

DERECHO ADMINISTRATIVO

Director

Juan Carlos Cassagne

Subdirectores

Pablo Esteban Perrino - David Andrés Halperin - Estrela B. Sacristán

Consejo de Redacción

Pedro Aberastury (h) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Carlos Botassi - Pedro J. J. Covello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Daniel M. Nallar - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tavil

Secretarios de Redacción

Dentse L. Bloch - Ezequiel Cassagne - Analia Conde - Juan Gustavo Corvalán - Julio C. Durand - Ferrando E. Juan Lima - Jorge I. Muratorio - Marisa L. Panetta - Gustavo F. Silva Tamayo - Maximiliano Toricelli - María Susana Villarruel

Coordinadora

María Eugenia Zacagnino

Consejo Consultivo Internacional

Hermann-Josef Blanke (Alemania)
Christian Pielow (Alemania)
Karl-Peter Sommermann (Alemania)
Odete Medauar (Brasil)
Fabio Medina Osorio (Brasil)
Romen Felipe Bacellar Filho (Brasil)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)
Tucumán 1471 (C1050AAC), Vitor Rhein Schirato (Brasil)
Feipe de Vivero (Colombia)
Jorge Enrique Ibáñez Najar (Colombia)
Argentina Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)
Alejandro P. F. Tuzio Consuelo Sarria (Colombia)
Alejandro Vergara Blanco (Chile)
Tomás Ramón Fernández (España)

José Luis Martínez López-Muñiz (España)
Santiago Muñoz Machado (España)
Luis Martín Rebollo (España)
Franck Moderne (Francia)
Pierre Subra de Blusses (Francia)
Carlo Marzuoli (Italia)
Domenico Sorace (Italia)
Aldo Travi (Italia)
Luciano Vandelli (Italia)
Luis José Bejar Rivera (México)
Jorge Dandó Ordoñez (Perú)
Richard Martín Tirado (Perú)
Lino Torgal (Portugal)
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Víctor Hernández Mendible (Venezuela)

Una publicación de
AbeledoPerrot S.A.
Tucumán 1471

Cdad. de Buenos Aires,
Argentina

Director Editorial
Alejandro P. F. Tuzio

Editor
Leandro I. Pacheco Barassi

Redacción
Pablo G. Gliemann

DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica

FEBRERO 2012

79

Director

Juan Carlos Cassagne

 **AbeledoPerrot®**

mento. La Administración no debe utilizar instrumentos técnicos-jurídicos o potestades incompatibles con el nuevo Estado constitucional de derecho.

El auténtico cambio de paradigma, entonces, se relaciona con el punto de partida en la concepción de tales instrumentos —las prerrogativas—. En estos términos, afirmar que las prerrogativas deben estar al servicio de la ecuación "derechos versus derechos" no modifica en sustancia la concepción histórica por la cual las prerrogativas se erigieron como instrumentos que pretendían intermediar o equilibrar para garantizar el bienestar público.

En este bienestar o interés público también se hallaba presente el equilibrio de los derechos aunque, quizás, presentado bajo otro ropaje teórico.

El salto cualitativo, a nuestro juicio, viene dado por la puesta en crisis y reformulación de las bases o cimientos en la construcción de los "instrumentos" o prerrogativas clásicas e históricas de las que se sirvió y se sirve la Administración actualmente. Su existencia, justificación, su régimen jurídico y puesta en práctica, deben someterse al test que hemos descrito —sin pretenden agotar el análisis— y a los estándares del sistema global.

Reterramos, el nuevo paradigma no valida la lógica histórica y tradicional en la utilización de instrumentos jurídicos de los que se vale la Administración en su ejercicio del "poder". Ya no se presume que garantizarán la concreción del interés público.

Por el contrario, el nuevo sistema de derecho público intenta poner en evidencia que la concepción histórica de la prerrogativa y la pervivencia de las prerrogativas clásicas de la Administración no han cumplido ni cumplen el rol instrumental equilibrante entre derechos versus derechos.

Sobre esta plataforma, nuestra tesis puede ser resumida del siguiente modo:

Ya no se presume que las prerrogativas históricas y clásicas de la Administración Pública posibilitarán el equilibrio entre "derechos versus derechos"¹⁰⁴. Se debe acreditar *ab initio* y en abstracto, a posteriori y en concreto, que el establecimiento y la utilización de una prerrogativa en un sistema, de modo eficaz y eficiente, tutela los derechos fundamentales.

Además de los pasos que hemos desarrollado, el modo de averiguar si ellas cumplen con su rol, *prima facie* viene dado por el cumplimiento de las reglas o estándares jurídicos supranacionales cuya vigencia sí, en cambio, presume *iuris tantum* su eficacia y eficiencia en la tutela de los derechos fundamentales.

En definitiva, el nuevo paradigma pone a prueba, modula, e invierte, en ciertas hipótesis, la matriz troncal sobre la que se creó y se concibe de modo mayoritario el régimen exorbitante o de derecho administrativo actual.

¹⁰⁴ Quizás por ello actualmente casi todas las prerrogativas históricas y clásicas son tan combatidas por un sector importante de la doctrina. En otro estudio nos hemos ocupado de ahondar en una de las prerrogativas más controvertidas que configuran la relación entre Administración y Justicia. Ver CORVALÁN, Juan G., "Agotamiento de la vía v. tutela judicial efectiva: hacia una modulación razonables del acceso a la Justicia", REDA, nro. 76, AbeledoPerrot, Buenos Aires, abril-junio 2011, ps. 481 y ss.

TELEFONÍA MÓVIL Y SERVICIO PÚBLICO: UNA IMPOSIBLE CONCILIACIÓN

POR ESTELA B. SACRISTÁN

I. UNA NOCIÓN ASENTADA¹

La categoría jurídica denominada "servicio público" se halla francamente asentada en nuestro sistema de derecho, más allá del rango de las normas que la recepta, sean ellas de rango constitucional o legislativo. Como recordaremos, la Constitución argentina —sancionada entre 1853 y 1860— incluyó, por primera vez, a los servicios públicos en el artículo art. 40, proveniente de la reforma constitucional de 1949. De tal modo, dicho artículo, en lo pertinente, tuvo la siguiente redacción:

"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 (...).

"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 determine².

"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".

Este texto tuvo una vigencia temporalmente efímera, pues se redujo a seis años³, después de los cuales se reinstauró la vigencia de la Constitución histórica de 1853.

¹ Trabajo basado en la exposición efectuada el 24/11/11 en la ciudad de Mendoza en ocasión del IV Congreso Iberoamericano de Regulación, Gestión y Control de los Servicios Públicos organizado por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo y la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER).

² El destacado no es del original.

³ Ver Proclama del 27/4/56, Adla 1956-A-1/2, cuyo art. 1.º 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 16/9/1955". Ver, asimismo, dec. 22.337/1956, del

1860, que guardaba silencio en materia de servicios públicos a modo de retorno hacia el liberalismo económico.⁴

Observando otros ordenamientos jurídicos, resulta sencillo hallar el punto de inspiración para esa efímera normativa en el inc. 9° del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, incorporado luego, por mención expresa, en el Preámbulo de la Constitución de la V República, hoy vigente⁵. Aquel inciso hoy vigente 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"⁶.

De hecho, es tal la importancia de la noción francesa de servicio público que ella es estudiada por especialistas anglosajones⁷, 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 gallo, con la Constitución de 1946, sino mucho antes, ya que puede rastreadse la expresión hacia 1924, con el *arrêt* Bac d'Eloka⁸, hacia 1873, con el *arrêt* Blanco⁹, e incluso hacia 1638, alrededor del servicio público de transporte¹⁰.

Volviendo a la experiencia constitucional argentina, cabe recordar que decenas de años más tarde, en oportunidad de la reforma constitucional de 1994, el constituyente nuevamente posó sus ojos sobre los servicios públicos, elevándolos, otra vez, al rango máximo al sancionar el actual art. 42, CN. El precluido art. 42, hoy vigente, establece:

17/12/1956, de creación de la Comisión de Estudios Constitucionales ad honorem a los fines de una convención reformadora, ADLA 1956-A-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)", *RedA*, nro. 53, LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2005, ps. 299 y ss., esp. p. 334, donde señala que los efectos duraron, en la materia que nos ocupa, hasta 1990.

⁴ En tal sentido, RAPAORT, Mario (Madrid, Eduardo - Musacchio, Andrés - Vicente, Ricardo, colaps.), *Historia económica, política y social de la Argentina* (1880-2003), Ariel, Buenos Aires, 2006, p. 422.

⁵ Conf. DU MARAIS, Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Politiques et Dalloz, Paris, 2004, p. 77.

⁶ El destacado no es del original.

⁷ Para una concisa visión británica del concepto, véase PROSSER, Tony, *Law and the Regulation*, Clarendon Press, Oxford, 1997, ps. 287/306.

⁸ T. Confl., 22 en, 1924, "Société Commerciale de l'Ouest Africain", *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, nro. 40. Ver DEULOUVÉ, Pierre, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 1998, p. 595; LACHAUME, Jean-François - BOUTEAU, Claudie - PAULAT, Hélène, *Grand services publics...*, 2^{ème} ed., Armand Colin - Dalloz, Paris, 2000, p. 10.

⁹ T. Confl., 8/2/1873, "Blanco", *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, nro. 1. Ver DU MARAIS, *Droit public...*, 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 - BOUTEAU, Claudie - PAULAT, Hélène, *Grand services publics*, cit., p. 9.

¹⁰ Ver DU MARAIS, *Droit public...*, cit., y BEZANÇON Xavier, *Les services publics...*, cit.

"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"¹¹.

Y en rigor, este texto involucra diversas ramas de estudio, pues la lectura de su texto trae involucrado el estudio de las leyes 24.240, de Protección del Consumidor, con todas sus emiendas; 22.802, de Lealtad Comercial; 25.156, 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 leyes¹².

Como podría advertirse, pronunciar constitucionalmente las palabras "servicio público"—muchos de los cuales, entre nosotros, existen desde mucho antes de 1994¹³—tiene potencial para balcones a la multidisciplinariedad, casi al infinito y tal vez ello haga a su fuerza de atracción.

Modernos proyectos de ley han intentado arrastrar, hacia la mentada categoría jurídica, a ciertas actividades o servicios en particular, cual es el caso de la "telefonía móvil". Mas ello es, cabe adelantar, pasible de múltiples objeciones, fundables muchas de ellas en los diversos argumentos que avalan la existencia del servicio público, brindando un resultado incongruente con los aspectos nucleares de esa categoría jurídica.

¹¹ El destacado no es del original.

¹² Así, a mero título de ejemplo, en un caso que involucra al marco regulatorio eléctrico, segmento distribución eléctrica (servicio público conf. art. 1°, 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. 3° 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 despara 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 1° Congreso Nacional sobre Regulación de Servicios Públicos, Mendoza, 14, 15 y 16/4/2004, publicada en AA.VV.: *Servicios públicos. Regulación*, I Congreso Nacional, Díxé - Foro de Cuyo, Mendoza, 2004, ps. 449/463.

¹³ "La incorporación del art. 42, CN, 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 GELL, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed. ampli. y act., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 475.

II. LOS PROYECTOS EN CUESTIÓN

Los proyectos legislativos que conozco, que propician la calificación de la telefonía móvil o a los servicios de comunicaciones móviles (uso aquí ambas expresiones en forma indistinta) como servicio público, son los identificados como "proyecto Giustiniani"¹⁴ y "proyecto Osuna"¹⁵, respectivamente, en concordancia con el apellido de los congresistas que los suscriben.

En lo que aquí interesa, ambos proyectos propician la mencionada calificación en los siguientes términos: "De conformidad con el art. 42, CN, declárase 'servicio público' al servicio de telefonía móvil, en todas sus modalidades"¹⁶, y "declárase a los servicios de comunicaciones móviles como un servicio público de comunicación"¹⁷.

Entiendo que ambos proyectos resultan contrarios a las previsiones constitucionales en la materia, sean ellas las provenientes de la Constitución histórica de 1853-1860, sean ellas las provenientes de la reforma de 1994, así como contrarios a los cánones de la tradición iusadministrativista. También serían de imposible conciliación con ese platón constitucional y administrativo. Veamos:

III. EL ARGUMENTO DE LA LIBERTAD COMO REGLA 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 Preámbulo¹⁸. Si bien puede negarse el carácter normativo de las previsiones 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 normación¹⁹ o *prius* de ésta, sino también como objeto de protección y de organización por parte del derecho²⁰,

¹⁴ Senado de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Dirección General de Publicaciones, expte. S-4311/10.

¹⁵ Senado de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Dirección General de Publicaciones, expte. S-2096/10.

¹⁶ Senado de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Dirección General de Publicaciones, expte. S-4311/10, art. 1°.

¹⁷ Senado de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Dirección General de Publicaciones, expte. S-2096/10, art. 1°.

¹⁸ 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).

¹⁹ Ver LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, 5ª ed. rev. y aum., Bosch, Barcelona, 1979, p. 743; VILANOVA, José, *Elementos de filosofía del derecho*, 2ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 113.

²⁰ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *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".

además, como ese "asegurar" los beneficios de la libertad aparece en el Preámbulo acompañado de la mención de las generaciones presentes y futuras, con criterio liberal pero, al mismo tiempo, intergeneracional²¹.

La existencia de esta regla de protección de la libertad —de rango constitucional e incluso preconstitucional, pues constituiría un *prius*— posee la virtualidad de crear la presunción de que todas las actividades se realizan en ese marco de libertad, y coloca bajo un paraguas de excepcionalidad a la eventual calificación de una actividad como servicio público.

IV. EL ARGUMENTO DE LA LIBERTAD CONSTITUCIONAL DE INDUSTRIA

Se ha señalado que todo el sistema económico de la Constitución está basado sobre un fundamento de libertad²², y que ella beneficiaría tanto a personas físicas como a personas jurídicas. Es por ello que el 14, CN, al referirse a la libertad de industria, no alude sino a que toda industria es, por regla, en el plano constitucional, ejercida, en principio, en un marco de libertad²³.

Respecto de ese "en principio", De la Riva enseña: "E[st]o innegable que en el sistema constitucional argentino rige el principio de favor *libertatis*, conforme al cual el ejercicio de la libertad, en sus distintas manifestaciones —entre ellas, la de comerciar y ejercer industria lícita—, sólo puede ser restringido cuando medien razones de interés público que así lo justifiquen..."²⁴.

Admitiendo, entonces, que el articulado de la Constitución presupone a la libertad —y a los respectivos derechos— como eje mínimo²⁵, se sigue que esa libertad de industria —y la libertad de contratación a ella asociada²⁶— es esencialmente reglamentable por razones de interés público²⁷ y dentro de los límites que permite la regla de la razo-

²¹ Sobre las diferencias entre individualismo liberal y otras formas de liberalismo puede verse RECASENS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 6ª ed., Porrúa, México DF, 1978, ps. 512 y ss.

²² Basado en la libertad, así como sobre el reconocimiento de la propiedad privada, según enseña BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, 2ª ed. act. y ampli., La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 862.

²³ En efecto, el 14, CN, 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 19, CN, 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.

²⁴ DE LA RIVA, Ignacio M., "La libertad de empresa en los servicios públicos concesionados", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho administrativo. Doctrina, jurisprudencia, legislación, práctica*, Depalma, Buenos Aires, 2003, no. 44, ps. 293/309, esp. p. 304.

²⁵ En este sentido, BIDART CAMPOS, Germán, "¿El modelo socioeconómico de la Constitución habilita poderes?", en *El orden socioeconómico en la Constitución*, Etlar, Buenos Aires, 1999, ps. 83/85, esp. p. 83. Acerca de la libertad como mínimo, puede ampliarse en RECASENS SICHES, *Tratado*, cit., p. 515.

²⁶ Esta asimilación proviene de GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, cit., p. 87, donde expresa que la libertad de industria acarrea la libertad de contratar.

²⁷ DE LA RIVA, Ignacio M., "La libertad...", cit.

nabilidad²⁸—éste es el fin último de todo ordenamiento jurídico²⁹— por específica previsión del constituyente.

De lo dicho se colige que la telefonía celular, mucho antes de llegar al estadio de la declaración que se propicia en los proyectos considerados, bien puede ser pasible de las limitaciones o reglamentaciones mencionadas, como es también reglamentable el ejercicio de toda industria. Esas reglamentaciones a la telefonía celular se originarían en interés público, deberían ser razonables y podrían ser ejemplificadas mediante las diversas reglamentaciones a tal servicio que se reproducen en la respectiva página web oficial³⁰.

V. EL ARGUMENTO DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE UN MERCADO

Como argumento de mayor peso, cabe reparar en que las mencionadas actividades—se trate del ejercicio de una industria, de celebrar contrataciones o de desarrollar la industria de la telefonía celular— se desarrollan en un mercado cuya existencia—sea física, sea ideal— es hoy también reconocida por la Norma Fundamental, pues el 42, CN, sancionado en 1994, alude a dicho instituto al referirse a las “distorsiones del mercado”³¹. Por cierto, esa alusión no quiere decir que la Constitución quiera hacer del país un mercado, al decir de Alberdi³²; 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”³³, o como “punto de reunión de la oferta con la demanda”, de bienes y servicios³⁴, nada impide que las mentadas industrias o contrataciones se desarrollen, en libertad, en ese contexto o punto de encuentro.

No existe razón para considerar que el negocio o industria de las comunicaciones móviles deba ser considerado como no insertable en tal mercado, como industria a desarrollar en el marco de libertad como principio ya mencionado.

Dado que en ese mercado se generarán los precios de mercado, o precios formados por la interacción de la presión de la oferta y de la demanda, que ya Alberdi como

²⁸ 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”), CN.

²⁹ Tal como lo expusieramos en nuestro Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Abaco, Buenos Aires, 2007, p. 108.

³⁰ www.cnc.gov.ar/infotecnica/telefonía/movil.asp.

³¹ En igual sentido, BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 92.

³² ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina según su Constitución de 1853*, 2ª ed., Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, Buenos Aires, 1979, p. 116.

³³ PEARCE, David W. (ed.), *The MIT Dictionary of Modern Economics*, 4ª ed., The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 266.

³⁴ DALLA VIA, Alberto R., *Derecho constitucional económico*, 2ª ed., LexisNexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 526, y sus citas.

cía bien en el siglo XIX³⁵, precios de mercado serán los precios que tengan los servicios que nos ocupan.

Por ende, tanto el mercado constitucionalmente presupuesto como los precios resultantes de él justificarían el tratamiento de la telefonía móvil como actividad de mercado, con precios de mercado. Ello, cuando bien sabemos que el servicio público es todo lo contrario, v.gr., una actividad sustraída del mercado por razones, generalmente, de eficiencia para el usuario o consumidor. Volviremos sobre ello.

VI. EL ARGUMENTO DE LA 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 consumidor³⁶. A su vez, ese ingreso y permanencia es esencialmente libre, sólo reglamentable presuponiendo el interés público y dentro de los límites ya aludidos de razonabilidad³⁷.

De tal modo, los tres conceptos repasados hasta aquí—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 1853/1860; las otras dos—mercado, competencia—, por obra de la reforma constitucional de 1994, si bien estas dos últimas aparecían en la obra alberdiana³⁸ y ³⁹.

Por ende, la telefonía celular se insertaría en el marco de esos tres conceptos, sujeta a las reglas de la competencia, pues no cabe presuponer un régimen excepcional para aquellas actividades que aparecen como nacidas en la interacción de las fuerzas del mercado, que empujan la investigación y el avance tecnológico.

VII. EL ARGUMENTO DE LA INEXISTENCIA DE MONOPOLIO

Más podría argüirse que los mercados perfectos—como los considerados hasta aquí—son muy escasos, o incluso podría argumentarse que esos mercados perfectos no existen⁴⁰, que siempre puede darse una imperfección. Y es aquí 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 imper-

³⁵ ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico...*, cit., p. 264: “...aunque los precios no sean obra del gobierno sino del mercado...”.

³⁶ Acerca de esta tesis, ampliar en RAMSAY, Ian, “Consumer Protection”, en NEWMAN, Peter (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, t. 1, Macmillan, London, 1998, ps. 413 y ss.

³⁷ Ver nro. 27.

³⁸ Id., nros. 31 y 34.

³⁹ ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico...*, cit., p. 72, donde se alude a “un ejército de competidores”.

⁴⁰ La posibilidad es planteada en TROTMAN DICKENSON, D. I., *Economics of the Public Sector*, Macmillan, London, 1996, p. 3.

fecta donde hay un único productor en una industria y no existen otras que produzcan bienes sustitutos⁴¹. En la 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 mercado⁴². Esta clase de legislación puede ser visualizada como intervención del Estado en un mercado libre para prevenir una imperfección, aunque también podría ser concebida en el marco de las denominadas economías mixtas⁴³.

Como sabemos, la telefonía móvil, en la Argentina, se halla bien alejada de los monopolios. No constituye legalmente un monopolio legal o exclusividad. Tampoco constituye un monopolio natural, sino que se verifica, en ese medio, la competencia. Actualmente, en nuestro país, hay tres operadores—Movistar, Claro y Telecom Personal—que compiten entre sí por captar porciones del mercado: las tres empresas proveen servicios 3G o de tercera generación desde hace unos años, y la principal tecnología es GSM (*global system for mobile communications*). Dudo que todos estos extremos técnicos puedan llegar a tener existencia fuera de un marco de libre mercado. Por ende, como no hay monopolio natural, no se justificaría la declaración respectiva de servicio público. Libre mercado y monopolio natural son nociones mutuamente excluyentes, pues éste presupone "contexto inherentemente anticompetitivo"⁴⁴. Tampoco podría—en el campo que nos ocupa, y en el terreno de las hipótesis—haber monopolio natural fundado en la escasez del espectro, pues éste es, en los hechos, pasible de utilidades en crecimiento hacia el infinito, según los avances tecnológicos: compárese su uso, para Personal Communication Service, en las décadas del 80 y 90⁴⁵.

VIII. EL ARGUMENTO DE LA INEXISTENCIA DE MONOPOLIO

LEGAL O NATURAL

Como sabemos, 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

⁴¹ SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economía*, 16ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 161.

⁴² Ampliar en BADENI, *Tratado...*, cit., t. I, p. 871, donde cita el caso "VPF", Fallos 325:1702 (2002).

⁴³ 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 TROMAN DICKENSON, *Economía...*, cit., ps. 3/5, o bien BLANCHI, Alberto B., *La regulación económica*, t. I, Abaco, Buenos Aires, 2001, ps. 47/73.

⁴⁴ PHILLIPS, Charles F., *The regulation of public utilities*, PUR, Vienna, 1993, p. 51.

⁴⁵ Ampliar en HUBER, Peter W., - KELLOGG, Michael K., - THORNE, John, *Federal Telecommunications Law*, 2ª ed., Aspen Law & Business, Gaitersburg - New York, 1999, ps. 864/865, y sus citas.

TELEFONÍA MÓVIL Y SERVICIO PÚBLICO...

por cierto número de años, iii) una firma presta un servicio para el cual no hay competidores pues es antieconómico que los haya.

Los últimos dos supuestos (v.gr., ii) y iii)) comprenden, respectivamente, la figura del monopolio legal y del monopolio natural—figuras admitidas por las doctrinas económico-regulatorias argentina y extranjera⁴⁶—, reconocidos y establecidos por el Estado mismo, que hoy tienen vida propia al mencionárselos en forma expresa en el 42, CN, y tal inclusión tiene fundamentos en la propia doctrina de la Corte Suprema⁴⁷. 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 (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, CN.

La exclusividad o monopolio legal pudo haber sido imaginada a partir del pensamiento alberdiano si se entiende por tal concepto una compañera del riesgo⁴⁸. 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 encartadas del servicio básico telefónico (telefonía fija) gozaron de exclusividad o mo-

⁴⁶ Doctrina económico-regulatoria que trata el tema incluye a Ocus, Anthony, *Regulation, Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2004, ps. 23 y ss., y ps. 3 y ss.; KAHN, Alfred E., *The Economics of Regulation, Principles and Institutions*, t. I, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1988, p. 5, nro. 21, y ps. 7 y ss.; SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economía*, 15ª ed., McGraw-Hill, New York, 1995, ps. 154/155; desde la perspectiva legislativa y el servicio público, en *Estudios de derecho público*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 95/102; SOLA, Juan Vicente, *Constitución y economía*, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, ps. 727 y ss.; BALBIN, Carlos F., "Sobre la interpretación de los privilegios en los contratos de concesión de servicios públicos", EDA 2000/2001, ps. 786/796, esp. ps. 787 y ss. 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).

⁴⁷ Según "González, Fernando v. 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 VIA, Alberto R., *Estudios sobre Constitución y economía*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 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... providiendo..." diversos medios económicos por medio de "leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios".

⁴⁸ Ver ALBERDI, Juan Bautista, *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 tantos riesgos".

popolio legal en Argentina hasta noviembre del 2000 (y aun así para ese entonces habían comenzado a competir con la telefonía 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 naturales⁴⁹.

Si el servicio público se justifica en el monopolio legal o natural, nada más incongruente con la telefonía móvil en Argentina, en plena competencia, como se vio en la sección precedente. Al no mediar monopolio natural (ni legal), no se podría justificar la existencia de servicio público de telefonía móvil. He aquí la incompatibilidad inconciliable insita en una hipotética publicación de ese servicio.

IX. DERIVACIONES

De acuerdo con lo dicho, las actividades industriales del mundo privado se desarrollan, en el ámbito de libertad ya aludido en el ap. III 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 (28, CN). Entre esas actividades ilibres, reglamentables, se hallaría la telefonía móvil.

Más existen otras actividades, desarrolladas por firmas privadas, que conllevan, 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 dar forma jurídica a una realidad económica (hay industrias en las que la forma más eficiente de organizarlas es estableciendo un único prestador⁵⁰), 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 estatal⁵¹. Y esa intensa regulación estatal "viene a sustituir al mercado", como puntualiza claramente la doctrina⁵².

49 Ampliar en GUESTRIN, Sergio G., *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho*, Abaco, 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 reducirían 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 (h.), Alberto, *Fundamentos de análisis económico*, 11ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 204/205.

50 SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economía*, 16ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 313.

51 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*,... cit.

52 AGUILAR VALDEZ, Oscar, "El acto administrativo regulatorio", en AA.VV., *Acto administrativo y reglamento*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2002, ps. 433/472, esp. p. 438.

De ello se colige que si no hay mercado que recrear, ni mercado desaparecido a substituir, caería el andamiaje del servicio público. Tal sería el supuesto de la telefonía móvil en Argentina, de conformidad con lo expresado antes.

X. EL ARGUMENTO DEL MARCO REGULATORIO "SIN" SERVICIO PÚBLICO

La posición monopolística, 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 regulador es el régimen de monopolio natural o legal en el que se halla inserto el prestador. 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 es denominada *publicatio* por Cassagne y que, por decirlo en términos sencillos, significa colocar, mediante una decisión formalmente legislativa, a una actividad o industria dentro del grado máximo de regulación⁵³. Un ejemplo de marco regulatorio es el correspondiente al sector eléctrico⁵⁴. Este, y otros marcos regulatorios se hallan, en su mayoría, publicados en la página web del respectivo regulador⁵⁵.

Ahora, de cara al tema de este trabajo, es importante destacar que otros marcos regulatorios podrán reglar o reglamentar actividades que no sean servicio público. Huelga decir que por apego al texto literal, ellos son ajenos a los marcos regulatorios de los servicios públicos aludidos en el 42, CN, 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 actividad de generación eléctrica o de producción de gas, que no son servicio público, pues no han sido calificadas así en las respectivas leyes⁵⁶, 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. Estas últimas son regulaciones, reglamentaciones, podrán integrar un marco regulatorio en sentido

53 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 ARIÑO ORTIZ, Gaspar - CASSAGNE, Juan Carlos, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, LexisNexis, 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*, t. 1, Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 225. Ambas se reflejan en nuestro *Régimen de las tarifas*,... cit., caps. I y ss.

54 Abarca la ley 24.065 (cuyo art. 1º caracteriza como servicio público el transporte y distribución de electricidad), su dec. Regl. 1398/1992, la ley 15.336, el dec. 186/1995, 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.

55 Tal el caso de www.enre.gov.ar, www.enargas.gov.ar, entre otras.

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

lato, pero no conformarán un "marco regulatorio de un servicio público" de los mentados en el 42, CN, por no mediar previa calificación. Tal el supuesto del marco regulatorio que hoy regula la telefonía móvil en nuestro país.

En otras palabras, todo servicio público tendrá marco regulatorio, pero no todo marco regulatorio corresponderá a un servicio público, pues ello dependerá de que medie o no calificación⁵⁷. Por ende, puede haber marco regulatorio sin servicio público, pues uno no presupone al otro. Tal sería el caso de las telecomunicaciones móviles a las que se refieren estas líneas.

Y más trascendente aún, dicha calificación, de rango formalmente legislativo, debe estar gobernada, en lo sustancial, por la regla de la razonabilidad⁵⁸, y viene acompañada de dos caracteres esenciales más: (i) la obligatoriedad en la prestación del servicio, y (ii) el cobro de un precio regulado denominado tarifa.

Como puede verse, los dos caracteres esenciales (i) y (ii) son incompatibles con la telefonía móvil, pues las empresas de tal servicio, en los hechos, lo prestan bajo las exigencias del propio mercado (para no sucumbir ante él y quebrar), dentro de las exigencias de lo principal, de la legislación de defensa del consumidor (en nuestro país, la ley 24.240), y perciben precios máximos establecidos por el mercado (esto es, por la confluencia de la oferta y la demanda)⁵⁹.

XI. EL ENTE REGULADOR. UNIVERSO DE ACCIÓN

El especialista en la aplicación, a la firma regulada—género que comprende a la empresa prestadora del servicio de telecomunicaciones móviles—, del marco regulatorio es el ente regulador competente, en el caso, la Comisión Nacional de Comunicaciones.

Resulta aquí relevante recordar que cuando se privatiza la ex Entel, el respectivo pliego estableció que "A la fecha de toma de posesión la sociedad de servicios en competencia será titular de las licencias necesarias para la prestación de los servicios previstos en el punto 9. 11. A través de ella, u otras sociedades separadas, las Sociedades Licenciatarias desarrollarán todos los negocios y actividades de dichos servicios en competencia"⁶⁰. Ello resulta trascendente en tanto la Comisión Nacional de Comunicaciones tiene competencia para asistir "en el dictado de los reglamentos generales para los servicios de telecomunicaciones y para la actividad postal, y en particular de los reglamentos generales de (...) clientes del servicio de telefonía móvil—el previsto por el punto 7.9., párr. 3 del pliego de bases y condiciones— aprobado por dec. 62/1990 y sus modificatorios"⁶¹, entre otros.

⁵⁷ Ampliar en Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 2ª ed., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, ps. 181 y ss.

⁵⁸ La publicitario debe ser una decisión legislativa razonable, so riesgo de inconstitucionalidad, como destaca Gorriello, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, p. VI-7.

⁵⁹ Para las acepciones aquí empleadas: Bianchi, Alberto B., "Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)", *ReDA*, nro. 53, LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2005, ps. 499 y ss., esp. p. 549.

⁶⁰ Dec. 62/1990, pliego anexo, nro. 7.9, párr. 3º.

⁶¹ Conf. res. CNC 2065/1999 (29/9/1999), "Funciones", inc. d).

Por ende, la telefonía móvil es objeto de reglamentaciones emanadas del mencionado ente, pues esa competencia reglamentaria se halla fuera de duda, prevista normativamente. En esta perspectiva, cualquier vacío normativo, en el marco de esa competencia, podría ser llenado mediante reglamentos. Éstos, a su vez, para ser dotados de legitimidad democrática similar a aquella de la que gozan las leyes formales, podrían ser dictados mediante las técnicas participativas previstas en el dec. 1172/2003.

XII. EL ARGUMENTO DE LAS PRESUNCIONES RESULTANTES

Un argumento más que puede esgrimirse, en punto a la incompatibilidad entre la telefonía móvil y una pretendida calificabilidad como servicio público, se relaciona con las presunciones que pueden establecerse a partir de lo dicho.

De hecho, de la ponderación de las actividades que son servicio público—como podría ser el transporte eléctrico—y de la apreciación de las industrias libres reglamentables—tal el caso de la telefonía móvil— surgiría una suerte de doble juego de presunciones. Así, (i) por lado, mientras que la actividad calificada de servicio público puede presumirse regulada (dentro de los límites de la razonabilidad por imperio del 28, CN) y ello guardaría armonía con la definición antes apuntada de "servicio público" entendido como "máximo de regulación"⁶², (ii) 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 14, CN, con lo que sólo podría ser objeto de razonables reglamentaciones (28, CN) en razón del interés público.

De acuerdo con lo dicho, esas reglamentaciones podrían, incluso, conformar un marco regulatorio (ap. X). Empero, esa actividad reglamentable, con su marco regulatorio, se hallará, en principio, bajo el principio *in dubio pro libertate*⁶³, y sólo desde este principio se evaluaría la respectiva regulación.

Aplicando lo dicho a la telefonía celular tendríamos, entonces, actividad libre, con marco regulatorio, bajo el mentado principio en caso de duda interpretativa. Y no podría otorgarse a este aserto un sentido distinto, pues una restricción o limitación a la libertad nunca se presume⁶⁴.

XIII. EN CONCLUSIÓN

En todo régimen de prestación de servicios públicos mediante concesionarios o licenciatarios, se alcanza el grado máximo de regulación, por interés público, con las

⁶² Ver ap. IX.

⁶³ BUDENI, *Tratado...* 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 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. II, 8ª ed. act., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 462: "[N]o puede dudarse de que el principio del favor libertatis, aun con las excepciones que pueda haber por razones de interés público, constituya una de las reglas básicas del sistema".

loables finalidades de asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario, como sostuviera la Corte Suprema en el célebre caso del "re- dondeo" tarifario.

Más la protección del usuario no se obtiene sólo o exclusivamente mediante la declaración de servicio público de la actividad de que se trate: al usuario se lo protege mediante lo sustancial (normas tutivas adecuadas) y lo formal (remedios, administrativos o judiciales). La trascendencia de este punto debe ser recalçada. Ello independientemente de que se pueda poner en tela de juicio el papel del derecho en la vida diaria, en especial su (antiguo) rol asegurador de libertades y su (moderno) rol protector.

En el supuesto de la telefonía móvil, una ley que declarara servicio público tal actividad, además de resultar de imposible conciliación con los argumentos constitucionales y con los iusadministrativos aquí repasados, anularía la autonomía de la voluntad del público consumidor, para ofrecer un esquema de paternalismo baladí: es que no hay necesidad de servicio público allí donde hay mercado y razonables regulaciones.

CUESTIONES VINCULADAS A LAS DIFERENCIAS ENTRE EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL REGLAMENTO

por DAVID A. HALPERIN

I. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

La doctrina discute si el acto administrativo (de alcance individual) es, en su esencia, jurídica un "instituto", distinto al del acto administrativo de alcance general o reglamento.

Provisoriamente identificaré estos dos últimos conceptos, luego analizaré si mantenemos o no tal identificación.

Hace varios años publiqué un trabajo en la *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* sobre el régimen de impugnación de los actos de la Inspección General de Justicia¹, donde en un capítulo introductorio se mencionaban las diversas posturas que, sobre el particular, exponían alrededor de una docena de autores de nuestra doctrina, que se enrolaban en una u otra postura. Me remito a ese trabajo en mérito a la brevedad.

La llamada Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 parecería, en principio, identificarlos, ya que los denomina, al acto administrativo en sentido estricto, como "actos de alcance individual", y como acto de alcance general al reglamento (ver arts. 11, 23 y 24 de la ley cit.), como si se tratasen de dos especies del mismo género. En este orden de ideas, el art. 11 de la ley (dec.) 19.549, en adelante LNPA, textualmente dispone: "Para que el acto administrativo de alcance particular adquiera eficacia debe ser objeto de notificación al interesado y el de alcance general de publicación..." (el destacado me pertenece).

Por su parte, el art. 23, LNPA, en forma expresa dispone: "Podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular..." y establece luego cuatro supuestos en que no son todos de actos administrativos, sino que incluye a supuestos de silencio y de hechos en sus incisos c) y d). Por la otra, el art. 24 de la misma norma —en tanto— dispone: "El acto de alcance general será impugnado por vía judicial..." (los subrayados me pertenecen) y luego indica en dos incisos dos supuestos distintos.

¹ HALPERIN, David A., "La impugnación de los actos de la Inspección General de Justicia, en RDCO, año 20, nro. 119/120, ps. 922/923.