COLECCIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO

LIBARDO RODRÍGUEZ R. (Director)

Volumen VIII

EL SERVICIO PÚBLICO

JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ (Coordinador)

Volumen en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría

EDITORIAL TEMIS OBRAS JURÍDICAS

IIDA INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

editorial jurídica venezolana

EL SERVICIO PÚBLICO

INSTITUTO INTERNACIONAL
DE DERECHO ADMINISTRATIVO -IIDA

COLECCIÓN DE DERECHO
ADMINISTRATIVO COMPARADO

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
(Director)

CONSEJO ACADÉMICO:

Christian Pielow - Alemania
Juan Carlos Cassagne - Argentina
Ernesto Jinesta Lobo - Costa Rica
Luciano Parejo Alfonso - España
Jacqueline Morand-Deviller - Francia
Luciano Vandelli† - Italia
Olivo Rodríguez H. - República Dominicana
Carlos Delpiazzo - Uruguay
Allan Randolph Brewer-Carías - Venezuela

INSTITUTO INTERNACIONAL
DE DERECHO ADMINISTRATIVO -IIDA

COLECCIÓN DE DERECHO
ADMINISTRATIVO COMPARADO

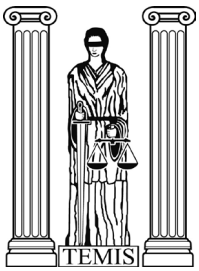
LIBARDO RODRÍGUEZ R.
(Director)

VOLUMEN VIII

EL SERVICIO PÚBLICO

JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ
(Coordinador)

Volumen en homenaje al profesor
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2024



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© José Araujo-Juárez, Rodolfo C. Barra, Íñigo del Guayo Castiella, Ciro Nolberto Güechá Medina, José Ignacio Hernández G., Jacqueline Morand-Deviller, Luis A. Ortiz Zamora, Simone Rodolfo Masera, Cristina Vázquez, Carlos A. Villanueva Martínez, 2024.

© Editorial Temis S. A., 2024.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Diagonal 18 Bis, núm. 41-17, Bogotá.

978-958-35-2064-8 (impreso)
3220 2024002950
978-958-35-2065-5 (e-book)

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PRESENTACIÓN

El Instituto Internacional de Derecho Administrativo -IIDA (www.iida-deradm.com) es una institución sin ánimo de lucro, de carácter académico y científico, que tiene como objeto el fomento y la promoción de la ciencia del derecho administrativo en los diferentes países y en el marco de la comunidad internacional, para lo cual desarrolla actividades tendientes al cumplimiento de los siguientes objetivos específicos:

a) Promover el estudio, la investigación, la profundización y el conocimiento de las diversas expresiones del derecho administrativo en los diferentes países y desde la perspectiva del derecho comparado.

b) Propiciar la reflexión, el debate, el diálogo y el intercambio de ideas y experiencias entre sus miembros y entre ellos y otras personas u organizaciones interesadas en los temas propios del derecho administrativo.

c) Fomentar y fortalecer la docencia, la investigación, la divulgación y el desarrollo del derecho administrativo en los diferentes países.

d) Las demás que sean conducentes para el logro del objetivo general.

En cumplimiento de esos objetivos, el Instituto tiene la satisfacción de entregar a la comunidad jurídica internacional la Colección de Derecho Administrativo Comparado, cuyo propósito es publicar obras colectivas sobre temas básicos y actuales del derecho administrativo, que permitan, con fundamento en trabajos nacionales que desarrollen el respectivo tema desde la perspectiva de cada país, acometer un análisis de derecho comparado que contribuya al mejor conocimiento y comprensión de esos temas.

Para lograr ese cometido comparatista, el contenido de cada uno de los trabajos, en general, se circunscribe a los elementos conceptuales, doctrinales, normativos y jurisprudenciales vigentes en el respectivo país, sin perjuicio de las referencias necesarias a la doctrina, la normativa y la jurisprudencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales que sean indispensables para la comprensión del propio ordenamiento nacional. Sobre esa base, el Coordinador del Volumen respectivo diseña algunas pautas que permitan responder los interrogantes básicos del tema y que faciliten el análisis comparativo, los cuales deben ser respondidos por los autores, sin perjuicio de los que ellos deseen incluir en el desarrollo del trabajo.

A su vez, con fundamento en los trabajos de los diferentes países, el Coordinador de cada volumen tiene a su cargo la elaboración de un documento de análisis comparativo al cual está dedicado el volumen respectivo

En ese orden de ideas, el Volumen VIII de la Colección, que hoy publicamos, está consagrado al estudio de *El servicio público*, con el objetivo de que los estudiantes, especialistas y lectores en general, puedan tener una visión global y comparada de este tema que, como se sabe, ha sido uno de los más importantes del derecho administrativo.

En este Volumen han participado académicos de diez países, miembros del Instituto, cuyas ponencias se publican en orden alfabético de los países, junto con la traducción al español de las ponencias correspondientes a Francia e Italia, cuyas versiones originales fueron redactadas en la lengua materna de los respectivos autores. La coordinación del Volumen y el trabajo final de derecho comparado entre las nueve ponencias nacionales ha estado a cargo del profesor venezolano José Araujo-Juárez. El contenido de los diferentes trabajos es de la responsabilidad exclusiva de los respectivos autores, pues el Instituto no tiene posiciones institucionales sobre los temas tratados

De otra parte, este volumen está dedicado a la memoria del ilustre administrativista español Eduardo García d Enterría, con ocasión de la conmemoración del centenario de su nacimiento, de quien se incluye una semblanza a continuación de esta presentación, redactada por el profesor venezolano Allan R. Brewer-Carías, miembro del Instituto.

La dirección de la Colección agradece a los autores, a los traductores y al coordinador el importante y generoso aporte realizado para la publicación de este volumen, que contribuye positivamente al cumplimiento de los objetivos del Instituto. De igual manera, agradece a la Editorial Temis, por hacer posible la publicación de estos trabajos académicos.

Libardo Rodríguez Rodríguez
Presidente del IIDA y Director de la Colección

EL PROFESOR EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Allan R. Brewer-Carías*

En el mundo hispano e iberoamericano, el profesor Eduardo García de Enterría puede decirse que marcó el curso de la ciencia del derecho administrativo contemporáneo condicionado por los principios del Estado democrático de derecho, incluso antes de que este se formalizara en el texto de la Constitución española de 1978. Desde casi tres décadas antes, desde cuando con un reducido grupo de jóvenes administrativistas, entre quienes se encontraban Fernando Garrido Falla, José Luis Villar Palasí y Jesús González Pérez, comenzaron a forjar nuestra disciplina bajo su conducción en el entonces Instituto de Estudios Políticos de España, teniendo como instrumento efectivo para ello a la Revista de Administración Pública. García de Enterría, en efecto, junto con ellos, fundó la *Revista de Administración Pública* en 1950, en lo que fue, como él mismo lo dijo, una "magnifica aventura,"[1] habiéndola dirigido hasta su fallecimiento

En aquellas décadas iniciales, y sin duda influido por su actividad como letrado del Consejo de Estado que ocupaba desde 1947, Eduardo y sus compañeros convirtieron el Instituto y la Revista en el gran y fundamental semillero de una doctrina que, a pesar del régimen político todavía imperante en España, bien se puede calificar como democrática del derecho administrativo, fundada en unas líneas de pensamiento y de investigación que condujeron, progresivamente, a la regulación del procedimiento administrativo, al afianzamiento de la jurisdicción contencioso administrativa, a la búsqueda de la interdicción de la arbitrariedad y en general, a la reducción de las inmunidades de poder, y al establecimiento de la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva frente a la Administración, principios todos que se incorporaron en la Constitución de 1978.

No hay duda en afirmar que la mayoría de los administrativistas iberoamericanos, hemos comenzado a leer la *Revista de Administración Pública* dirigida por Eduardo desde cuando comenzamos a inclinarnos por esta disciplina, incluso aun siendo estudiantes de derecho, tal como fue mi caso. Y es que ya para el comienzo de los años sesenta del siglo pasado, sus páginas comenzaban a ser una

* Profesor Emérito, Universidad Central de Venezuela.

[1] Véase las "Palabras del Profesor Eduardo García de Enterría sobre el Profesor Allan R. Brewer-Carías en el acto de presentación del libro *La Ciudad Ordenada"*, en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, en el cual se le confirió el título de *Miembro Honorario* de la Academia. Madrid, 11 de junio de 2008.

verdadera mina bibliográfica sobre el derecho administrativo español con visión comparatista y contemporánea, que destacaba en medio de lo que entonces era un verdadero desierto, en el cual solo se encontraban los viejos libros que todos los de aquella época conocimos y estudiamos (Posada, Álvarez Gendín, Gascón y Marín, García Oviedo, Royo Villanova, Fernández de Velazco, entre otros), llanura donde la *Revista* comenzó a ser, así, de la mano de su director, la voz que clamaba en el desierto por el sometimiento de la Administración a la Ley y por el control de su poder.

Lo importante a reafirmar ahora, de aquellos tiempos, cuando después de décadas de esplendor democrático los autoritarismos recomienzan a hacer su aparición, es que esa voz que clamaba en aquel desierto comenzó a expresarse precisamente en medio de un régimen autoritario, como el franquista, que se había instalado solo once años antes de la fundación de la Revista (1950, habiéndose sentado desde sus páginas las bases del derecho administrativo con el cual, veintiocho años después, se encontraría la democracia española en 1978.

En esa forma, en España sucedió lo que se ha considerado como una de las características históricas distintivas de nuestra disciplina, que es el haberse paradójicamente formado, en general, en el seno de regímenes autoritarios. Ello incluso nos lo recuerda el profesor Camille Mialot del Instituto de Estudios Políticos de París, precisamente en un trabajo publicado en el número 195 de la *Revista* de 2014[2] dedicado a la obra de Eduardo García de Enterría, explicando cómo ha sido una característica histórica de nuestra disciplina la de "nacer y desarrollarse bajo regímenes autoritarios", basando su argumento en el hecho de que "a falta de Derecho constitucional que enmarque el poder político, se desarrolla un Derecho que delimita su brazo ejecutivo, y su cara jurídicamente perceptible: la Administración"[3]. Y así entonces se fueron sentando las bases para el control del poder de la Administración, y con ello del derecho administrativo, pero sin control alguno sobre el poder político.

En esa época no había democracia, pero sin duda, sí se comenzó a desarrollar un derecho administrativo, porque a pesar del autoritarismo, el régimen toleraba la existencia de un cierto equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos ciudadanos, y había permitido el desarrollo relativo de algunos tribunales que podían controlar algo a la Administración, que fue lo que permitió que comenzara la lenta pero aguerrida "lucha contra las inmunidades del poder" que fue la que originó el derecho administrativo contemporáneo en este país.

Fue incluso en aquella época cuando se dictaron las muy importantes Leyes sobre el Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y sobre Procedimientos Administrativos, sin duda, en el derecho positivo, la partida de nacimiento del derecho administrativo español contemporáneo para buscar garantizar el

[2] Véase Camille Mialot, "Un gigante del derecho público: Eduardo García de Enterría", en *Revista de Administración Pública*, núm. 195, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, págs. 257-268.

[3] *Idem*, pág. 259.

sometimiento de la Administración del Estado al derecho"[4], como muestra de esa "lucha contra las inmunidades de poder", que como grito de guerra fue el título de la conferencia que Eduardo García de Enterría dictó el 2 de marzo de 1962 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona[5].

En la misma, sin ser una crítica directa al régimen de la época, sin duda García de Enterría sentó las bases para lograr someter a la Administración al control judicial, siendo para los administrativistas como lo dijo Miguel de Cervantes por boca del Quijote respecto de los caballeros de la época , "norte, el lucero, el sol de los valientes y enamorados caballeros, a quienes debemos imitar todos aquellos que debajo de la bandera del amor y de la caballería militamos", teniendo que "hender gigantes, descabezar serpientes, matar endriagos, desbaratar ejércitos, fracasar armadas y deshacer encantamientos"[6], como todos los administrativistas con ya algunas décadas a cuestas de lucha por el derecho, hemos tenido que hacer o intentado hacer con el poder.

Sin duda, esa lucha contra las inmunidades del poder fue la forma como Eduardo García de Enterría encontró para rebelarse contra el régimen autoritario, usando todas las armas de inspiración liberal propias de la democracia, lo que llevó incluso a que desde Hispanoamérica, aun durante el régimen franquista, se lo calificara como el jefe de la "escuela democrática" del derecho administrativo español (la expresión se la oí por primera vez a un viejo amigo de ambos, el recordado León Cortiñas Peláez).

Su actitud, sus principios y su constante trabajo, permitieron entonces la evolución de la disciplina, y el desarrollo del derecho administrativo a tal punto que cuando llegó la democracia a España, materialmente ya existía toda la superestructura legal necesaria para su consolidación.

Lo cierto, en todo caso, es que fue a través de esa obra y por su continuidad, como en las páginas de esa *Revista de Administración Pública* se fueron sentando las bases de lo que ha sido el derecho administrativo contemporáneo español, las

[4] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Modelo político y derecho administrativo", Conferencia para las *XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo sobre La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Transformaciones del derecho administrativo. Desafíos y tareas pendientes en la constitucionalización*, organizado por Universidad Externado de Colombia,. Bogotá, 3 septiembre 2014. Véase en http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201082.%20Brewer.%20Modelo%20pol%C3%ADtico%20y%20derecho%20administrativo.%20XV%20Jornadas%20Externado.%20Bogot%C3%A1%20sept.%202014.pdf. El texto ha sido publicado en Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la Ley, La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y des democratización de Venezuela*, Caracas, 2014, págs. 21-43.

[5] Véase Eduardo García de Enterría, "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962. págs. 159-205. El estudio fue editado posteriormente como libro por Editorial Civitas.

[6] Capítulo XXV "Que trata de las extrañas cosas que en Sierra Morena sucedieron al valiente Caballero de la Mancha" de su obra *El Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha*.

cuales, a través de la comunidad de la lengua, tuvieron la enorme influencia que todos reconocemos en el mundo hispanoamericano, mucho más importante que la que ustedes se imaginan.

Por ello, al haber llevado Eduardo García de Enterría la batuta en todo ese proceso de lucha contra las inmunidades de poder y de desarrollo del instrumento certero para esa lucha, que es el derecho administrativo, no es de extrañar que una vez más le rindamos homenaje los profesores iberoamericanos y de otros países al dedicar a su memoria este volumen de la Colección de Derecho Administrativo Comparado.

Y es que Eduardo fue, como lo escribió un amigo común de ambos, el profesor Guy Braibant, destacado miembro del Consejo de Estado francés en la *laudatio* que hizo de Eduardo en 2001, "un gran jurista, uno de los más grandes de nuestra vieja Europa", sino que "ha sido el maestro de una escuela de prestigio, de las que se daban en la antigua Grecia" destacándole que "su influencia en esta disciplina se extiende mucho más allá de las fronteras de su país"[7]. En eso, su tarea como profesor de la Universidad Complutense de Madrid, donde llegó a comienzos de los años sesenta luego de iniciarse en la docencia en la Universidad de Valladolid, condujo a su proyección hacia América Latina, directamente y a través de su Escuela, que siempre tuvo como centro de actividad el Seminario de García de Enterría en la Facultad de Derecho y sus reuniones anuales con sus antiguos alumnos. Y a ello se agregó su obra fundamental, su *Curso de derecho administrativo*[8] que siempre sacó y actualizó en colaboración con su destacado alumno y colaborador, el profesor Tomás-Ramón Fernández Rodríguez.

Esa proyección de su obra en particular hacia nuestra América Latina, que se extiende desde hace más de medio siglo ha significado que García de Enterría es la autoridad académica que más impacto e influencia ha tenido en la historia del derecho administrativo de nuestros países, proceso que además fue de la mano con la progresiva democratización que se fue experimentando en nuestros países; y con ello, de las posibilidades reales de control del poder que se produjo en todo el Continente americano en las últimas décadas, cuando los diferentes países fueron saliendo de los regímenes autoritarios que tuvieron.

Pocos países escaparon de aquella tendencia autoritaria en las primeras décadas de la segunda mitad del siglo pasado, entre ellos Colombia y Venezuela, de manera que podemos decir que en los mismos se afianzó tempranamente el derecho administrativo democrático que tanto enseñó García de Enterría. El autoritarismo precedente, en todo caso, al igual que en España no impidió que se fueran sentando las bases del derecho administrativo que luego se desarrolló.

El problema, en todo caso, se presenta ahora y sobre todo para el futuro, en países como Venezuela y Nicaragua, donde siguiendo el modelo cubano, en sentido

[7] Véase Guy Braibant, *Revue européenne de droit public*, vol 13, printemps 2001, págs. 43 y ss.

[8] La obra, inicialmente editada por Editorial Civitas en 1974, ya cuenta con una treintena de ediciones actualizadas.

regresivo en relación con los demás países del Continente, se ha instalado un Estado que no es ya ni siquiera autoritario, sino que es un Estado Totalitario. En Venezuela, incluso, tuvo su comienzo, después de cuarenta años de régimen democrático, en un proceso constituyente que se vendió como una panacea en 1999 en plena crisis del bipartidismo que entonces no supo superar su decadencia; no fue otra cosa que un mecanismo perverso para asaltar el poder basado en supuestos principios soberanistas o de expresión de soberanía popular por encima de la Constitución, pero que sirvió para destrozarla y establecer una dictadura supuestamente popular.

Frente a los mismos signos de entonces, que ahora —*mutatis mutandi*— se comienzan a ver en España, estoy seguro que de estar vivo Eduardo García de Enterría ya habría advertido sobre los cantos de sirena autoritarios y populistas que se han venido oyendo que han conducido incluso a la sanción de una ley de amnistía, cuando esa institución —la amnistía— no está prevista en el único instrumento que puede estar en un Estado de derecho que es la Constitución, por la limitación que la misma implica en los poderes de los jueces. Solo en la Constitución puede regularse la amnistía, y no puede el Poder Legislativo asumir en contra de la Constitución el cometido de constituyente. Como nos lo enseñó Eduardo García de Enterría en otra de sus obras pilares del Estado de derecho: *La Constitución, como norma*, que, como tal, no solo se aplica directamente a los ciudadanos sino, ante todo, a los órganos de Estado que no pueden actuar sino conforme lo autoriza la Constitución.

Y sin Constitución como norma suprema, inviolable e inmutable, no hay Estado de derecho y el derecho administrativo deja de ser ese punto de equilibrio entre el poder del Estado y los derechos de los ciudadanos que tanto nos enseñó García de Enterría, y se convierte en un amasijo de normas reguladoras del Estado, de sus podres y prerrogativas, concebidas para el Estado y su burocracia, conforme a las cuales las personas lo único que pueden es clamar por dádivas, pero nunca exigir derechos.

Esa es hoy la trágica situación de Venezuela, sometida a un totalitarismo que hace de la escritura un delito, y persigue al que pretenda en alguna forma luchar contra las inmunidades del poder. Ello incluso lo advirtió hace dos décadas el propio Eduardo García de Enterría, cuando en 2003, ya identificaba al Chávez de Venezuela como un "caudillo," que como todos los de su estirpe —decía— no tenía "reparos de conciencia sobre la legalidad"[9]; y hace tres lustros en 2008 al denunciar que Chávez había roto el proceso democrático que se había iniciado en Venezuela en 1958 refiriéndose al pacto político ("Pacto de Punto Fijo") que ese año habían suscrito los diversos partidos políticos "para establecer la democracia en Venezuela, con elecciones libres y la construcción de un Estado de Derecho"

[9] Véase "Discurso del profesor Eduardo García de Enterría", el día, 2 de diciembre de 2003, en el Salón de Grados de la Universidad Carlos III de Madrid, en el acto de presentación del libro *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, 5 volúmenes coordinados por Alfredo Arismendi y Jesús Caballero Ortíz, Madrid, Editorial Civitas, 2003, 3553 págs.

(similar *mutatis mutandi* al que veinte años después serían en este país los "pactos de la Moncloa"), denunciando cómo "el singular dictador Chávez": había instalado "un régimen autoritario de concentración del poder, centralizado (desmontando el federalismo tradicional) y militarista autoritario"[10].

Ese fue Eduardo García de Enterría, quien hablaba y escribía llamando las cosas con su nombre propio (caudillo, populista, tirano, dictador), sin temor, siempre comprometido sin ambages, con la democracia y el Estado de derecho, y quien, estoy seguro, como antes dije, en estos tiempos estaría advirtiendo sobre el peligro que se cuela en España.

En medio de ser un hombre de acción, a su manera, Eduardo García de Enterría fue además, un hombre generoso y solidario con todos sus discípulos, directos e indirectos, a quienes regaló su tiempo y dedicación de académico, propio de a quien podemos con razón considerar como un "gigante del derecho público"[11]. Por ello, y además, por haber sido el hombre íntegro y amigo integral que fue en todas las circunstancias, es que hoy, con esta obra auspiciada por el Instituto Internacional de Derecho Administrativo, hemos querido sumar este homenaje a tantos otros que merecidamente ha recibido.

Diciembre 2023

[10] Véase las "Palabras del Profesor Eduardo García de Enterría sobre el Profesor Allan R. Brewer-Carías en el acto de presentación del libro *La Ciudad Ordenada",* en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, en el cual se le confirió el título de *Miembro Honorario* de la Academia. Madrid, 11 de junio de 2008.

[11] Es el título del artículo de Camille Mialot, *loc. cit*., pág. 257.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Presentación VII
El profesor Eduardo García de Enterría (Allan R. Brewer-Carías) IX

ARGENTINA

EL SERVICIO PÚBLICO EN ARGENTINA
Rodolfo C. Barra

1. El instituto administrativo del servicio público como régimen jurídico de la concesión de servicio público 3
2. La delegación transestructural de cometidos públicos 8
3. El servicio público como técnica política y económica de intervención estatal 11
4. Regímenes especiales de servicio público en el ordenamiento argentino 14
   A) Los "marcos regulatorios" 15
   B) El marco regulatorio eléctrico 16
   C) El marco regulatorio del gas natural 18
   D) Medios de comunicación audiovisual y de las tecnologías de la información y las comunicaciones 24
      a) Medios de comunicación audiovisual 25
      b) Tecnologías de la información y telecomunicaciones 30
5. Quid de la actividad de educación 35
6. Quid de la discriminación (a modo de apéndice) 39

COLOMBIA

EL SERVICIO PÚBLICO EN COLOMBIA
Ciro Nolberto Güechá Medina Ph.D

Introducción 49
1. Fuentes normativas del servicio público en Colombia 49
   A) Fuentes constitucionales 50
   B) Fuentes legales 52
2. Configuración del modelo de Estado constitucional y el servicio público en Colombia 54

PÁG.

A) El Estado de derecho y el sometimiento al orden jurídico en la prestación del servicio público 54
B) El servicio público en el Estado social de derecho 56
3. Criterios identificadores del servicio público en Colombia 58
4. Concepto del servicio público en Colombia 60
5. Los principios rectores del servicio público en Colombia 63
6. Modos de gestión o prestación del servicio público en el sistema colombiano 66
7. Conclusiones 68
Bibliografía 68

COSTA RICA

EL SERVICIO PÚBLICO EN COSTA RICA

Luis A. Ortiz Zamora

1. Introducción 73
2. Fuentes normativas 74
A) Constitucionales 74
B) Legales 76
a) Ley General de la Administración Pública 76
b) Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos 76
c) Código de Normas y Procedimientos Tributarios 77
d) Código Municipal 77
2. Configuración del modelo de Estado constitucional y el servicio público 77
A) Estado abstencionista 77
B) Estado prestacional 78
C) Estado de garantía de prestaciones 78
D) Estado regulador 79
3. Concepto del servicio público 79
A) Legislación 79
B) Doctrina 80
C) Jurisprudencia 83
a) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 83
b) Tribunal Contencioso Administrativo 84
c) Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos 84
d) Procuraduría General de la República 85
4. Clasificación de los servicios públicos 87
A) Servicios administrativos o función pública 87
B) Servicios industriales y comerciales o servicio público en sentido estricto 88
C) Gestión económica 89
D) Servicios públicos nacionales y municipales 90
E) Servicios públicos asistenciales o sociales 91
5. Los principios rectores del servicio público 92

PÁG.

6. Políticas públicas sobre el servicio público 93
7. Modos de gestión o prestación del servicio público 93
8. Relaciones entre los prestadores y usuarios de los servicios públicos 93
A) Derechos y deberes de los prestadores 93
B) Derechos y deberes de los usuarios y consumidores 95
9. Control público 95
A) Administrativo 95
B) Parlamentario 95
C) Jurisdiccional 96

ESPAÑA

EL SERVICIO PÚBLICO EN ESPAÑA

ÍÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA

1. Fuentes normativas. Los conceptos de servicio público 99
2. La estrecha relación entre los conceptos sociológico y constitucional de servicio público 100
A) Concepto sociológico 100
B) Concepto constitucional de servicio público 101
C) Reservas de servicios esenciales y servicios públicos 103
a) El concepto preconstitucional de servicio público 103
b) Las discusiones doctrinales en torno al concepto de reserva de servicio esencial, en relación con el concepto preconstitucional de servicio público 104
c) Servicio público, servicio esencial reservado y monopolio 105
d) Servicios públicos, reservas y regulación 107
3. Los conceptos legales de servicio público 116
A) Servicio público y jurisdicción contencioso-administrativa 117
B) Servicio público y procedimiento administrativo 117
C) Servicio público y régimen del sector público 117
D) Los servicios públicos en el ámbito local 118
4. La gestión contractual, por particulares, de los servicios públicos 121

FRANCIA

LE SERVICE PUBLIC « A LA FRANCAISE »

JACQUELINE MORAND-DEVILLER

1. L'âge d'or et les crises 127
A) Un mythe mobilisateur 127
B) Les crises du service public 130

PÁG.

2. Le renouveau du service public 132
A) La fin des privilèges 132
B) Le renouveau 134

SERVICIO PÚBLICO "A LA FRANCESA"

JACQUELINE MORAND-DEVILLER

1. La edad de oro y las crisis 137
A) Un mito movilizador 137
B) La crisis del servicio público 140
2. El renacimiento del servicio público 142
A) El fin de los privilegios 142
B) La renovación 144

ITALIA

I SERVIZI PUBBLICI IN ITALIA

SIMONE RODOLFO MASERA

1. Premesse sulle fonti normative 149
2. Configurazione del modello dello Stato costituzionale e del servizio pubblico 151
3. Individuazione dei criteri di servizio pubblico (soggettivo, oggettivo, misto) 152
4. Concetto di servizio pubblico 156
5. Classificazione dei servizi pubblici 157
6. Principi guida del servizio pubblico 162
7. Politiche pubbliche sul servizio pubblico 164
A) Liberalizzazioni 164
B) Privatizzazioni 164
C) Regolazione 165
D) Mercato e concorrenza 167
8. Modalità di gestione o prestazione di pubblico servizio 168
A) Gestione diretta e indiretta 170
B) Gestione delegata 172
9. Rapporti tra fornitori e utenti di servizi pubblici 175
A) Regime giuridico che vincola fornitori e utenti 175
B) Libertà e doveri dei fornitori 176
C) Diritti degli utenti e dei consumatori 177
D) Meccanismi di difesa 178
10. I controlli 178
A) Controllo amministrativo 178
B) Controllo delle autorità amministrative di regolazione dei servizi di pubblica autorità 180
C) Controllo giurisdizionale 182
11. Osservazioni finali 183

LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ITALIA

SIMONE RODOLFO MASERA

PÁG.

1. Preámbulo sobre las fuentes normativas 185
2. Configuración del modelo del Estado constitucional y del servicio público 187
3. Identificación de los criterios de servicio público (subjetivo, objetivo, mixto) 188
4. Concepto de servicio público 192
5. Clasificación de los servicios públicos 194
6. Los principios rectores del servicio público 199
7. Políticas públicas sobre el servicio público 201
   A) Liberalizaciones 201
   B) Privatizaciones 201
   C) Regulación 202
   D) Mercado y competencia 204
8. Procedimientos de gestión o prestación del servicio público 205
   A) Gestión directa e indirecta 207
   B) Gestión delegada 210
9. Relaciones entre los proveedores y los usuarios de servicios públicos 212
   A) Régimen jurídico que vincula a los proveedores y los usuarios 212
   B) Libertades y obligaciones de los proveedores 213
   C) Derechos de los usuarios y de los consumidores 215
   D) Mecanismos de defensa 215
10. Los controles 216
   A) Control administrativo 216
   B) Control de las autoridades administrativas de regulación de los servicios de utilidad pública 218
   C) Control jurisdiccional 219
11. Observaciones finales 221

MÉXICO

LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN MÉXICO

CARLOS A. VILLANUEVA MARTÍNEZ

1. Apunte preliminar 225
2. Fuentes normativas 227
3. Configuración del modelo de Estado constitucional y el servicio público 231
4. Criterios identificadores del servicio público 239
5. Concepto del servicio público 240
6. Clasificación de los servicios públicos 248
7. Los principios rectores del servicio público 250
8. Políticas públicas sobre el servicio público 252

PÁG.

9. Modos de gestión o prestación del servicio público 256
10. Relaciones entre los prestadores y usuarios de los servicios públicos 260
11. Control público 265
Bibliografía 266

URUGUAY

EL SERVICIO PÚBLICO EN URUGUAY

Cristina Vázquez

1. Fuentes normativas 271
A) Constitucionales 271
B) Legales 273
2. Configuración del modelo de Estado constitucional y el servicio público 276
3. Criterios identificadores del servicio público 280
4. Concepto del servicio público 283
A) Legislación 283
B) Doctrina 283
C) Jurisprudencia 287
5. Clasificación de los servicios públicos 288
A) Constitucional y legal 288
B) Nacional, regional y local 288
C) Industrial y comercial 288
D) Propio y virtual 288
E) Otros: esenciales, sociales, personales, etc. 289
6. Los principios rectores del servicio público 289
A) Principios tradicionales 289
B) Principios contemporáneos 289
7. Políticas públicas sobre el servicio público 289
8. Modos de gestión o prestación del servicio público 290
9. Relaciones entre los prestadores y usuarios de los servicios públicos 293
10. Control público 294

VENEZUELA

EL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

José Ignacio Hernández G.

1. Introducción 297
2. Los orígenes del concepto de servicio público en Venezuela 298
A) El concepto tradicional de servicio público 299
B) Aproximación crítica al concepto tradicional de servicio público en Venezuela 306

PÁG.

3. Del nuevo servicio público al servicio público como causa de la destrucción de los mecanismos de mercado 309
A) La breve impronta del nuevo servicio público y el llamado contencioso de los servicios públicos en la Constitución de 1999 310
B) La vuelta del servicio público y la destrucción de los mecanismos de mercado 315
4. Conclusiones 319

ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

EL SERVICIO PÚBLICO EN DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO

José Araujo-Juárez

1. Introducción 325
2. Fuentes normativas 329
A) Nivel constitucional 329
B) Nivel legal 331
3. Configuración del modelo de Estado constitucional 332
4. Criterios identificadores 335
5. Concepto del servicio público 338
A) Pluralidad 338
B) Reserva 344
6. Crisis del servicio público 345
A) Causas 345
B) Nuevo servicio público 346
7. Clasificación de los servicios públicos 347
A) Tradicional 347
B) Derecho de la Unión Europea 351
a) Servicio de interés general 351
b) Clasificación 354
c) Regulación 357
8. Principios rectores 358
9. Políticas públicas sobre el servicio público 361
A) Liberalización 361
B) Privatizaciones 363
C) Regulación 364
D) Autoridad reguladora 367
E) Mercado y competencia 368
10. Modos de gestión servicio público 370
A) Gestión directa e indirecta 370
B) Gestión delegada 372

PÁG.

11. Relaciones entre los prestadores y usuarios de los servicios públicos 375
A) Régimen jurídico 375
B) Derechos de los usuarios y de los consumidores..... 376
C) Mecanismos de defensa..... 377
12. Control público..... 378
A) Control administrativo..... 378
B) Control de las autoridades administrativas de regulación 380
C) Control jurisdiccional 380
D) Control parlamentario..... 382
13. Conclusión reflexiva..... 382

ARGENTINA

EL SERVICIO PÚBLICO EN ARGENTINA

Rodolfo C. Barra*

1. El instituto administrativo del servicio público como régimen jurídico de la concesión de servicio público

Hace muchos años atrás publiqué un artículo que llevó el título de "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público"[1], comentando un muy interesante fallo de la Cámara de Apelaciones Federal Contencioso-Administrativo, Sala IV, in re "Fundación San Martín de Tours", sobre el que luego volveré.

A pesar del tiempo transcurrido, me ratifico en los argumentos allí vertidos, no por obstinación o amor propio sino por convencimiento.

La síntesis de tal argumentación es que no existe, entre el servicio público en sí mismo, y los restantes institutos del derecho administrativo, distinción esencial alguna. La actividad de servicio público se caracteriza por ser de competencia estatal, es decir, de lo que, ya más adelante en el tiempo, he llamado "el sector público del ordenamiento jurídico"[2], siguiendo el concepto "romaniano" de ordenamiento jurídico[3], sin importar que tal competencia se

* Profesor titular emérito de Derecho Administrativo, Universidad Católica Argentina. Profesor titular de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de La Matanza, donde también es Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas. Profesor en diversas carreras de posgrado en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad Austral de Buenos Aires.

[1] Revista La Ley, 1982-B, pp. 363/377.

[2] Rodolfo Barra, *Derecho administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, t. 1, Capítulo primero, Astrea-RAP, Buenos Aires, 2018. Recordemos que el art. 85 de la Constitución Nacional se refiere expresamente al "sector público nacional", el que abarca "la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuere su modalidad de organización". Con más detalle lo delimita el art. 8, apartado b) de la ley 24.156, de administración financiera: "Las disposiciones de esta ley serán de aplicación en todo el sector público nacional, el que a tal efecto está integrado por: [...] b) Empresas y sociedades del Estado que abarca a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias [...]". Obviamente el sector público también incluye al gobierno, en su personificación jurídica "Estado", en sus tres poderes y los otros órganos constitucionales auxiliares, como el ministerio público, el defensor del pueblo y la Auditoría General de la Nación.

[3] Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1945.

haya establecido en el origen mismo de la actividad (pensemos en las actividades que se van desarrollando al compás de los avances tecnológicos), o *a posteriori*, y sin importar tampoco que se las pueda calificar como servicios públicos por naturaleza o no[4]. Esta competencia pública es lo que denomino "*publicatio*", ya sea por decisión estatal en el mismo origen de la actividad, o por su decisión posterior (ya veremos mediante cuál tipo de norma debería ser tomada esta decisión).

También es tradicional en la doctrina identificar al servicio público por los siguientes caracteres jurídicos: continuidad, regularidad, generalidad, uniformidad o igualdad y obligatoriedad[5]. Pero lo cierto es que todos los institutos del derecho administrativo se asientan sobre la *publicatio* o competencia del sector público, como también es indiscutible que los citados "caracteres jurídicos" se encuentran en toda la actividad realizada por las organizaciones y sujetos pertenecientes al sector público del ordenamiento.

No es óbice a lo que acabo de afirmar el que el servicio público se preste, habitualmente, por organizaciones empresarias, y que, cuando la empresa prestadora sea pública (estatal), el instituto serviría para distinguirlo de otras actividades estatales, pero materialmente comerciales o industriales, no calificables como servicio público[6].

La objeción tiene peso, pero aun así no es de recibo. Si se sostiene, como es mi caso[7], que las empresas de propiedad del Estado son personas de derecho público que persiguen una finalidad pública, estaremos en la misma hipótesis que mencionamos antes, aun sin tratarse de una actividad de servicio público, sin perjuicio también de que la aplicación de tales "caracteres" tendría modalidades propias: no sería "obligatorio" para el Estado la asunción de la actividad (a menos que lo imponga una ley), mientras que la "continuidad" estaría condicionada por la naturaleza de la actividad. Pero los demás caracteres se aplicarían también a estas empresas, especialmente el de la generalidad e igualdad.

[4] No coincido con esta última clasificación, especialmente frente al criterio restrictivo de servicio público que propongo.

[5] Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, cap. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, con abundantes citas doctrinarias.

[6] Así, si el Estado, por medio de una sociedad del Estado u otro tipo jurídico empresario perteneciente al sector público, fuese propietario de una fábrica de automóviles, la noción de servicio público serviría para distinguir a esa actividad industrial de, por ejemplo, la prestación de agua potable, que también podría estar gestionada por una empresa del sector público.

[7] Ver Rodolfo Barra, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, cap. XXVII, Buenos Aires, Ábaco, 2006. La calidad de pertenecientes al sector público de las empresas estatales, cualquiera sea forma o tipo jurídico, resulta también del art. 85, CN y del art. 8 de la ley 24.156 (ver nota 2).

Por otro lado, para los que consideran que tales empresas estatales que realizan una actividad comercial o industrial, son personas privadas regidas por el derecho privado, la cuestión de la distinción con el servicio público carecería de utilidad, en tanto que si tales empresas prestasen un servicio público, lo explicarían a partir de la figura de la concesión, con lo cual, como veremos, estaríamos también insertando el tema en lo que aquí sostengo: el servicio público como régimen jurídico de la concesión de servicio público.

La frase con que cierro el párrafo anterior, quiere significar que la utilidad de la distinción del servicio público como instituto jurídico se encuentra cuando este es prestado por los particulares (o por una empresa estatal, para los que las consideran sujetos privados). Es en este caso donde los conocidos "caracteres" cobran sentido para distinguirlos, no de las restantes actividades realizadas por la administración centralizada o descentralizada, sino de la actividad empresarial, según es normalmente desarrollada por los particulares, es decir, por los sujetos que integran el sector privado del ordenamiento jurídico, quienes ejercen el derecho de realizar cualquier industria y comercio lícito en una condición *sustancial* de libertad, garantizada por los artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional (en adelante CN), según el principio de la autonomía de la voluntad y las reglas del mercado[8].

Entiendo que esta propuesta doctrinaria en nada disminuye la importancia del instituto del servicio público; por el contrario, la exalta. Por otra parte, la importancia y vigencia del instituto del servicio público ha sido reconocida recientemente en un más que importante fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina, en la causa "CEPIS"[9]. Aquí, en el considerando 30 del voto

[8] Sobre la libre actividad de los particulares y su eventual limitación por normas de orden público, ver Barra, *Derecho administrativo. Acto*..., ob. y lug. cit. en nota 2.

[9] "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) y otros c/Ministerio de Agricultura y Minería s/ amparo colectivo", CSJN Fallos: 339:107 (2016), de gran importancia también en materia de legitimación para accionar en supuestos de daños a derechos de incidencia colectiva. En este aspecto lo he estudiado en *Derecho administrativo. Acto*..., cit., t. 2, §§ 13, 81 y 110 y ss. La reforma constitucional de 1994 en su art. 42 ha reconocido expresamente al instituto, dentro de, precisamente, el nuevo Capítulo segundo de la Parte primera, titulado "Nuevos derechos y garantías" que 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".

concurrente de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco se señala que "[...] las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación". "Se trata —prosigue— de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos".

Sintetizando:

A**)** Toda la actividad del Estado (insisto, del órgano de conducción del ordenamiento jurídico, integrado por diversos sujetos —el Estado y sus entes descentralizados— todos ellos de naturaleza pública, sin perjuicio de los que actúan en calidad de "delegados" de la administración, según veremos más adelante) es, en sentido amplio, un servicio público, ya que la causa final del Estado es el *bien común*, que incluso es primero en la intención y último en la ejecución: es motor, movimiento y término de toda la acción estatal, respetando el principio de subsidiariedad. Ni el Estado tiene fines privados ni los particulares fines públicos[10].

Por ello la actividad del Estado y de los demás sujetos del sector público será siempre *política y jurídicamente servicial*, ya que toda aquella se encuentra dirigida a facilitar el bien de cada uno de los particulares[11], es decir, *al servi-*

[10] Ver Rodolfo C. Barra, *Capitalismo de rostro humano*, esp. parágrafos I a XVI, Buenos Aires, RAP, 2022.

[11] Señalé en *Capitalismo*..., ob. cit., parágrafo XIII: "Cabe insistir en que ambos sectores del ordenamiento jurídico —el "público" y el "privado"— dan plenitud al ordenamiento jurídico, guardando entre sí una diferencia esencial: mientras en el sector privado, como vimos, se persiguen los fines «privados» de las «partes», en el sector público se persigue el bien del todo (de la totalidad de la polis), aunque dicho bien finalmente se "particularice" a través de las relaciones de justicia distributiva: las que llevan al sujeto público (el que se sitúa en el sector público) a dar a cada parte privada lo que le corresponde en su participación, como carga o beneficio, del bien del todo, o bien común, ya que el bien común no es sino para ayudar o perfeccionar el bien particular o bien de las partes". Luego recordé al Papa Juan XXIII en su encíclica *Pacem in Terris (P.t.)*: "Una sociedad bien ordenada y fecunda requiere gobernantes, investidos de legítima autoridad, que defiendan las instituciones y consagren, en la medida suficiente, su actividad y sus desvelos al provecho común del país (nº 46) [...]". Este bien común, como veremos, obliga tanto al particular como al gobernante (*Pt.*, ns. 52 y 53) y debe redundar en provecho de todos y cada uno: "[...] todos los miembros de la comunidad deben participar en el bien común por razón de su propia naturaleza [...]" (nº 56), en tanto el bien común "[...] abarca todo un conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección" (nº 58). Es que, como se afirma en la Constitución Pastoral *Gozo y esperanza* del Concilio Vaticano II, nº 25, "La índole social del hombre demuestra que el desarrollo de la persona humana y el crecimiento de la propia sociedad están mutuamente condicionados, porque el principio, el sujeto y el fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana [...]" (todos los destacados son agregados). Desde otra perspectiva, lo dicen así también la Declaración de la Independencia de los

cio de cada uno de los individuos o sujetos integrantes del sector privado del ordenamiento. Por no perseguir un fin privado tal servicio es *público* (potencialmente abierto a todos; es para el público, al que se le distribuye o participa según la justicia distributiva), mientras que la actividad privada, sin dejar de ser *moralmente servicial o solidaria* se guía, entonces, por el principio del bien propio, y se intercambia o conmuta (justicia conmutativa) con los bienes privados del otro sujeto parte en la conmutación, quien también persigue en ella su propio bien[12].

B) Desde el punto de vista material, no hay actividad alguna que pueda ser calificada, en sí misma, como "servicio público" en el estricto sentido jurídico del término. Que lo sea depende de la ya citada *publicatio*[13], pero no del tipo de actividad. No es una verdadera característica del servicio público el que se preste en condiciones monopólicas, aunque esta modalidad pueda ser la más conveniente en muchos casos, principalmente por un problema de costos y de aprovechamiento eficiente de las instalaciones necesarias (que es también un problema de costos). Es decir, se trata de una conveniencia y no de una exigencia "natural".

C) Si toda la actividad de los sujetos del sector público del ordenamiento jurídico es para el servicio del público, y es cumplida conforme a un régimen jurídico sustancialmente de derecho público a través de relaciones jurídicas regidas por la virtud de la justicia distributiva[14], el instituto jurídico "servicio público" no puede servir como criterio diferenciador con relación a los restantes institutos del derecho administrativo, salvo (subrayemos este "salvo") cuando el ejercicio de la actividad es "transferida" a un particular con la exigencia de que su prestación se haga bajo un régimen jurídico especial: el régimen jurídico del servicio público.

D) La necesidad de someter una específica actividad de un particular a un régimen jurídico especial (servicio público, el que es un régimen de derecho público) resulta de la necesidad de diferenciarla de las otras actividades con efectos jurídicos de ese mismo particular, regidas por el derecho privado. Estas últimas se desarrollarán dentro del mercado, según el principio de la autonomía de la voluntad y las exigencias de la justicia conmutativa, sin perjuicio de sus correcciones en virtud de la justicia general, especialmente cuando esta

---

Estados Unidos: "Que, para asegurar aquellos derechos [se refiere a los derechos individuales fundamentales] han sido instituidos los gobiernos entre los hombres"- y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su art. 2: "La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre".

[12] Lo expuesto es sin perjuicio de la incidencia de la justicia general, legal o del bien común. Ver Barra, *Derecho administrativo. Acto*..., ob. cit., cap. III, § 23 y *Capitalismo de rostro humano*, § XIII, citado.

[13] Sin perjuicio de que el instituto jurídico "servicio público" es una actividad desplegada por un particular bajo el título de una delegación pública, como lo veremos luego.

[14] Ver Barra, *Derecho administrativo. Acto*..., t. I, ob. cit., caps. II y IV.

se expresa a través de normas imperativas (orden público)[15], mientras que el servicio público se encuentra, por definición, fuera del mercado y es prestado según las exigencias de la justicia distributiva, sin perjuicio de que el prestador (privado) persiga la satisfacción de un bien propio. Esta es la particularidad esencial del régimen jurídico del servicio público (es decir, prestado por un particular): el prestador cumple directamente con un fin público persiguiendo, también directamente, su bien privado (lucro), pero que debe llevar a cabo respetando los principios de la neutralidad, objetividad e imparcialidad[16], como si fuese la misma agencia u organización de la administración pública a la cual reemplaza conforme con la figura de la "delegación", según lo veremos en el próximo parágrafo.

E) En la gestión del servicio público (en lo sucesivo, siempre que utilice la expresión "servicio público" lo haré para referirme al prestado por un particular, salvo aclaración en contrario) pueden distinguirse dos tipos de actividades: una es la concedida o delegada al particular, la que suele denominarse "núcleo básico de la concesión o delegación"; la otra se refiere a distintas actividades que, con ocasión de la prestación del servicio, el concesionario o delegado puede desarrollar, pero que no inciden sobre tal núcleo básico. La primera se regirá por el régimen jurídico del servicio público, que entonces será el régimen jurídico de la concesión de servicio público, de derecho público y ajeno al mercado, en tanto la segunda se desenvolverá conforme al régimen jurídico de derecho privado que le corresponda, presidida por la autonomía de la voluntad e incidida por el mercado, sin perjuicio de que pueda ser aprovechada para mejorar las condiciones de prestación del servicio, por ejemplo, la reducción de la tarifa, o un aumento del eventual canon en favor del sujeto público concedente o delegante.

Básicamente por las razones apuntadas sostengo que el servicio público es el régimen jurídico de la concesión de servicio público, el que forma parte de la técnica jurídica de la "delegación transestructural de cometidos", según lo veremos sintéticamente en el próximo parágrafo.

2. La delegación transestructural de cometidos públicos

La figura de la delegación ha sido siempre de gran utilidad a los fines de explicar la relación jurídica concesional en el derecho público. En mi caso,

[15] Ver Barra, *Derecho administrativo. Acto*..., t. I, ob. cit., cap. III.

[16] Sobre estos principios, ver Francisco Manuel García Costa, "Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad", en *Revista Documentación Administrativa*, núm. 289, enero-abril 2011, págs. 21-42. Sobre el valor normativo de los principios generales del derecho, ver Juan Carlos Cassagne, *Los grandes principios del derecho público*, Buenos Aires, La Ley, 2015.

lo hecho con un alcance mayor[17], ya que permite explicar diversas actividades que, aunque pertenecientes a la competencia de sujetos integrantes del sector público del ordenamiento, son ejercidas por particulares. Es decir, se trata de la realización de cometidos públicos —actividades de competencia pública— por parte de sujetos privados[18] con título en un acto administrativo bilateral en su origen y efectos.

Ciertamente la figura de la delegación es más que apropiada para su aplicación al caso, teniendo en cuenta que ella supone una habilitación (concesión, autorización) otorgada por el delegante al delegado a los fines de que este ejerza, en la medida de la delegación, la actividad o cometido de cuya competencia es titular, y continúa siéndolo, el delegante. La denomino "transestructural" porque esta habilitación por delegación trasciende a la estructura de la Administración pública, centralizada y descentralizada, para recaer en un sujeto privado. Es decir, la actividad, sin dejar de ser de competencia de un sujeto integrante del sector público, pasa a ser ejercida por un sujeto perteneciente al sector privado del ordenamiento jurídico[19], sin perder por ello su calidad de actividad regida por el derecho público, como veremos luego. Por su parte, por "cometido" puede entenderse tanto la actividad en sí misma como la "incumbencia de ejercicio" de la misma, lo que se haya en el núcleo mismo de la delegación[20].

Finalmente, la delegación puede dar lugar a figuras de "autogestión" o de "cogestión" de cometidos públicos[21] (la delegación transestructural es, esencialmente, una figura organizativa) a la vez que puede ser expresamente dispuesta por una norma (ley, decreto, contrato o acto administrativo[22], según los casos) o bien resultar del propio cometido cuyo ejercicio es confiado al delegado por la norma que regula su ejercicio (como es el caso del escribano público o "escribano de registro", o también el caso de los titulares de los Registros de Propiedad del Automotor[23], entre otros).

[17] Así en *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abaco, 1980, cap. VII. Con mayor extensión en *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, ob. cit., caps. XXX y XXXI.

[18] Me refiero a sujetos privados "de verdad", no aquellos que son total o determinantemente estatales, pero organizados bajo una tipicidad jurídica de derecho privado.

[19] Sobre la teoría del ordenamiento jurídico y sus dos grandes sectores, público y privado, ver Barra, *Derecho administrativo. Acto*..., ob. cit., Capítulo primero; también Barra, *Derecho público canónico*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, vol. I, caps. I-III, en una aplicación de Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*.

[20] Barra, *Tratado*..., t. 3, ob. cit., cap. XXX, § 119, con base en Sandulli.

[21] Ver supuestos en Barra, *Tratado*..., t. 3, ob. cit., cap. XXX, esp. §§ 118 y 120.

[22] Sobre el acto administrativo contractual, ver Rodolfo C. Barra, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989; sobre el carácter normativo del acto administrativo en general, ver Barra, *Derecho administrativo. Acto*..., ob. cit., cap., XII.

[23] Para ambos casos, Barra, *Tratado*..., t. 3, ob. cit., § 128.

Es importante aclarar que esta delegación no supone "publificar" al delegado, ni tampoco a las actividades que este pueda desarrollar fuera del ámbito estricto de la delegación. El delegado continuará siendo un sujeto de derecho privado (una empresa comercial, como en el caso habitual de la concesión, una persona humana con determinada habilitación profesional, como en la hipótesis del escribano de registro), y sus relaciones jurídicas también continuarán regidas por el derecho privado, salvo, en este último caso, en lo que se refiere al "núcleo" mismo de la delegación.

Así, la delegación supone dos tipos de relaciones jurídicas principales: una es la que vincula al delegante con el delegado, que es indudablemente de derecho público (derecho administrativo) otra es la que vincula al delegado con los terceros destinatarios del cometido delegado. Esta última es también de derecho administrativo, ya que la mera técnica de la delegación no puede suponer un debilitamiento del régimen jurídico de derecho público (denominado tradicionalmente "régimen exorbitante") y sus constitutivos esenciales: las prerrogativas del sujeto público y las garantías del sujeto privado, a los que debe agregarse el régimen de control, hoy establecido en una norma especial de la Constitución Nacional (art. 85)[24].

Conforme con lo expuesto, las relaciones entre delegado y tercero, propias del *núcleo* de la delegación, se regirán por el derecho administrativo en todo lo que se refiera a tal "núcleo"[25]. Este debe ser interpretado restrictivamente ya que el principio de subsidiariedad como límite de la competencia del sector público —delimitación de las esferas de competencia entre el sector público y el sector privado del ordenamiento jurídico— exige el mayor respeto posible por el principio rector de las relaciones jurídicas, el de la autonomía de la voluntad, principio que en el ámbito del derecho público viene desplazado por el principio habitualmente denominado "de la administración de legalidad" o, mejor, de la "inexcusable imperatividad normativa"[26].

Como ya lo señalé, la concesión de servicio público es un típico caso de delegación del ejercicio de competencias públicas en cabeza de un sujeto privado. En aquella las relaciones entre concedente o delegante y concesionario o delegado (generalmente, pero no necesariamente, nacidas de un contrato)

[24] Ver Barra, *Principios*..., ob. cit., cap. V y también *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Ábaco, 2002, cap. VI. El control alcanza también al delegado cuando este recibe subsidios o aportes del Estado, tal como lo establece el art. 8, último párrafo, de la Ley de Administración Financiera, 24.156.

[25] Ver la causa "Davaro" (CSJN, Fallos: 315:1883) y el "debate" entre la posición mayoritaria y la minoritaria, que integré.

[26] En el derecho privado, en cambio, el respeto de la autonomía de la voluntad, propio de una sociedad libre, conduce al principio de la disponibilidad o carácter disponible de las normas, salvo las imperativas. En el derecho público las normas son en principio imperativas, salvo excepciones.

son indiscutiblemente de derecho administrativo. También, siempre en el "núcleo básico" de la delegación, lo serán las relaciones entre el concesionario y el usuario, porque predomina aquí el carácter tuitivo del servicio público y de ahí, su régimen jurídico de derecho administrativo, a pesar de ser aplicado a relaciones entre sujetos jurídicos privados (concesionario y usuario)[27]: el servicio público es el régimen jurídico de la concesión de servicio público.

3. El servicio público como técnica política y económica de intervención estatal

El servicio público es una técnica jurídica de intervención estatal en el ámbito de libertad de los particulares, ya sea prestado por un sujeto público (con lo que, en sí mismo, no será objeto de un régimen jurídico diferenciado de otros institutos del derecho administrativo, como ya hemos visto) o bien por un sujeto privado en calidad de delegado-concesionario. En este último caso tal régimen jurídico debe encontrarse específicamente identificado como justificación de su aplicación a relaciones jurídicas entre particulares (sujetos privados) y el sometimiento de dichas relaciones al régimen general y predominantes de la "inexcusable imperatividad normativa".

Esta técnica jurídica es instrumental a las decisiones políticas, gubernamentales, de intervención en el ámbito de actividades propias del sector privado del ordenamiento jurídico, ya sea desde el origen mismo de la actividad (por ejemplo, si resulta de un descubrimiento o de una invención, lograda y desarrollada por un sujeto público, pero que muy bien podría ser dejada en la competencia de los privados) o bien por una decisión de *publicatio* tomada en algún determinado momento.

En cualquier caso, el servicio público supone transformar en régimen imperativo a lo que, en principio, debería ser dispositivo, excluyendo de su ámbito a las actividades alcanzadas o influidas por las denominadas "reglas del mercado"[28], las que, por cierto, no son imperativas sino, salvo excepciones,

[27] Sin perjuicio de que pueden existir (y existen necesariamente, por ej., en el caso del suministro eléctrico concesionado) usuarios que son personas públicas (por ejemplo, un ministerio, como sujeto-Estado). Normalmente estas situaciones son tratadas por el mismo contrato de concesión.

[28] En mi *Derecho administrativo. Acto*..., t. 1, ob. cit., cap. II, sostuve que el derecho privado, además de ser el derecho de las personas y de las reglas y principios jurídicos generales del derecho, es el derecho propio del denominado "mercado", o "mercados", los que toman vida a partir de la multiplicación de relaciones jurídicas contractuales-patrimoniales (art. 957 del C. C. y Co. argentino) de contenidos semejantes o comparables y de difusión pública, esto es, susceptibles de ser conocidos por los sujetos económicos. El mercado es un dato de gran valor para la definición de la "igualdad como medida" (el ajuste) en la relación de justicia conmutativa, aun cuando no de manera imperativa. En cambio, en las relaciones

dispositivas. Es que el régimen jurídico de derecho público es siempre ajeno al mercado (ver nota anterior) y como tal, siempre importa una injerencia en la esfera de competencia de la sociedad o sector privado del ordenamiento jurídico, solo justificable como garantía o instrumento para la protección y promoción o fomento de los derechos individuales[29]. Las mencionadas injerencias o intervenciones pueden ser de dos tipos: supletorias (propias del derecho privado heterónomo, que es supletorio del derecho autónomo, creado por las partes en sus relaciones jurídicas) o principales, que son las imperativas o de orden público.

Las intervenciones que he denominado "principales" pueden perseguir diversas finalidades: protección de la moralidad, seguridad y salubridad públicas (policía), orientación de las actividades económicas, generalmente persiguiendo finalidades de protección de terceros, del ambiente, etc. (regulación económica, como especie de la policía administrativa), las normas tributarias, la actuación de las empresas de propiedad o control estatal (generalmente actuando directa o indirectamente fuera de la competencia), la política económica en general (por ejemplo, lo relativo al valor de la moneda) y el servicio público, el que se comporta también como una muy importante externalidad[30] con relación a las actividades privadas, amén de, por definición, retirar a la actividad "servicial", por el hecho de serlo y por su régimen jurídico sustancial, del mercado.

---

jurídicas de justicia distributiva, cuyo objeto es la parte del bien común que a cada parte o particular le corresponde como carga o beneficio, la "igualdad como medida" resulta de una proporción o regla comparativa entre los sujetos particulares comparables con la situación del sujeto particular en la relación jurídica concreta que interesa. Por tanto, no es el mercado el que aquí cuenta (el que siempre supondrá relaciones jurídicas regidas por la regla de autonomía de la voluntad) sino la proporcionalidad en la distribución, según reglas normalmente definidas de antemano por las normas jurídicas heterónomas (emanadas de la autoridad o gobierno del ordenamiento jurídico) de aplicación imperativa. Sobre las normas de origen o creación heterónoma y las normas de origen o creación autónoma (por las partes) ver *Derecho administrativo. Acto*..., ts. 1 y 2, ob. cit., §§ 22, 135 y 148.

[29] Barra, *Derecho administrativo. Acto*..., t. 1, ob. cit., § 5. Se trata de un principio esencial del denominado constitucionalismo moderno. Así está expresado en los arts. 2, 4, 5, 12, 13 y 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Francia, 1789 y, antes, en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América. El art. 19 de la Constitución Nacional de Argentina, contiene un valioso texto al respecto: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

[30] En realidad, todas las intervenciones públicas, según se enumera en el texto, son externalidades. He desarrollado un concepto amplio de "externalidad" (incluyendo a las mismas actividades privadas en su influencia sobre la actividad concreta de un individuo) en Rodolfo C. Barra, *Capitalismo de rostro humano*, Buenos Aires, RAP, 2022, esp. cap. XIV.

Cabe también señalar la importante diferencia entre la actividad sujeta a determinadas regulaciones imperativas y el servicio público[31]. La primera supone transformar en indisponibles la determinación normativa heterónoma de ciertos elementos de las relaciones jurídicas que el regulado mantendrá con los terceros, como la calidad exigida para el sujeto, por ejemplo, solo nacionales o residentes, o también algún aspecto del objeto, v. gr., precio máximo o plazo de cumplimiento, modo de cumplimiento, en protección de los terceros —regulaciones del Banco Central para la actividad financiera, seguridad industrial, etc.— y otras que quitan cierto aspecto de la relación jurídica del ámbito natural (reitero, en una sociedad libre) de la autonomía de la voluntad de las partes. Será siempre una *publicatio* parcial. Por su parte el servicio público supone la transferencia de toda la actividad servicial al ámbito del sector público del ordenamiento, esto es, su *publicatio* total, siempre en el núcleo estricto del servicio público.

En ambos casos, aunque con diferencia de grado, esta política intervencionista supone modificar la ubicación del límite competencial entre el Estado y la sociedad (la subsidiariedad[32]) de manera que, en sus casos extremos puede significar, sin decirlo expresamente, un cambio de régimen de una sociedad libre a un sistema totalitario simplemente por el incremento tanto de las regulaciones imperativas como por la declaración de mayor cantidad de actividades como servicio público, independientemente que estas sean gestionadas por el Estado o por particulares en calidad de delegados de aquel último[33].

Por las razones arriba apuntadas, la calificación de una determinada actividad como servicio público debería ser siempre establecida por ley del Congreso (una posterior reforma constitucional debería así prescribirlo, incluso exigiendo mayorías calificadas en ambas Cámaras) como también que los alcances de su régimen jurídico "extra-mercado" o ajeno al mercado (régimen jurídico de derecho público) debería ser interpretado con carácter restrictivo.

Como veremos *infra*, en el ordenamiento argentino la legislación suele distinguir, aunque de manera muy poco precisa, entre "actividad de servicio

[31] Ver Barra, *Derecho administrativo. Acto*..., t. 1, § 25.

[32] Ver Barra, *Derecho administrativo. Acto*..., t. 1, § 31.

[33] En la Constitución de 1853 ya se admitía el régimen concesional, según el texto de la denominada "cláusula de progreso", en el hoy art. 75, inc. 18: "Corresponde al Congreso [...] Proveer lo conducente a la prosperidad del país [...] promoviendo la industria [...] la construcción de ferrocarriles [...] por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo" (tengamos presente que en 1853 la cantidad de servicios públicos era limitada). Tal era la orientación liberal del constituyente, ratificada, en el punto, por la reforma de 1994. En cambio, parcialmente con otra orientación, la Constitución justicialista de 1949 (vigente hasta 1955) establecía en su art. 40, tercer párrafo: "Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación".

público" y "actividad de interés público". ¿Agrega algo esta distinción a lo que he señalado en los párrafos anteriores? Creo que agrega poco. El interés público puede ser considerado como una forma de precisar, en el caso concreto, la finalidad general de *bien común*, en tanto que causa final de la *polis*. En tal especificación se apunta a las actividades de los privados, que, en principio, persiguen una finalidad privada, aunque por su incidencia directa e inmediata sobre el bien común conforme con las circunstancias del momento a juicio de la autoridad, es necesario asegurar que las mismas no lo perjudiquen. Esta orientación hacia el bien común —que jurídicamente es relevante en las normas imperativas— es lo propio de la denominada "justicia general, legal o del bien común"[34].

Así entonces la calificación de una determinada actividad privada como "de interés público" puede conducir a someterla ya sea a regulaciones imperativas específicas como a su inserción en el régimen jurídico del servicio público (*publicatio*). Cabe agregar que en el supuesto de silencio normativo en cuanto a si la calificación de interés público supone la mera regulación imperativa o la *publicatio* propia del servicio público, el carácter restrictivo de este último debe conducir a la interpretación menos lesiva para la libertad o autonomía de la voluntad en el desarrollo de la actividad de que se trate, es decir, por su mera regulación imperativa.

4. Regímenes especiales de servicio público en el ordenamiento argentino

El ordenamiento jurídico argentino ha seguido, en general, la tradición francesa en la materia, con servicios prestados por concesionarios privados o bien por el Estado, a través de empresas públicas de variada tipicidad jurídica[35]. En muchos de estos casos, en especial los más antiguos, la calidad de servicio público de una actividad determinada resulta, más que de una declaración expresa en tal sentido, del propio régimen jurídico al que se somete a la actividad, ya sea por estar prestada por un ente público, es decir, perteneciente

[34] Ver Barra, *Capitalismo de rostro humano*, ob. cit., parágrafo XIII.

[35] Sobre la tipicidad de las empresas públicas, ver Barra, *Tratado*..., t. 3, ob. cit., cap. XXVII. La ley 23.696 declaró como "sujeta a privatización" a una enorme cantidad de empresas públicas, entre ellas muchas prestadoras de servicios públicos, como también con la misma calificación jurídica de "sujeta a privatización" a las "actividades" (art. 10), incluyendo expresamente la concesión de servicio público (arts. 10 y 15.7). Tuve ocasión de estudiar el régimen de privatizaciones establecido principalmente en la citada ley 23.696 en el cit. *Tratado*..., t. 3, cap. XXIX. El proceso privatizador fue cumplido, en su momento, con gran eficacia. En la actualidad hay un evidente regreso a la fuerte intervención estatal en la economía a través de la que es posible denominar como "republificación" de empresas, entre ellas las prestadoras de servicios públicos.

al sector público del ordenamiento[36], o bien por un sujeto privado, integrante del sector privado del ordenamiento, que actúa en razón de un título jurídico otorgado por el Estado, generalmente un contrato de concesión.

Ya más en la actualidad, el legislador se ha ocupado por identificar a la actividad que se declara como servicio público, cuestión por demás importante por las razones ya apuntadas, especialmente cuando tal actividad forma parte de un proceso económico/productivo donde no todas las actividades que lo integran son sometidas a un mismo régimen jurídico.

A) *Los "marcos regulatorios"*

Si bien no existe una definición científica de "marco regulatorio" que sea de recibo, podemos aquí intentar aproximarnos a una comprensión de tal noción, al menos considerando su empleo en la Argentina.

Es posible aislar dos acepciones de "marco regulatorio". La primera es la amplia y, para lo que nos interesa, imprecisa. El marco regulatorio es el que se encuentra en cualquier norma jurídica que, precisamente, regule con efectos jurídicos, una determinada conducta de sujetos determinados o indeterminados. Así un contrato es, en este sentido, un marco regulatorio (autorregulatorio) para las partes del mismo[37], lo mismo que son regulatorias las normas emanadas

[36] Me permito insistir que dentro de esta categoría incluyo a las empresas "públicas", en los términos del art. 8.b) de la ley 24.156, Ley de Administración Financiera, trascrito en la nota 2. Si bien, por las razones apuntadas más arriba, en los casos en que la actividad es prestada por un ente público la calificación de aquella como "servicio público" no agrega mucho en términos de régimen jurídico, cuando es prestada por una empresa estatal a la que se le pretende atribuir personalidad jurídica de derecho privado, conviene mantener la calificación expresa de servicio público, siempre en protección de los sistemas de control público y de los derechos de los particulares.

[37] Así resulta del art. 957 del C. C. y Co. argentino: "Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales". De carecer de contenido patrimonial, se denominan convenciones. En *Derecho administrativo. Acto*..., §§ 24 y 25 he destacado el carácter normativo de las convenciones y los contratos, como verdaderas leyes "particulares", porque solo vinculan a las partes, y "autónomas", porque son resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. Las normas creadas por la autoridad estatal son heterónomas (con respecto a las partes) ya sean imperativas o dispositivas. Las imperativas son indisponibles (de orden público) mientras que las dispositivas son supletorias de la voluntad de las partes (arts. 962, 963 y 964, C. C. y Co.). Vélez Sarsfield, en el art. 1197 del Código Civil que rigió en la Argentina hasta el año 2015, señalaba que "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma", es decir, el contrato no es "la ley", sino es "como si fuera la ley". Es que el contrato, como vimos, es una norma particular autónoma, que no debe confundirse con la ley proveniente del legislador (en sentido amplio) conforme con la clásica definición de Tomás de Aquino (ST I-II, 90.4): "[...] una ordenación de la razón, destinada al bien común y promulgada por quien tiene a la comunidad a su cuidado". Quien tiene a la comunidad a su cuidado es, obviamente, la

del Estado (ver nota anterior). Así surge de la Constitución Nacional que, en su artículo 14 prescribe: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio [...]". Es decir, las "leyes", todas las leyes (ver nota anterior) reglamentan o regulan (son sinónimos) los derechos fundamentales del ser humano.

Así entonces, toda norma jurídica es un "marco (encuadre, donde encaja una cosa, donde se delimita) regulatorio", destinada a regular nuestros derechos.

Pero la expresión "marco regulatorio" puede ser utilizada con un sentido estricto, persiguiendo la precisión de un instituto jurídico. Así ocurre con las normas heterónomas (y mayormente imperativas) que, o bien someten a una determinada actividad a regulaciones de policía económica (siempre específicas y parciales, es decir, sin someter a la regulación imperativa a la totalidad de la actividad en cuestión, sino solo algunos aspectos), o bien "publificando" a la totalidad de la actividad, o al menos su núcleo básico, a través del régimen jurídico del servicio público.

Seguidamente nos detendremos en algunos ejemplos.

B) *El marco regulatorio eléctrico*

La ley 15.336 (vigente con las modificaciones incorporadas por la ley 24.065, que analizaremos luego) declara sujeta a sus disposiciones "a las actividades de la industria eléctrica destinadas a la generación, transformación y transmisión, o a la distribución de la electricidad [...]" (art. 1), dejando a salvo los supuestos en que la actividad industrial eléctrica tenga como "[...] objetivo principal [...] la transmisión de señales, palabras o imágenes, que se regirán por sus respectivas leyes especiales" (*ibid*.), tal como lo estudiaremos en el literal D), *infra*.

En lo que aquí interesa, cobra especial relevancia el artículo 3 de la ley 15.336, por el cual "[...] denomínase servicio público de electricidad la distribución regular y continua de energía eléctrica para atender las necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de una colectividad o grupo social determinado de acuerdo con las regulaciones pertinentes". Como se ve, la norma enumera los principales caracteres del régimen jurídico del servicio público: regularidad, continuidad, carácter tuitivo y, precisamente, su declaración normativa como tal. Cabe interpretar, a la vez, que quienes están

---

autoridad, es decir, el órgano de conducción política de la *polis*. Solo de la autoridad puede surgir la "ley" en sentido lato (cualquier norma jurídica, general o particular (particular por su alcance), emanada de la autoridad, cualquiera sea el órgano político de creación de la misma y cualquiera sea la jerarquía de tal norma), pero se trata siempre de "ley heterónoma", lo que no excluye ni obsta a la existencia de "normas particulares autónomas" (particulares por su alcance y creación), como lo hemos visto.

beneficiados con el régimen del servicio público son los domiciliados en centros urbanos o rurales susceptibles de ser abastecidos, tanto como vivienda, como comercio o industria (la norma no distingue); en tales condiciones todos ellos son integrantes de la "colectividad o grupo social" según el texto de la norma[38].

Por su parte, el párrafo segundo del mismo artículo 3 establece: "Correlativamente, las actividades de la industria eléctrica destinadas total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público serán consideradas de interés general, afectadas a dicho servicio y encuadradas en las normas legales y reglamentarias que aseguren el funcionamiento normal del mismo".

En orden a distinguir en este marco regulatorio, entre las actividades meramente reguladas, por una parte, y, por la otra, las calificadas como servicio público, notemos que la actividad de abastecimiento de energía al servicio de distribución de la misma a los usuarios, se agota en la etapa de generación (no importa la fuente). En cambio, el transporte (que podría ser considerado como una actividad complementaria de la generación) ya se encuentra calificado como servicio público por el artículo 14.b) de la ley 15.336. Así entonces, aun cuando, por el artículo 4, las "operaciones de compra o venta de electricidad" entre la "central" (se refiere a la generadora) y el prestador del servicio al usuario (el distribuidor) se reputen "actos comerciales de carácter privado" ello será así "en cuanto no comporten desmedro a las disposiciones de la presente ley" (art. 4, *in fine*). Es decir, en cuanto tales actividades, en principio regidas por el derecho privado, no contradigan al régimen regulatorio (de policía económica) de la ley 15.336. Ciertamente esta ley poco espacio deja al carácter privado de los contratos de suministro de energía, no solo por el sometimiento a las normas regulatorias de carácter imperativo, sino por la previsión del ya citado segundo párrafo del artículo 3, el que, como vimos, además de declararlas "de interés general" las "afecta" al servicio público y las encuadra, es decir somete, "en las normas legales y reglamentarias que aseguren el funcionamiento normal del mismo". Como se ve, en este "marco regulatorio" la línea de demarcación entre la actividad meramente regulada y la actividad de servicio público es tan tenue que permite afirmar que, en el régimen de la ley 15.336, la actividad de generación eléctrica es, en su núcleo básico, un servicio público[39]. De todas maneras, la ley dedica una

[38] De acuerdo con el art. 4 de la ley 24.065, son "actores reconocidos del Mercado Eléctrico Mayorista", los generadores o productores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios y comercializadores, cuyas descripciones las hace la misma ley en sus arts. 5 a 9.

[39] Es cierto que, de acuerdo con el art. 14.a) de la ley 13.336 la actividad de generación solo requiere de concesión en el caso de la energía de fuente hídrica, "cuando la potencia normal que se conceda exceda de 500 kilovatios" (norma cit.), mientras que para el transporte y la distribución siempre se exige la figura concesional, lo que llevaría a destacar un poco más la distinción. Sin embargo, la aplicación de la regla de la "verdad real" por encima de la "verdad nominal" para la interpretación de las instituciones jurídicas, lleva a superar el