurisdicción, para poder desempeñarse como tal, requiere de una habilitación otorgada por el Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas) pues pesan sobre el subdistribuidor las mismas obligaciones que rigen para los distribuidores⁵⁷; así, el servicio público que prestará es un servicio público nacional⁵⁸, sujeto a jurisdicción nacional en todo el territorio nacional⁵⁹. Como puede verse, entonces, esta concatenación de normas coloca al subdistribuidor en la esfera de regulación federal no obstante prestar servicios intraestadualmente. En otras palabras, el *status* federalizado del subdistribuidor se corresponde con prescripciones legales expresas, y esa centralización se justifica pues el reconocimiento de subdistribuidores de gas preexistentes y el otorgamiento de licencias a subdistribuidores debe dejar a salvo la exclusividad relativa de que gozan los distribuidores⁶⁰.

Así, mientras por un lado la distribución eléctrica es un servicio creado y organizado por las autoridades locales en la medida en que sea intraestadal no solo geográfica sino regulatoriamente⁶¹, en materia de distribución y subdistribución

⁵⁶ Transportadora de Gas del Sur S.A.; Transportadora de Gas del Norte S.A.; Distribuidora de Gas Metropolitana S.A.; Distribuidora de Gas Buenos Aires Norte S.A.; Distribuidora de Gas Noroeste S.A.; Distribuidora de Gas del Centro S.A.; Distribuidora de Gas del Litoral S.A.; Distribuidora de Gas Cuyana S.A.; Distribuidora de Gas Pampeana S.A. y Distribuidora de Gas del Sur S.A.

⁵⁷ Dto. 1738/92, Anexo I, art. 12.3.

⁵⁸ Art. 1º Ley 24.076

⁵⁹ Dto. 1738/92, Anexo I, art. 1 inc. 3, aplicable en virtud del precitado art. 12.3.

⁶⁰ Reglas Básicas de la Licencia, Dto. 2255/92, núm 2.2. Tal extremo fue tempranamente fijado por el Enargas: dictada la ley 24.076, en 1993, la Res. Enargas 35/93 reglamentó la subdistribución de gas por redes, e interesa poner de resalto que, con invocación, en lo sustancial, de la ley 23.696, su decreto reglamentario ya citado, 1105/89, la ley 24.076, y los Dtos. 633/91 ya citado, y 48/91, dicho Ente dejó sentado no sólo el título legal del subdistribuidor bajo el Dto. 2255/92, sino también que «la posibilidad de acceder a tal carácter [de subdistribuidor] se relaciona directamente con el derecho a la exclusividad otorgado a los distribuidores por el art. 12, inciso I, del Anexo I del Dto. 1738/92 y por el punto 2.2. de las RBL aprobadas por Dto. 2255/92», hallándose el subdistribuidor bajo el poder de policía técnica y de seguridad de las licenciatarias de distribución.

⁶¹ La cuestión excede los límites de este trabajo, por lo que cabe solamente mencionar un supuesto de red intraestadal —no geográficamente interjurisdiccional— de distribución, que, empero, es utilizada para prestar un servicio regulado por la autoridad nacional —función técni-

de gas nos hallamos ante un régimen federalizado por razones de: (i) interjurisdiccionalidad fundada en el principio de viabilidad, que, asimismo, replica la antigua organización de Gas del Estado como empresa estatal nacional; (ii) protección centralizada de exclusividades otorgadas en las respectivas licencias.

§ 12. *El ente regulador. Universo de acción*

El especialista en la aplicación, a la firma regulada, del marco regulatorio, es el *ente regulador* del servicio público de que se trate. Como se recordará, y de acuerdo con lo dicho, habrá ente regulador del servicio público cuando medie calificación previa, de la actividad de que se trate, como servicio público; pero no siempre que haya ente regulador habrá servicio público: el Banco Central de la República Argentina regula la actividad bancaria, puede ser considerado un ente regulador, pero la actividad que regula no ha sido calificada o declarada servicio público, y podrían agregarse otros ejemplos similares. En cambio nadie dudaría de que el servicio público de transporte eléctrico y el servicio público de distribución de electricidad se encuentran bajo la esfera del Ente Nacional Regulador de la Electricidad. Finalmente, el ente regulador de un servicio público no regulará únicamente a las prestadoras del servicio público, sino que también reglamentará, dentro de su competencia, la actividad de otras firmas por él reguladas que no son prestadoras de servicios públicos: por ej., el Enargas regula, como ente regulador de servicios públicos, a las firmas licenciatarias de los servicios de transporte y de distribución de gas en cuanto las mismas prestan tales servicios públicos; pero, al mismo tiempo, el Enargas regla o reglamenta actividades que no constituyen servicio público sino industrias libres (supuesto de transporte interrumpible de gas, ver § 10 *in fine*; supuesto de producción de gas, art. 1º, ley 24.076). Estos dos últimos supuestos generan regulaciones o reglamentaciones que tienen como origen y fin la regla de la razonabilidad del art. 28, Const. Nac.

§ 13. *Presunciones resultantes*

Esta acotación posee marcada relevancia pues, de la ponderación de las actividades que son servicio público y de la apreciación de las industrias libres reglamentables surgiría una suerte de doble juego de presunciones. Así, por lado,

ca de transporte—, y remitir a los antecedentes volcados en «Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Empresa Distribuidora San Luis S.A. c/ Ente Nacional Regulador de la Electricidad», fallo de la Corte Suprema del 24/10/06.

mientras que la actividad calificada de servicio público puede presumirse regulada (dentro de los límites de la razonabilidad por imperio del art. 28, Const. Nac.) y ello guardaría armonía con la definición antes apuntada de «servicio público» entendido como «máximo de regulación»⁶², por el otro lado, una industria lícita es una actividad libre que no se presume regulada pues es una libertad de las amparadas por el art. 14, Const. Nac., con lo que sólo podría ser objeto de razonables reglamentaciones (art. 28, Const. Nac.).

La distinción es importante; enfrentado el decisor con un acto de alcance general o de alcance particular que regula una actividad, deberá distinguirse, en primer lugar, si la actividad en cuestión se inserta en uno u otro universo. A tal efecto, deberá estarse a si medió o no razonable calificación de servicio público de la misma; y si tal calificación no existe o si ella misma no resulta aplicable a la específica actividad ponderada, rige, en toda su plenitud, el principio *in dubio pro libertate*⁶³, y sólo desde este principio se evaluaría la respectiva regulación.

Este enfoque podría echar luz sobre un adecuado análisis de medidas que afectan el transporte de gas en sus diversas modalidades según se halle en juego la ley del gas o la ley de hidrocarburos⁶⁴, y trae a colación la sana jurisprudencia conforme la cual, en caso de afectarse derechos de propiedad mediante esas medidas, se dejan a salvo las pretensiones indemnizatorias correspondientes⁶⁵.

§ 14. *Prestación privada del servicio público*

Todo lo dicho se corresponde con un esquema de libertad de industria de que gozan las firmas privadas, así como con un esquema de servicio público a

⁶² Ver § 10.

⁶³ BADENI, *Tratado de Derecho constitucional...*, cit., t. I, ps. 126/127. Allí puntualiza: «[E]n caso de duda cuando agotada la aplicación de todas las reglas de interpretación no resulta posible arribar a una solución precisa y clara, la determinación que se adopte para el caso concreto debe ser en salvaguarda de la libertad comprometida por aplicación del principio "*in dubio pro libertate*"... [E]l análisis de los límites provenientes de la reglamentación, debe ser restrictivo y no extensivo».

⁶⁴ Así, (i) el transportista de la ley 24.076 con licencia del dto. 2255/92 por imperio del art. 11, inc. a), de la ley 24.076), dentro del marco de diversos servicios que los modelos de licencia presuponen (ver también § 10 *in fine*); (ii) el transportista del régimen de «concesiones de transporte» de la ley de hidrocarburos previsto en los arts. 39 a 44 de la ley 17.319 (art. 11, inc. b), ley 24.076); (iii) el productor-transportista que efectúa el transporte ínsito o implícito en el manejo de su propio hidrocarburo bajo el art. 28 de la ley 17.319, que podemos llamar «transportista del art. 28»; (iv) el transportista que se subroga en una concesión de transporte de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 9º del decreto 1589/89 (art. 11, inc. c), ley 24.076).

⁶⁵ CNACAF, Sala III, «Refinor c/ Res. 5415», del 9/6/04.

prestar por una firma privada concesionaria o licenciataria. Y a este último supuesto se dedican los párrafos que siguen.

Ello no significa que, de hecho, algunos servicios públicos hoy sean prestados por una instrumentalidad empresarial estatal, o que lo hayan sido en el pasado, en especial entre los años '30 —con especial énfasis a partir de 1945— y hasta las privatizaciones de los '90⁶⁶. Pero, en palabras de ALBERDI:

«[N]o hallaréis en toda la Constitución argentina una disposición que atribuya a rama alguna del gobierno la facultad de ejercer el comercio (...) o las manufacturas por cuenta del Estado (...) Si esas industrias fuesen suyas y no de los particulares, por utilidad del Estado, convendría desprenderle de ellas, y deferirlas a los particulares»⁶⁷.

En este marco de subsidiariedad, constitucional, que privilegia la prestación *privada* de servicios —incluyendo los servicios públicos— y aventa el Estado empresario, se encaran las notas que siguen.

§ 15. *Los marcos regulatorios de los servicios públicos del art. 42, Const. Nac.*

Los marcos regulatorios a los que se hace referencia en este acápite están mencionados en el art. 42, Const. Nac., y allí se hallan restringidos, naturalmente, a los correspondientes a los servicios públicos *nacionales*, v.gr., los que se hallan sujetos a la regulación por parte de órganos o entes estatales nacionales por mediar interjurisdiccionalidad física⁶⁸ o regulatoria⁶⁹.

Sin perjuicio de lo ya expresado en § 11, cabe apuntar que, en las provincias, hay marcos regulatorios de los servicios públicos provinciales⁷⁰, que, pedagógicamente, pueden ser entendidos como intra-provinciales, si se permite el neologismo; y ellos son ajenos a estos párrafos ya que se corresponden con infraestructuras no-interjurisdiccionales en los dos sentidos apuntados.

⁶⁶ Para la etapa de empresariado estatal, ver, con provecho, GALLI, GUILLERMO P., «Recursos públicos», en AAVV, *Manual de finanzas públicas*, 2da. ed., AZ, Buenos Aires, 1986, ps. 163/247, esp. p. 184 y ss.

⁶⁷ ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Segunda Parte, cap. III, § III.

⁶⁸ Por ej., una red de distribución que abarca más de una provincia.

⁶⁹ Ver los ejemplos en § 11.

⁷⁰ Así, por ejemplo, los contratos, leyes y demás reglamentaciones publicadas en la página web del regulador provincial de la provincia de Jujuy, que se llama, en dicha provincia, Superintendencia de Servicios Públicos y Otras Concesiones, <http://www.susepu.gov.ar/>.

§ 16. *Enumeración*

A partir de fines de 1989, como es de público conocimiento, la prestación de diversos servicios públicos, prestados por el Estado, fue transferida al sector privado (privatización por concesión o licencia), y se conformaron los diversos marcos regulatorios que acompañaría a esas concesiones o licencias.

Posteriormente, esta escena, con la crisis incubada durante los años 2000/2001, fue afectada por la ley de emergencia 25.561⁷¹ de enero del 2002, que, en lo que aquí interesa, marcó profundamente los marcos regulatorios existentes mediante una popular medida dotada de dos caras: por el art. 8° se congelaron —dentro de la transitoriedad de la declaración de emergencia— las tarifas de las licencias y concesiones de servicios públicos. Y, al mismo tiempo, se mantuvieron en pie las obligaciones de cada firma prestadora, dejándose la puerta abierta para el sometimiento a una renegociación. Posteriormente, la ley 25.790, de renovación de la emergencia, de octubre del 2003, sumió a los marcos regulatorios en una mayor insignificancia⁷². Al presente, algunas renegociaciones han concluido, y otras están en su etapa embrionaria, y de ello se da cuenta en la respectiva página web oficial⁷³. Asimismo, la declaración de emergencia, originaria de la ley 25.561, art. 1°, se sigue renovando año tras año, con alcances generales, en forma casi automática.

Durante la puesta en marcha de esa renegociación, el dto. 311/03 hizo una suerte de arqueo de las actividades que eran consideradas servicios públicos a los efectos de su inclusión en la renegociación de licencias y concesiones. De dicho decreto surge la siguiente enumeración:

- a) provisión de servicios de agua potable y desagües cloacales;
- b) transporte y distribución de energía eléctrica;
- c) transporte y distribución de gas;
- d) telecomunicaciones de telefonía básica (fija);

⁷¹ Recuérdese que el art. 2° de la ley de emergencia 25.344, dictada durante el primer año del gobierno del Dr. de la Rúa excluía, expresamente, a las licencias y concesiones de servicios públicos: «Quedan expresamente excluidos del régimen establecido en esta ley los contratos suscritos en virtud de los procesos de privatización autorizados por la ley 23.696 y que estén regidos en sus prestaciones por marcos regulatorios establecidos por ley».

⁷² Se trata de la ley de prórroga de la ley 25.561 hasta diciembre del 2003: «Las decisiones que adopte el Poder Ejecutivo nacional en el desarrollo del proceso de renegociación no se hallarán limitadas o condicionadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los contratos de concesión o licencia de los respectivos servicios públicos». Luego sobrevinieron otras prórrogas, siendo la última la proveniente de la ley 26.204, que lleva la emergencia hasta el 31 de diciembre del 2007.

⁷³ http://www.uniren.gov.ar/sintesis_de_gestion.pdf

- e) transporte público automotor y ferroviario de personas, de superficie y subterráneo;
- f) servicio ferroviario de cargas;
- g) concesiones viales con cobro a usuarios, incluidos los accesos a la ciudad de Buenos Aires;
- h) servicio portuario;
- i) vías fluviales por peaje;
- j) servicio postal, monetario y de telegrafía; y
- k) sistema nacional de aeropuertos.

§ 17. *Acerca de la enumeración*

Las concesiones y licencias oportunamente acordadas con las firmas privadas prestadoras totalizan algo más de seis decenas de contratos. Pero esos contratos, en algunos casos, son agrupables por mediar similitud: por ej., las dos licencias de transporte troncal de gas, y las nueve licencias de distribución de gas se corresponden con los modelos establecidos por dto. 2255/92.

También se redujo la enumeración del dto. 311/03 a los fines de la renegociación de las concesiones o licencias de servicios públicos: entre otros, el dto. 1075/03 puso fin a la concesión de Correo Argentino; el dto. 303/06 rescindió el contrato de provisión de agua y cloacas a renegociar; así nacieron, respectivamente, CORA S.A. (Correo Oficial de la República Argentina S.A.⁷⁴) y AySA S.A. (Agua y Saneamientos Argentinos S.A.⁷⁵), a modo de reestatizaciones.

A todo evento, cabe leer la enumeración en forma precisa. En la misma, de un modo acorde con el art. 1º de la ley 24.065 y con el art. 1º de la ley 24.076, no se incluye la generación eléctrica o la producción de gas; en cuanto al transporte de gas, cabe tener por reiterada la reflexión volcada en § 10 *in fine* respecto a la exclusión, de la calificación de servicio público, del transporte interrumpible. Asimismo, dentro de las telecomunicaciones, el dto. 311/03 sólo incluye las de telefonía básica (fija), excluyéndose, por no haber sido objeto de calificación como servicio público, la telefonía celular. Se incluyen las vías fluviales por peaje, lo cual remite al contrato de la Hidrovía, verdadero marco regulatorio de la actividad, cuyo decreto de aprobación fuera oportunamente publicado sin anexos (dto. 253/95⁷⁶).

⁷⁴ Dto. 721/04.

⁷⁵ Dto. 304/06.

⁷⁶ B.O. 24/2/95, dto. 253/95, de adjudicación de la licitación convocada por dto. 863/93. Originariamente fue publicado en el Boletín Oficial como dto. 235/95, mas la correspondiente fe de erratas fue publicada en el B.O. 27/2/95.

Además, la enumeración transcrita es pasible de reflexiones diversas, ya que, en algunos casos, se enumeran actividades que han sido expresamente declaradas servicio público, pero otros de los servicios enumerados no conducen tan derechamente a la razonabilidad de esa calificación en el dto. 311/03 (transporte ferroviarios de cargas), o que no parecerían tener los alcances pensados (servicio portuario, enumerado también en el citado decreto).

En el supuesto del servicio postal, enumerado como servicio público en el decreto 311, es claro que hoy el Correo Oficial compite, en los hechos, con los denominados «correos privados».

En el supuesto del transporte ferroviario de cargas, se lo considera, legislativamente, un servicio público, pero es sabido que, en algunas áreas geográficas, dicho servicio público compite con el transporte terrestre de cargas, que tiene precios de mercado.

Un supuesto más rico en matices es el del servicio portuario: la ley 24.093⁷⁷ no declara servicio público a la actividad portuaria de conformidad con su texto. Antes bien, consagra, legislativamente, cierto supuesto en el cual la actividad debe ser obligatoriamente prestada. Así, en el art. 7° de la Ley de Puertos N° 24.093, y *sólo en lo relativo a los puertos de uso público*, se percibe una implícita manda de obligatoriedad en la prestación del servicio cuando se está ante un restringido universo de puertos: los denominados «puertos de uso público». Ese artículo establece: «Son considerados puertos de uso público: aquellos que, por su ubicación y sus características de la operatoria deban prestar obligatoriamente el servicio a todo usuario que lo requiera». Tal previsión legislativa puede ser leída desde distintos puntos de vista. En tanto leída desde la teoría del servicio público, el art. 7° permitiría detectar, en los puertos de uso público (estatales o privados), una noción de servicio público inexistente en el texto de la ley: sólo se hace hincapié en la obligatoriedad. Ello pues: (i) si se entiende que *publicatio* es declarar que una actividad es servicio público, y si se concibe que no hay servicio público sin razonable *publicatio*, ningún puerto, ni siquiera un puerto abierto al uso público, prestaría un servicio público pues no se está ante tal declaración legislativa. Ahora, (ii) si se entiende que se puede reducir la noción de servicio público a la obligatoriedad⁷⁸, el precitado art. 7° contendría una implí-

⁷⁷ Sobre esta ley, puede verse, asimismo, MIGUEL, ALICIA N., «Consideraciones sobre la legislación portuaria argentina», en CORBETTA, JUAN CARLOS (dir.), *Anales. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata, La Ley, Año 3, n.° 36, pp. 450/460.

⁷⁸ Véase, sobre esta tesis, MAIRAL, HÉCTOR A., «La ideología del servicio público», en *ReDA*, Buenos Aires, Depalma, septiembre-diciembre de 1989, n.° 14, p. 359 y ss.

cita calificación de servicio público que abarcaría a los puertos de uso público que por su ubicación y características de operatoria deben obligatoriamente prestar el servicio portuario a todo aquel que lo requiera. A todo evento, el art. 7° transcripto permite deducir que los puertos de uso privado moran en un ámbito de plena competencia por ser ese el designio del legislador, en un ambiente francamente extraño al servicio público y a la máxima regulación a él asociada.

§ 18. *Un modelo de análisis*

Resultaría imposible detallar aquí cada uno de los marcos regulatorios correspondientes a la actividades enumeradas en § 15; marcos regulatorios individuales han merecido voluminosas obras de los especialistas⁷⁹.

Con esta aclaración presente, se brindan ahora algunos lineamientos sobre solamente uno de los marcos regulatorios que crea un ente regulador que puede considerarse *prototípico*: el Ente Nacional Regulador del Gas ó Enargas⁸⁰.

Se opta por ese único marco regulatorio por razones de extensión de este trabajo, y, además, pues de su lectura surge que el núcleo del mismo es sorprendentemente sencillo y claro, y respondió originariamente a modernas exigencias regulatorias privilegiando principios que, poco después a su sanción originaria, tendrían consagración constitucional.

⁷⁹ Entre otros, CANOSA, ARMANDO N., *Régimen administrativo del transporte terrestre*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, 747 ps., que abarca generalidades del transporte, particularidades del transporte ferroviario, así como del transporte automotor de pasajeros, y del transporte automotor de cargas; BARREIRO, RUBÉN A., *Derecho de la energía eléctrica. Dinámica legal, derechos y obligaciones del usuario. Tratado exegético del marco regulatorio eléctrico. Texto ordenado de las leyes 15.336, 24.065 y normas reglamentarias. Concordado, comentado y anotado*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, 1027 ps., que cubre antecedentes, el marco regulatorio eléctrico, la política general y agentes, los transportistas y distribuidores, los grandes usuarios, la provisión de servicios, las limitaciones, la exportación e importación, el despacho de cargas, las tarifas, adjudicaciones, el Ente Nacional Regulador, el Fondo Nacional de la Energía eléctrica, el procedimiento y control jurisdiccional, las contravenciones y sanciones, así como lo relativo al ámbito de aplicación y a la privatización.

⁸⁰ El Ente Nacional Regulador del Gas actúa en todo el territorio nacional, a través de su sede central en la Ciudad de Buenos Aires y por medio de delegaciones regionales y agencias ubicadas en distintas ciudades del interior del país (Delegación Regional Cuyo; Delegación Regional Sur; Delegación Regional Noroeste; Delegación Regional Centro; Delegación Regional Rosario; Agencia Trelew; Agencia Río Grande; Agencia Río Gallegos; Agencia Concordia; Agencia Mar del Plata; Agencia Tucumán; y Agencia Santa Rosa). Esta descentralización, por cierto, posee base legal: art. 50, ley 24.076.

§ 19. *Caracterización. Competencias. Vinculación con los usuarios*

Esa opción trae aparejado recordar, liminarmente, la organización del respectivo ente regulador, que se caracteriza por:

- haber sido creado por *ley*⁸¹, aislado, por voluntad del legislador, del orden jerárquico que presupone la organización piramidal que depende del Poder Ejecutivo Nacional (administración pública centralizada) en virtud de su carácter de entidad autárquica⁸², esto es, ente descentralizado en grado de *autarquía*; contando su directorio con una relativa *estabilidad*⁸³,⁸⁴;
- dicha ley le otorga competencias⁸⁵, en lo principal, de carácter *normativo*, previéndose exlegue la *participación* en el procedimiento previo al dictado de específicas medidas⁸⁶; competencias de carácter *jurisdiccional*, instituyendo un régimen de *jurisdicción primaria administrativa*⁸⁷, de

⁸¹ Ley 24.076.

⁸² Art. 51, ley 24.076.

⁸³ Ver art. 54, ley 24.076.

⁸⁴ «Creación por ley» y «estabilidad» son los elementos calificados como básicos en SOLA, JUAN V., *Derecho constitucional*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 809. Puede verse, asimismo, CABOT, DIEGO, «Intervención e incumplimiento de las normas para nombrar directivos, principales faltas», publicada en *La Nación*, 19/2/07, donde se objeta la intervención administrativa de ciertos reguladores (hoy el Enargas se halla intervenido y su directorio fue desplazado por un interventor; ver Dto. 571/07, BO 22/5/07, y su prórroga, Dto. 1646/07, BO 16/11/07); y se formulan reparos a la efectiva vigencia de la manda legislativa sobre la selección competitiva de los directores.

⁸⁵ Art. 50 y ss., ley 24.076.

⁸⁶ Por ej., Dto. 1738/92, reglamentario de la ley 24.076, sección XI, arts. 65/70, ap. 10: «La sanción de normas generales será precedida por la publicidad del proyecto o de sus pautas básicas y por la concesión de un plazo a los interesados para presentar observaciones por escrito. Excepcionalmente podrá recurrirse al procedimiento de audiencia pública a este efecto cuando la repercusión pública del tema así lo justifique».

⁸⁷ Puede ampliarse en BREYER, STEPHEN G. ET AL., *Administrative Law and Regulatory Policy*... cit., p. 1165 y ss.; SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, 3rd ed., Little Brown and Co., Boston, Mass., 1991, p. 523 y ss.; SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law. A Casebook*, 3rd. ed., Little Brown and Co., Boston, Mass., 1988, p. 714 y ss.; PIERCE, RICHARD J. (JR.) - SHAPIRO, SIDNEY A. - VERKUIL, PAUL R., *Administrative Law and Process*, 2nd ed., The Foundation Press, Westbury, New York, 1992, p. 190 y ss.; BONFIELD, ARTHUR E. - ASIMOW, MICHAEL, *State and Federal Administrative Law*, West, St. Paul, Minn., 1989, p. 703 y 729; REESE, JOHN H., *Administrative Law. Principles and Practice*, West, St. Paul, Minn., 1995, ps. 640 y 679; ROBINSON, GLEN O. - GELLHORN, ENEST - BRUFFE, HAROLD H., *The Administrative Process*, 4th ed., West, St. Paul, Minn., 1993, p. 170 y p. 188; AMAN, ALFRED C. (JR.) - MAYTON, WILLIAM T., *Administra-*

honda tradición en países que guardan similitud con nuestra organización constitucional⁸⁸; y, residualmente, competencias de carácter *administrativo*. Además, se exige, sanamente, una *motivación calificada* en el supuesto de dictarse ciertas medidas⁸⁹.

- Cabe agregar, asimismo, que en el plano *institucional*, la información producida por el ente se halla publicada en la respectiva página *web*⁹⁰: allí se publica el marco regulatorio integralmente, así como los muchos actos fruto del ejercicio de las mencionadas competencias, se canaliza ágilmente la comunicación *online* con los usuarios para consultas o reclamos⁹¹, y se anuncian los procedimientos abiertos a la participación⁹².

No todos los marcos regulatorios materializan todos estos extremos. Algunos marcos regulatorios prevén reguladores que integran la administración centralizada careciendo de autarquía; otros marcos regulatorios no prevén un régimen de jurisdicción primaria; otros marcos regulatorios son aplicados por reguladores que carecen de cuna legislativa al haber sido creados por decreto dentro de la divisoria entre competencias legislativas y ejecutivas fijada constitucionalmente, etc.; nada de ello los torna, empero, anómalos.

Una causa de verdadera anomalía, en cambio, sería la *no publicación* del marco regulatorio que aplica el regulador, pues ello afecta el principio de publicidad

tive Law, West, St. Paul, Minn., 1998, p. 422; GELLHORN, WALTER - BYSE, CLARK - STRAUSS, PETER L. - RAKOFF, TODD - SCHOTLAND, ROY A., *Administrative Law*, 8th ed., The Foundation Press, Mineola, New York, 1987, p. 1133 y ss.; FOX, WILLIAM F. (JR.), *Understanding Administrative Law*, 3rd ed., Matthew Bender, New York, 1997, p. 366 y ss.; WARREN, KENNETH F., *Administrative Law in the Political System*, 3rd ed., Prentice Hall, Upper Saddle River, New Jersey, 1996, p. 437 y ss.; CANN, STEVEN J., *Administrative Law*, 3rd ed., Sage, Thousand Oaks, Cal., 2002, p. 143 y ss.; entre otros.

⁸⁸ Nótese que, en el ámbito del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, se excluye, jurisprudencialmente, la competencia del ente regulador para liquidar daños y perjuicios, conf. causa A. 126. XXXVI, «Angel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. n.º 750-002119/96)», del 5/04/05, conforme al cual la determinación y condena al pago de los daños y perjuicios eventualmente derivados del incumplimiento del contrato celebrado entre la distribuidora y el usuario debe considerarse fuera de la jurisdicción especial atribuida al ENRE por el art. 72 de la ley 24.065, el cual sólo está facultado para resolver las controversias que se susciten entre los sujetos mencionados en dicha norma, en la medida en que las relaciones entre ellos afectan el correcto funcionamiento del servicio.

⁸⁹ Por ej., Dto. 1738/92, reglamentario de la ley 24.076, sección IX, art. 41, ap. 2; ídem, sección X, art. 52, ap. 8.

⁹⁰ www.enargas.gov.ar

⁹¹ Los cuales son respondidos en un lapso de tiempo óptimo.

⁹² Ver dto. 1172/03, que aplica el mencionado ente regulador.

de los actos de gobierno (art. 1º, Const. Nac.), afectándose el derecho a la información de los usuarios del servicio público bajo el dto. 1172/03 y dañándose el principio republicano de gobierno.

A continuación se ilustra acerca de uno de los múltiples marcos regulatorios existentes, el que crece y se desarrolla bajo la ley 24.076 o ley del gas⁹³.

§ 20. *El enclave constitucional*

El mencionado marco regulatorio contiene pluralidad de previsiones legales y convencionales, que rigen unas redes de enorme importancia económica⁹⁴. Resultaría imposible, en esta apretada exposición, reseñarlas todas. Sin embargo, hay un aspecto que bien puede ser encarado aquí pues hace, en forma directa, a una previsión constitucional contenida en el art. 42, Const. Nac.

Dicho artículo no solamente se refiere a los marcos reguladores de los servicios públicos conceptualizados en las secciones anteriores de este trabajo. Antes bien, contiene una manda por demás relevante que también hace a los servicios públicos, y que, en lo sustancial, expresa:

«las autoridades proveerán (...) al control de (...) la (...) eficiencia de los servicios públicos».

De tal modo, si enseguida se establece en ese artículo que

«La legislación establecerá (...) los marcos regulatorios de los servicios públicos»,

⁹³ Que se aplica al servicio público de transporte de gas, al servicio público de distribución de gas, así como a la *subdistribución*: ver § 11.

⁹⁴ Como se recordará, el servicio público de transporte de gas, en nuestro país, comprende dos grandes sistemas de gasoductos —que suman más de doce mil kilómetros de tuberías—, cada uno de los cuales conforma un sistema interjurisdiccional. Un sistema de gasoductos comprende el Gasoducto Norte, el Gasoducto Centro Oeste, y los Tramos Finales, totalizando 5484,9 kilómetros. El otro sistema de gasoductos comprende el Gasoducto Neuba II, el Gasoducto Oeste-Neuba I, el Gasoducto General San Martín, los Tramos Finales, el anillo Buenos Aires, el Gasoducto Cordillerano, el Gasoducto Plaza Huincul-Gral Conesa y los gasoductos de interconexión y derivaciones; totalizando 7.380,1 kilómetros; ampliar en ENARGAS, *Informe Anual 2002*, p. 153 y ss.; en materia de *distribución*, hay, en todos el país, 9 distribuidoras; cada una de ellas sirve al menos en dos jurisdicciones territoriales distintas (por ej., la licenciataria que sirve en la provincia de Santa Fé y la zona norte de la pcia. de Buenos Aires); el máximo está dado en la distribuidora que presta servicios en seis jurisdicciones provinciales distintas de baja densidad poblacional (licenciataria que sirve en las provincias de Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz, Tierra del Fuego y sur de la pcia. de Buenos Aires).

parecería claro que estos marcos regulatorios de los servicios públicos, a sancionar por las autoridades, deben permitir el control de la eficiencia del servicio público.

Una forma de controlar la eficiencia en el servicio público —y, por qué no admitirlo, la forma en que esa eficiencia garantiza que el usuario no sufrague ineficiencias que se hallan fuera de su control— es cuidar que la firma prestadora del servicio público sea eficiente, y ello puede ser logrado exigiéndosele a ésta, en forma clara y expresa, eficiencia a calidad dada.

Como se verá en la sección siguiente de este trabajo, ello fue previsto originariamente en el régimen de la ley del gas 24.076. De tal modo, la incorporación constitucional, en 1994, del concepto de eficiencia dentro de aquellos aspectos por los cuales velarían las autoridades en el área del control de los servicios públicos, no fue sino recepción constitucional de una manda legislativa que ya contaba para esa época con dos años de vida.

Esa manda legislativa, contenida en la ley que nos ocupa, 24.076, significó instaurar un sistema en el cual se utilizarían las tarifas para obtener la eficiencia de la firma (tal que los usuarios no sufragaran ineficiencias), y como las tarifas remuneran, entre otros rubros, las inversiones, como enseña Mairal⁹⁵, también se construyó un sistema de eficientización de éstas últimas.

Veamos lo relativo a la eficiencia y las tarifas en § 21, así como lo relativo a las inversiones en § 22.

Empero, debe tenerse presente, en la lectura de los párrafos que siguen, que el marco regulatorio aquí glosado, de comienzos de la década del 90, está fuertemente incidido por la ley 25.561 del 2002, que en lo sustancial, ha alterado todos los marcos regulatorios existentes pues congeló provisionalmente las tarifas, e invitó a una renegociación que constaría de diversas etapas⁹⁶. En los hechos, y como ha señalado distinguida doctrina, el Estado, mediante la ley 25.561, unilateralmente derogó cláusulas contractuales de los respectivos contratos públicos, modificándolos⁹⁷. Y, al así hacerse, se dejó, en los hechos, sin

⁹⁵ MAIRAL, HÉCTOR A., «La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos», en *RADA*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, Año I, Noviembre 1971, n.º 2, p. 53 y ss., esp. p. 56.

⁹⁶ Las etapas pueden enumerarse así: acuerdo en trámite; acuerdo propuesto con audiencia pública celebrada; acuerdo firmado en trámite posterior a la audiencia pública; actas-acuerdo firmadas en proceso de aprobación por la Procuración del Tesoro de la Nación, por la Sindicatura General de la Nación, por el Honorable Congreso de la Nación, por el Poder Ejecutivo Nacional; acuerdos resueltos ratificados por el Poder Ejecutivo Nacional por decreto. Por fuera de esta serie también hay concesiones rescindidas, y renegociaciones demoradas que no han ingresado a la primera etapa.

⁹⁷ CASSAGNE, JUAN CARLOS, «Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización», en *LL*, 2002-B, ps. 855/871, esp. p. 870.

efecto el régimen tarifario⁹⁸. Es más, y desde una apreciación estrictamente personal, cabe colegir que, al obliterarse el régimen tarifario, se tornó letra muerta lo que éste, los marcos regulatorios, y el art. 42, Const. Nac., aseguraban a los usuarios: un servicio público eficiente.

§ 21. *Tarifas*

Como se recordará, la ley 24.076 establece que, a fin de posibilitar una razonable rentabilidad a aquellas empresas que operen con *eficiencia*, las tarifas que apliquen los transportistas y distribuidores deben contemplar, por un lado, que dicha rentabilidad sea similar a la de otras actividades de riesgo equiparable o comparable; y debe, asimismo, guardar relación con el grado de eficiencia y prestación satisfactoria de los servicios⁹⁹. Así, la finalidad de eficiencia se erige en un originario mandato legislativo, que después hallaría —como se adelantara en § 20— consagración constitucional.

A tal fin, el marco regulatorio previó tarifas ajustadas por un índice basado en indicadores de mercado internacional que reflejan los cambios de valor de bienes y servicios representativos de las actividades de los prestadores¹⁰⁰, índice a ajustar en más o en menos por un *factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones*¹⁰¹.

Lo previsto en la ley se concretó mediante la inclusión, en las reglas básicas de la licencia (dto. 2255/92), de tanto un índice extranjero, como un factor explícito de eficiencia y un factor explícito de inversiones¹⁰², amén del traslado (*passthrough*) en más o en menos de ciertos costos¹⁰³. Todo ello, especificándose claramente la fórmula aplicable en dichas reglas básicas¹⁰⁴, que, por exponerla di-

⁹⁸ En tal sentido, TAWIL, GUIDO S., «Los servicios públicos ante la emergencia económica financiera», en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), *Servicio público y policía*, El Derecho Universitas, Buenos Aires, 2006, ps. 369/374, esp. p. 371.

⁹⁹ Ley 24.076, art. 39.

¹⁰⁰ Ley 24.076, art. 41.

¹⁰¹ Ley 24.076, art. 41.

¹⁰² Num. 9.4.1.4 de las Reglas Básicas de la Licencia de Transporte, Dto. 2255/92, Anexo A.

¹⁰³ Así, art. 37, ley 24.076 (por ello, la factura que contiene un rubro «gas» comprende el gas propiamente dicho, más el transporte, más la distribución); art. 38, inc. c) de dicha ley (el distribuidor factura el precio del gas más la distribución); art. 41 (se reflejará «cualquier cambio en los impuestos sobre las tarifas»); entre otros supuestos.

¹⁰⁴ Íd. n.102. De allí que tal clara fórmula haya echado oportunamente por tierra las objeciones del Legislador en cuanto a que «resultará imposible manejar las tarifas» (Cámara de Senadores de la Nación, Reunión 42.ª, 14/11/1991, p. 4106).

dácticamente, es igual a: precio reajustado = precio anterior $\times$ índice – objetivo de eficiencia + objetivo de inversiones $\pm$ ciertos costos.

En el marco reseñado, además, se previeron establecieron revisiones periódicas¹⁰⁵ del objetivo de eficiencia y del objetivo de inversiones, y oportunamente se realizó la primera revisión quinquenal de fijación de los objetivos de eficiencia e inversiones de las licenciatarias para el quinquenio 1998/2002¹⁰⁶, con las respectivas audiencias públicas previas¹⁰⁷.

La reglamentación de la ley 24.076, que consagra los criterios de estabilidad, coherencia y previsibilidad tanto para los consumidores como para los prestadores¹⁰⁸, especifica que la metodología para ajustar las tarifas de los transportistas y distribuidores en base al índice será incluida en las respectivas habilitaciones¹⁰⁹, por lo que en los modelos de licencia de transporte y de distribución de gas, aprobadas por decreto¹¹⁰, se estableció, oportunamente, además de la dolarización de la tarifa¹¹¹, su reajuste semestral de acuerdo con la variación operada en el PPI¹¹², índice de origen norteamericano¹¹³.

Asimismo, por el art. 96 de la ley 24.076, en caso de conflicto normativo con otras leyes —por ejemplo, la ley de convertibilidad 23.928—, prevalecería la ley 24.076. Este fue el escenario hasta fines de 1999; escenario en el cual el usuarios se beneficiarían pues, bajo la fórmula aplicable, se le exigiría un objetivo explícito de eficiencia al prestador, tal que éste tuviera que cumplir con el mismo a su propio riesgo y tal que los usuarios no tuvieran que enjugar las ineficiencias de la firma¹¹⁴.

Hallándose en curso el quinquenio 1998/2002, con objetivos de eficiencia y de inversiones ya determinados en 1997 para regir durante el período

¹⁰⁵ Ley 24.076, art. 42.

¹⁰⁶ Pueden verse las Res. Enargas 461/97, 462/97, 463/97, 464/97, 465/97, 466/97, 467/97, 468/97, 469/97, 470/97; entre otras.

¹⁰⁷ Ver resoluciones citadas en n.106 y el inc. 8° de la reglamentación por Decreto 1738/92 del artículo 68 inciso a) de la Ley n.º 24.076, que previó expresamente la obligación de convocar a audiencia pública en forma previa a la adopción de decisiones definitivas en materia de revisión quinquenal de tarifas.

¹⁰⁸ Dto. 1738/92, reglamentación del artículo 42 de la ley 24.076.

¹⁰⁹ Dto. 1738/92, art. 41, inc. 3.

¹¹⁰ Dto. 2255/92, Anexos A y B.

¹¹¹ Dto. 2255/92 cit., Anexo, Núm. 9.2,

¹¹² Dto. 2255/92 cit., Anexo, Núm. 9.4.1.1.

¹¹³ Dto. 2255/92 cit., Anexo, Núm. 1.1.

¹¹⁴ Este extremo —inclusión de un explícito objetivo de eficiencia con que debe cumplir la firma a su propio riesgo— echaba por tierra las objeciones del Legislador en cuanto a que «el usuario (...) será el perjudicado» (Cámara de Senadores de la Nación, Reunión 42.ª, 14/11/1991, p. 4106).

1998/2002¹¹⁵, la aplicación del índice extranjero —que había sido aplicado durante más de un quinquenio— fue suspendida provisionalmente, en el marco de la causa judicial iniciada por el Defensor del Pueblo de la Nación; ello, por decisión judicial de agosto del 2000, confirmada por la alzada en octubre del 2001 y por la Corte Suprema en mayo del 2005¹¹⁶. Este fallo fue dictado poco días después de que en el ámbito del Ciadi —centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones, de la esfera del Banco Mundial— se laudara a favor de una de las sociedades accionistas de una licenciataria, sociedad que había reclamado protección de sus inversiones en Argentina¹¹⁷.

Al así resolverse en sede del Máximo Tribunal argentino, la suspensión provisional del índice contenido en la fórmula prevista acarreó que se desbarataron los restantes elementos de la fórmula, v.gr., el objetivo de eficiencia y el objetivo de inversiones.

A la suspensión judicial —que significó que no habría, para el sector analizado, más ajustes por el índice a partir de fines de 1999— siguió la suspensión legislativa —art. 8° de la ley 25.561—, de tipo transitoria, como son transitorias todas las declaraciones de emergencia. Así, se configuró, en tal aspecto, el congelamiento, al cual se sumó la desdolarización (dto. 214/02). Mas la provisionalidad del congelamiento dispuesto legislativamente, por cierto, se ha venido renovando con cada prórroga de la ley de emergencia 25.561, que, datando de enero del 2002, sigue, mecánicamente, recobrando bríos año tras año, por decisión del Poder Legislativo, sin que medie —salvo por algunas excepciones¹¹⁸— ponderación expresa alguna acerca de los costos y beneficios involucrados en la extensión de su vigencia generalizada.

La página *web* donde se publican los avances de las renegociaciones de la ley 25.561¹¹⁹, a noviembre del 2007, indica que sólo la distribuidora Gas Natural Ban llegó a la etapa de «acuerdo resuelto ratificado por el PEN mediante decreto». Las restantes licenciatarias —las transportistas troncales TGS y TGN, así

¹¹⁵ Véase n. 106.

¹¹⁶ CNACAF, Sala V, causa n.º 39.674/2000 «Defensor del Pueblo de la Nación - Incidente de Med. c/ EN - PEN - Mº E. - Dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento», del 5/10/01, con recursos extraordinarios, del Estado Nacional, del Enargas y de las firmas terceras interesadas, contra la medida cautelar, declarados mal concedidos, y con recursos de hecho rechazados por la Corte Suprema, «Defensor del Pueblo» en causas D.89.XXXVIII, D.90.XXXVIII, 24/5/05.

¹¹⁷ El laudo fue enviado a las partes, CMS Gas Transmission Co., demandante, y República Argentina, demandada, el 12/5/05.

¹¹⁸ Cabe remitir a nuestro «Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis costo-beneficio)», en SCHEIBLER, GUILLERMO (Coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia IV-V*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, ps. 111/140.

¹¹⁹ http://www.uniren.gov.ar/sintesis_de_gestion.pdf

como las distribuidoras Metrogas, Camuzzi Gas Pampeana, Camuzzi Gas del Sur, Litoral Gas, Gas Cuyana, Gas del Centro, Gasnor y Gas Nea— se hallan en estadios diversos anteriores a esa etapa¹²⁰.

De acuerdo con lo dicho en esta sección, el congelamiento de hecho data de fines de 1999 en el sector del transporte y distribución de gas; y desde el 2002, con la ley 25.561, se ha desbaratado —dentro de la transitoriedad de toda emergencia— la posibilidad de obtener la eficiencia que aseguraba, a los usuarios, la fórmula antes mencionada. Esa fórmula —cabe apuntar— era el único medio legislado, en el sector que nos ocupa, para hacer posible lo previsto en el art. 42, Const. Nac. en cuanto manda a las autoridades a proveer al control de la «eficiencia» de los servicios públicos, en el caso, el de transporte y distribución de gas natural.

§ 22. *Inversiones*

Como ya se dijo, las tarifas remuneran, entre otros rubros, las inversiones. Es por ello que, tanto al momento de la privatización, al concluirse el respectivo contrato de concesión, o la licencia, como al construirse todo el marco regulatorio que acompaña a esa concesión o licencia, y —en fin— a lo largo de la vida del contrato, resulta esencial no alterar el equilibrio tarifario previsto al ofertar, pues, caso contrario, ocurrirán dos fenómenos: o se resentirán las inversiones, o, en caso de exigirse inversiones en situación de desequilibrio tarifario, se configurará una privación de la propiedad.

El marco regulatorio reseñado previó estos extremos, y, además, incluyó a las inversiones en la fórmula prevista, de modo tal que la misma aunara ajuste por el índice, eficiencia a cumplir por la firma, e inversiones a realizar por la firma. Puede adelantarse que, desbaratada la fórmula por mediar suspensión del índice, también se desbarató la simpleza del régimen de inversiones originario.

El régimen originario preveía obras sujetas al art. 16 de la ley 24.076; se trataba de obras a realizar por la licenciataria por su propia iniciativa cuando la tarifa permitiere el financiamiento de aquéllas¹²¹ o mediando acuerdos con terceros en el marco de precitado artículo cuando la tarifa resultara insuficiente¹²². Todo ello, dentro del equilibrio ya aludido.

¹²⁰ Idem n.119.

¹²¹ Las licencias del dto. 2255/92 previeron, para el primer quinquenio, la realización de inversiones obligatorias destinadas, en general, a obras de seguridad de los sistemas de gasoductos, exigibles según determinadas metas físicas y económicas.

¹²² Esto es, emprendimientos realizados por terceros, de índole pública o privada, los cuales, una vez habilitados, son transferidos a la prestadora para su operación y mantenimiento por razones de interés público.

El régimen originario también preveía los denominados «proyectos K», acordes con la incorporación del factor k en la fórmula ya apuntada especificada en el dto. 2255/92 tal que se mantuviera incólumne la razonable rentabilidad de la firma¹²³. Nuevamente, se privilegiaba el equilibrio mencionado. La práctica de los proyectos k implica que, una vez determinado por el ente, el factor de inversiones se aplica por semestres y sólo después de que la inversión propuesta por la firma y autorizada por el regulador comienza a prestar el servicio a los usuarios; en otras palabras, el factor de inversiones se fija mirando hacia el pasado, pues se aplicará contra obras aprobadas, ejecutadas y prestando servicios¹²⁴. Tal inteligencia brinda transparencia y racionalidad al sistema de inversiones a los ojos de los usuarios, quienes habiendo podido participar —como ya se dijo— en la audiencia pública prevista en el procedimiento de elaboración del factor K, nunca sufragarán inversiones no realizadas y funcionando: la eficiencia asignativa es de máximo grado. Además, los usuarios no financian a la empresa; sólo pagan una obra lista para prestar servicios.

Por fuera de ambos regímenes quedan las obras que se construyen como consecuencia de los compromisos de exportación, que no deben de manera alguna incrementar el costo en el que los usuarios nacionales incurrir para recibir el servicio¹²⁵.

Las sucesivas suspensiones ya reseñadas en § 21, al acarrear la inaplicación provisional del índice, conllevaron tanto la inaplicación del objetivo de eficiencia como la inaplicación del objetivo de inversiones en razón de la integridad de la fórmula oportunamente consagrada¹²⁶.

Ahora, con posterioridad a la ley 25.561, se han diseñado los denominados «programas de fideicomisos» promovidos por el gobierno para el financiamiento de las expansiones. Estos fideicomisos adoptaron dos formas: (i) fideicomisos promovidos en el marco de la Res. Enargas 2877/03, y (ii) fideicomisos reglados

¹²³ Dto. 1738/92, art. 41, inc. 2º, párr. 3.

¹²⁴ FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS LATINOAMERICANAS, *La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos - Teoría y Experiencia Argentina Reciente*, Buenos Aires, 1999, p. 453.

¹²⁵ Art. 6º, dto. 729/95: «Las obras que se construyan como consecuencia de los compromisos de exportación, no deberán, bajo ninguna circunstancia de modo, tiempo y lugar, incrementar el costo en el que los usuarios nacionales incurran para recibir los servicios de transporte y distribución del gas natural.» Sobre el ajuste por el índice de los precios «a tarifa», en dólares, de los contratos de transporte de exportación, ver BOSCH, JUAN (h.), «El control judicial de las tarifas de transporte de gas natural (con respecto a la sentencia 'Colbún')», en JA 2005-IV, ps. 224/232, anotando la sentencia CNACAF, Sala III, «Colbún SA c/ Resol. Enargas 2687/02», del 27/5/05

¹²⁶ Así, en nuestro «La experiencia argentina en materia de tarifas reguladas por el sistema de price-caps» en EDA, 2003, p. 438 y ss.

por el Dto. 180/04. Los primeros, destinados a incrementar la capacidad de transporte de los usuarios industriales y comerciales, fueron neutralizados con los anuncios de la consagración de los segundos. Los segundos, reglados por el Dto. 180/04 y la Res. MP 185/04, originan financiamiento privado para los transportistas troncales. Este nuevo sistema regla el fideicomiso, así como el proyecto de financiamiento, con limitación de la responsabilidad patrimonial asumida por quienes financian los proyectos. Es de público conocimiento la demora significativa operada en los plazos de implementación de estos programas —que incluso llegaron a suscitar intervención judicial¹²⁷—, y la incertidumbre en materia de reglas de asignación de la capacidad de transporte que resulte.

También con posterioridad a la ley 25.561 se ha generado una nueva clase de inversiones: los planes de inversión previstos en los acuerdos de renegociación: se exige, como contrapartida a ciertos incrementos tarifarios en el período de transición, el cumplimiento de determinados planes de inversión por parte de las empresas prestadoras del servicio público. Es clara la ausencia de incentivos en esta clase de inversiones si se lo compara con el régimen originariamente previsto¹²⁸.

A partir de lo dicho en esta sección, se advierte la pérdida de las finalidades primariamente previstas por el privatizador en materia de inversiones: incenti- vación de las mismas, pago por los usuarios de inversiones ya realizadas en el marco de un contrato que prevé la reversión de los bienes al concedente al término normal de la contratación, democratización de la toma de decisión por mediar audiencia pública obligatoria previa a la definición de los proyectos k conducida por el regulador especializado, v.gr., el Enargas.

Todo ello ha sido desplazado por pluralidad de regímenes, que generan incertidumbre y ausencia de transparencia para los usuarios. Completan la escena las objeciones a la administración y control de los denominados *cargos específicos* de la ley 26.095, que financian el sistema de fideicomisos de dicha ley, cargos que integran fondos que no son —cabe poner de resalto— ni de la empresa licenciataria prestadora del servicio público, ni del Tesoro de la Nación¹²⁹. Estos cargos específicos enjuran inversiones, son un desagregado de la tarifa de la li-

¹²⁷ CNACAF, Sala III, «Samez, Antonio c/ Enargas», del 27/5/05, en LL 11/10/05.

¹²⁸ Para Gas Natural Ban, ver dto. 835/06, cláusula 7ma y anexo IV.

¹²⁹ Las objeciones hacen, entre otros aspectos, a lo previsto en el art. 10 del dto. 1216/06: «la recaudación de los cargos específicos deberá ser depositada en una cuenta creada a tal efecto y para cada obra en el ámbito del respectivo Fondo Fiduciario». Como se recordará, asimismo, el art. 6º establece: «El Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios determinará a qué Fondo Fiduciario se destinará el monto recaudado por los cargos específicos (...)».

cenciataria, y, más allá del debate sobre su naturaleza jurídica¹³⁰, lo cierto es que son extraños al régimen de inversiones de la ley 24.07 con lo que hacen perder, a los usuarios, las ventajas en eficiencia —plena eficiencia de asignación— que las inversiones emergentes de dicha ley garantizaban en especial mediante los proyectos k.

§ 23. *Alguna reflexión adicional*

El ejercicio del poder constituyente derivado ha posado su mirada —por segunda vez en nuestra historia¹³¹— sobre los servicios públicos. La primera vez lo hizo creyendo que, si los servicios públicos eran del Estado, éste se vería fortalecido; esta medida estatizadora se correspondió, además, con el florecimiento del Estado empresario en Europa, fenómeno que nunca tuvo lugar, con esa intensidad, en los Estados Unidos¹³². La segunda vez lo hizo impulsando, con sano tino, criterios que ya estaban siendo utilizados no solo en Reino Unido sino también en los Estados Unidos.

En suma, en 1994, de modo acorde con las modernas prácticas regulatorias, el Constituyente detuvo su mirada en los servicios públicos para obtener dos finalidades: (i) introducir un concepto que brinde una cuota de certidumbre a las relaciones entre los usuarios, el licenciatario o concesionario y la autoridad concedente (los *marcos regulatorios de los servicios públicos*), y, (ii) fijar una competencia de las autoridades que beneficia claramente a los usuarios (control de la *eficiencia en la prestación* de los servicios públicos). Ello, en la armonía de un marco general constitucional que, además de valorar la libertad de industria, admite la existencia del mercado, de la competencia y de los monopolios legales y naturales.

Al aludirse en el art., Const. Nac., a la legislación que establecería los marcos regulatorios de los servicios públicos no se hizo sino receptar la realidad normativa vigente: el término legislación, en la Constitución significa no sólo ley formal sino también reglamento administrativo pues así está empleado el término en el art. 76, Const. Nac. y en la Cláusula Transitoria (donde se alude a la «legislación delegada»).

¹³⁰ Ver JCAF, causas 7738/07, «Turbine Power», del 5/7/07 (otorgándole carácter tarifario); y 8563/07, «INTA» (otorgándole naturaleza de impuesto), del 12/11/07.

¹³¹ Recuérdesse el art. 40 de la Constitución de 1949, transcripto en § 2.

¹³² Ampliar en NEWBERY, DAVID M., «*Rate of Return Regulation versus Price Regulation for Public Utilities*», en NEWMAN, PETER (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, Londres, 1998, vol. 3, ps. 205/209, esp. p. 205.

§ 24. *Otro marcos regulatorios*

Al consagrar el Constituyente la eficiencia en la prestación de los servicios públicos, concretó un avance que ya había tenido estatus normativo antes de 1994, no sólo, como se vio, en la ley 24.076 y sus fórmulas, sino también —con las modulaciones propias de cada esquema de privatización— en las fórmulas previstas originariamente en el dto. 62/90 de aprobación del pliego para la privatización de la ex Entel, en el sistema de la ley 24.065 de la electricidad, y en el dto. 999/92 que rigiera el servicio de agua y cloacas del área metropolitana otra-
ra privatizado, y que nos son desarrollados aquí —al igual que otros marcos regulatorios— en razón de la estricta delimitación antes trazada.

Todos ellos —entre otros servicios públicos— recibieron la desdolarización y congelamiento de la ley 25.561, y todas las fórmulas específicas —que pre-
veían, entre otros elementos, un objetivo de eficiencia explícito o implícito— fueron afectadas, con agravio a la eficiencia que la Constitución, en su art. 42, garantizaba a favor de los usuarios.

III. REFLEXIONES FINALES

§ 25. *De minimis*

A partir de la sanción de la ley 25.561 —en un plano general—, y un poco antes —en el caso del sector reseñado antes—, cabe preguntarse a dónde se dirigen los marcos regulatorios¹³³, qué ha quedado de los marcos regulatorios —es-
pecíficamente, qué ha sucedido con la garantía de eficiencia que el art. 42, Const. Nac. fija, en especial para los usuarios— al modificarse sobrevinientemente el régimen tarifario.

A ello se suma la grave neutralización de los entes reguladores —en especial la de los creados por ley y dotados de autarquía— mediante el establecimiento de la intervención previa y necesaria de un funcionario de la administración centralizada respecto de todo acto relativo a la fijación, determinación, ajuste, aumento o reducción de todo precio, tarifa, gravamen, canon, compensación,

¹³³ Se toma la expresión de las reflexiones de BRICHETTO, MARCELO, «¿A dónde se dirigen los marcos regulatorios?», en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.) *El Derecho administrativo de la emergencia IV*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, ps. 77/80.

subvención, arancel, subsidio, tasa o cargo¹³⁴, con lo que el eje tarifas-inversiones se ha desplazado, de la esfera del ente especializado a los cuadros políticamente designados de la Administración. Ello, sin perjuicio de la intervención sufrida en el marco de un ente regulador, como ya se señalara¹³⁵.

En este punto, cabe propiciar desandar esa ley, lo cual puede lograrse mediante una simple medida: reinstalar la aplicación de un índice —no extranjero sino argentino— de aplicación automática para reinstaurar una fórmula que todavía está escrita en la normativa mencionada y que, con sustento en la aplicación de aquél, conlleva una forma precisa de exigir eficiencia a la firma. Después de todo, en Reino Unido tal práctica tiene cerca de dos decenios, independientemente de los gobiernos conservadores o liberales que se han sucedido desde las privatizaciones impulsadas en la década del 80.

§ 26. *Prestación estatal del servicio público*

Ahora, desde una perspectiva más amplia, se advierte un cambio en el *rol* del Estado: de la subsidiariedad que, enraizando en la obra de Alberdi, justificara el dictado de marcos regulatorios para las concesionarias y licenciatarias privadas prestadoras de servicios públicos, se ha regresado —en fin— a la prestación estatal de servicios, en especial, de servicios públicos.

Ello se refleja no sólo lo en:

- (i) la utilización de fondos total o parcialmente estatales para obras de infraestructura de transporte de electricidad¹³⁶ o en
- (ii) la construcción y explotación de redes por parte de gobiernos provinciales¹³⁷,

¹³⁴ Res. MPFIPyS n.º 2000/05 (B.O. 22/12/05).

¹³⁵ Ver n.84.

¹³⁶ Puede verse la ley 25.822, cuyo art. 1º ratifica y establece como de realización prioritaria el Plan Federal de Transporte Eléctrico (Resols. SE 174/00, 175/00, 178/00 y 182/00), que fuera incluido en el art. 49 y anexos de la ley 25.565 y sus fuentes de financiamiento. Dicho art. 49, ley 25.565 aprueba los flujos financieros y el uso de Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente por bienes y/o fondos del Estado Nacional para el ejercicio, en cumplimiento del art. 2º, inc. a), ley 25.152, de responsabilidad fiscal. Este inciso establece que la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional contendrá, entre otros ítems, los flujos financieros que se originen por la constitución y uso de los fondos fiduciarios; todo ello, sin perjuicio de lo prescripto en las leyes 24.156 y 24.629. Véase, asimismo, la Res. SE 23/05, por la cual se constituye el Fondo Fiduciario para Atender a la Financiación de las Ampliaciones de Transporte, a administrar por CAMMESA. La incidencia en el Presupuesto 2006 se reseña en REBOSSIO, ALEJANDRO, «Au-

sino también en:

- (iii) la creación de una productora de propiedad mixta, dotada además de facultades para prestar servicios públicos tales como transporte y distribución de gas y de electricidad¹³⁸;
- (iv) la reasunción de la prestación del servicio interurbano de transporte ferroviario de pasajeros de largo recorrido, interjurisdiccional¹³⁹;
- (v) la creación de una empresa estatal de correo oficial hasta la re-privatización respectiva¹⁴⁰ que continúa postergándose a modo de reestatización de hecho;
- (vi) la rescisión y transferencia de una concesión a una unidad de gestión operativa hasta tanto se re-licite aquélla¹⁴¹;
- (vii) el decidido reingreso estatal en la prestación de servicios públicos en tanto socio de socios privados bajo una asociación público-privada¹⁴²;
- (viii) la creación de Agua y Saneamiento Argentinos S.A.¹⁴³;

entre otras muchas medidas.

mentarán un 40% la inversión pública en infraestructura», en diario *La Nación*, 19/9/05, sección II, p. 3. Cfr. NATALE, ALBERTO A., «La oscuridad está a la vista», en diario *La Nación*, 19/7/05, sección I, p. 19.

¹³⁷ Dto. 1094/03, del 3/7/03, suscripto por el Sr. Gobernador de la provincia de Buenos Aires.

¹³⁸ Ley 25.943; Dto. 1692/04. Ampliar en SOBRE CASAS, ROBERTO, «La transformación de la industria eléctrica en la Argentina. Crisis macroeconómica: Situación actual», en BOTASSI, CARLOS A. (coord.) - CICERO, KARINA y BLOCH, DENISE (colabs.), *Derecho administrativo, Suplemento de JA*, 2006-IV, 1/11/06, ps. 2/15, esp. ps. 12/13.

¹³⁹ Dto. 1261/2004.

¹⁴⁰ Dtos. 721/04 y Decreto 1758/2005. Ampliar en BALBÍN, CARLOS F., «Régimen jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las empresas absorbidas por el Estado», en AAVV, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2005, ps. 625/637, esp. ps. 629/630.

¹⁴¹ Dto. 798/04. Véase, asimismo, las medidas cautelares en CNACAF, Sala III, «Asociación Protección Consumidores Transportes Públicos c/ EN - M° Planificación», del 14/12/04, y CNACAF, Sala IV, «Transportes Metropolitanos Gral. San Martín S.A.», del 16/9/04.

¹⁴² Dto. 967/05, art. 2º, inc. d). Como antiguo antecedente de tal posibilidad asociativa, puede verse la ley núm. 24, del 27/6/1855 (publicada en Adla 1852-1880, tomo 1-1073, esp. p. 115), que autorizaba al Poder Ejecutivo a conceder el privilegio de la construcción de un ferrocarril (art. 1º), quedando, asimismo «autorizado para hacerse partícipe de esa empresa como *accionista*, por el número de acciones que le permita el estado del Tesoro Público» (art. 2º).

¹⁴³ Dto. 304/2006 (B.O. 22/3/06).

§ 27. *La experiencia privatizadora y la prestación estatal*

Por último, se esbozan unas breves reflexiones relativas a la aplicabilidad, de lo dicho en § 3 a § 25, al supuesto de prestación estatal.

Parecería claro que, a partir de lo antes expuesto, se impone que la empresa estatal prestadora del servicio público se halle sujeta, al igual que las concesionarias y licenciatarias de las licencias y concesiones de las privatizaciones de los años '90, al cumplimiento de un objetivo de eficiencia. Esta solución se impone a poco que se advierte que otras empresas, de propiedad estatal, en otros países, se hallan sujetas a uno¹⁴⁴.

Tal objetivo podría estar inserto, en forma explícita, en una fórmula que brinde certeza a los usuarios, o bien podría surgir de otras metodologías en la medida en que éstas se hallaren dotadas de transparencia y asequibilidad para los usuarios. A todo evento, debería priorizarse la «fijación» del objetivo, y no una mera enunciación, detalle o enumeración de «políticas» para alcanzarlo¹⁴⁵.

Y ese procedimiento de fijación debería contar con una etapa participativa previa que —en tanto no se dicte la reglamentación respectiva que fije los supuestos y el modo de participación—, podría ser canalizada mediante audiencia pública solicitable por un interesado bajo el ordenamiento vigente, dto. 1172/03¹⁴⁶. Este ordenamiento es aplicable pues rige «en el ámbito de (...) empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional», con lo que sería plenamente aplicable a una sociedad prestadora de un servicio público alojada en la órbita de una secretaría de un ministerio de dicho Poder. Tal es la experiencia que surge de la vida de la licencia de empresas estatales británicas¹⁴⁷.

§ 28. *Para concluir*

Una visión del servicio público acotada a los supuestos de actividades previamente calificadas como tales por ley responde al esquema constitucional ar-

¹⁴⁴ Ver Condition 21 (anterior Condition 19) de la licencia de Royal Mail Group, plc, publicada en ftp://ftp.royalmail.com/Downloads/public/ctf/rmg/Royal_Mail_Licence_25%20May_2006.pdf.

¹⁴⁵ Cfr. marco regulatorio aprobado por L. 26.221, art. 70, 2do. párr.

¹⁴⁶ Dto. 1172/03, anexo I, art. 10: «Toda persona física o jurídica, pública o privada, puede solicitar mediante presentación fundada (...) la realización de una audiencia pública».

¹⁴⁷ Ver todo el *iter* participativo, en punto a la última revisión periódica de las tarifas de la empresa mencionada en n. 144, en la página web del respectivo regulador postal, www.psc.gov.uk.

gentino, donde la regla es la libertad de industria, y el régimen de servicio público aparece como excepción a esa regla. Asimismo, la manda de subsidiariedad —de inspiración alberdiana— coloca en el plano excepcional y transitorio la prestación estatal del servicio público, privilegiando la prestación privada.

Para aquellos supuestos en los que continúa la prestación del servicio público por firmas privadas, la reconstrucción del medio para asegurar a los usuarios la eficiencia constitucional del art. 42, Const. Nac., se impone como una asignatura pendiente y de no tan ardua concreción según se vio en este trabajo. Caso contrario, el sismo provocado por la ley 25.561 de emergencia y las renegociaciones por ella convocadas no significarán superar la situación de desprotección de los usuarios que el régimen transitorio de emergencia deparara.

Para los supuestos de prestación estatal del servicio público, esa prestación tendrá arreglo constitucional si asegura al menos el recaudo de eficiencia que, para beneficio de los usuarios, el art. 42, Const. Nac., establece desde 1994. La forma de elaboración y fijación de ese objetivo bien puede ser reglamentada para brindarlo de un modo claro y asequible. En caso contrario, la segunda inclusión de los servicios públicos en el texto constitucional devendría el ocaso de la cita de Borges del comienzo de este trabajo.

Resumen

Por segunda vez en la historia de Argentina, la Constitución incluye previsiones con respecto a los servicios públicos. Específicamente, la Reforma Constitucional de 1994 mantiene la eficacia en la entrega de esos servicios. Considerado la regulación de la proporción específica incluida en las licencias y concesiones que se levantan de las privatizaciones de los 90 —principalmente, precio-capping— y a pesar de esa previsión constitucional, la legislación de emergencia ha tenido éxito borrando los precio-gorra, mientras neutralizando, al mismo tiempo, cualquier objetivo de eficacia con respecto a esos servicios. Este artículo mira hacia el pasado y analiza el futuro los dos meta de eficacia preparados en la Constitución y precio-capping la regulación en Argentina, en el campo de públicos de servicios dado por las empresas privadas y también por las corporaciones gubernamentales recientemente creadas.

Abstract

For the second time in Argentine history, the Constitution includes provisions regarding the *services publics*. Specifically, the 1994 Constitutional Amendment provides for efficiency in the delivery of those services. Considering the specific rate regulation included in the licenses

and *concessions* arising from the privatizations of the 90's —mainly, price-capping— and despite that constitutional provision, the emergency legislation has succeeded in erasing price-caps, neutralizing, at the same time, any efficiency objective regarding those services. This article looks into the past and analyses the future both of the efficiency goal set up in the Constitution and price-capping regulation in Argentina, in the field of *services publics* rendered by private firms and also by newly created government corporations.

Palabras clave

Servicio público, mercado, competencia, monopolio, marco regulador, regulador independiente, tasas o tarifas, inversión, licencia, concesión, re-nacionalización, corporaciones de gobierno

Key words

Service public. Market. Competition. Monopoly. Regulatory framework. Independent regulator. Rate or tariff. Investment. Licence. *Concession.* Re-nationalization. Government corporations