Documentación Administrativa

DA

267-268

SEPTIEMBRE 2003-ABRIL 2004

EL DERECHO ADMINISTRATIVO
EN ARGENTINA: SITUACIÓN
Y TENDENCIAS ACTUALES (I)

MINISTERIO
DE ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS

INAP

Jorge Luis Salomoni

El concepto actual de servicio público en la República Argentina

SUMARIO: 1. BREVE MENCIÓN DEL MARCO GENÉRICO DE DESARROLLO DEL CONCEPTO SERVICIO PÚBLICO. 2. BREVE DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO SERVICIO PÚBLICO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. 3. CONCEPTO ACTUAL DE SERVICIO PÚBLICO. 4. CONCLUSIÓN.

El concepto jurídico del servicio público, fundamentalmente en la Europa continental, ha tenido diversas formulaciones y reformulaciones a través de la historia del Derecho Administrativo en un intento de determinar la actividad comprendida, algunas veces, haciendo hincapié en el sujeto prestador; en otras, en la naturaleza, alcance y contenido de esa actividad, y en algunos casos, la formulación intentó enlazar todas esas preocupaciones, o sustituirlas por otras[1].

Así, y a modo meramente de ejemplo, sin intentar agotar el desarrollo de las diversas concepciones elaboradas, por un lado, el servicio público sirvió para establecer la idea central para la construcción del Derecho Administrativo, fundamentalmente en Francia a través del insigne maestro DUGUIT, en contraposición de la *puissance publique* de

[1] Para una evolución del concepto de servicio público, véase Luis MIGUEZ MACHO, *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios,* Cedecs Editorial, Barcelona, 1999, cap. II.

HAURIOU[2]. A su vez, se construyeron las teorías subjetiva y objetiva del servicio público, esta última de origen italiano, y cuyo autor, como se sabe, fue Umberto POTOTSCHNIG. La tesis subjetiva exigió la presencia de la Administración Pública como titular y gestor de la actividad para calificarla como servicio público. La tesis objetiva, por su parte y en otra etapa histórica, pretendió establecer en la naturaleza de la actividad el dato de la disciplina jurídica a la que estaba sometida, prescindiendo del sujeto titular.

Por su importancia e influencia en Argentina cabe mencionar la tesis denominada formalista, por la cual Gastón JÈZE intentó construir el concepto otorgándole un papel relevante al procedimiento organizativo del servicio público y al régimen jurídico especial que lo regía[3].

Tales formulaciones teóricas impactaron fuertemente no solamente en nuestro país, sino en toda América Latina, donde se tematizó el servicio público a partir de las diversas doctrinas que se iban produciendo, principalmente en Francia e Italia, y las adaptaciones y modulaciones propias de la doctrina española.

Ahora bien, desde mi perspectiva, el estudio del servicio público en la República Argentina omitió, en primer lugar, considerar los antecedentes normativos y jurisprudenciales de nuestro Derecho patrio –1810/1852–, y de los comienzos de la Organización Nacional –1853/1890–, que establecieron un concepto de servicio público amplísimo, como se verá, consistente en la identificación con la actividad total y permanente del Estado, con especial referencia al Poder Ejecutivo. Y, en segundo lugar, y quizás como consecuencia irremediable de esa omisión, careció de una concepción integral de ubicación de la categoría jurídica servicio público dentro del sistema de potestades estatales y derechos de los particulares emergente de nuestro ordenamiento jurídico positivo. Se sustituyó, en la mayoría de las elaboraciones teóricas, el ordenamiento vigente por las teorías europeas que referenciaban a otros ordenamientos y a otras configuraciones estatales.

En este trabajo intentaré reconstruir el concepto normativo histórico de servicio público producido en nuestro país, estableciendo el marco genérico de desarrollo del concepto, según mi opinión, y arribando a una definición que surja del ordenamiento jurídico vigente y la jurisprudencia inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

---

[2] Para una ampliación, ver Fernando GARRIDO FALLA, «¿Crisis de la noción del servicio público?», en VV.AA., *Estudios de Derecho Público Económico.* Libro Homenaje al Prof. D. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, Civitas, 2003, pp. 441 y ss. También en Eduardo GARCÍA DE ENTERRRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo,* Civitas, Madrid, 2002, T. I, pp. 51 y ss. Del último autor citado, ver Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, «Del Servicio Público a la Liberalización desde 1950 hasta Hoy», en *Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su Tercera Centuria,* con nota introductoria de Julio Rodolfo COMADIRA, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 45 y ss.

[3] Gastón JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo,* Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, T II (1), cap. I.

Para intentar construir el concepto actual del servicio público he partido de dos premisas. La primera consiste en que, no obstante coincidir en que es difícil establecer categorías universales sobre los distintos contratos o permisos administrativos y, dentro de éestos, a la diversa gama de técnicas establecidas para la privatización de los servicios públicos en nuestro país, ya que «... el régimen concreto hay que buscarlo en el conjunto normativo de cada contrato determinado e individualizado...»[4], considero posible intentar una racionalización[5] y generalización de los principales aspectos de los mismos que nos conduzca a un concepto unitario de la institución analizada. Esto implica que, en mi opinión, las técnicas utilizadas para su prestación no pueden alterar el concepto de servicio público.

La segunda premisa es que tanto la Ley general nacional de reforma del Estado, n.° 23696, que autorizó el proceso de delegación de la prestación de los servicios públicos en sectores privados, como las Leyes nacionales particulares que establecieron los marcos regulatorios de la electricidad, n.° 24065, y del gas, n.° 24076, y los diversos reglamentos dictados para distintos servicios, no han modificado sustancialmente la rica concepción histórica que se ha desarrollado en nuestro país sobre el servicio público, en el ámbito normativo, jurisprudencial y doctrinario. Por lo tanto, sostendré que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de la doctrina de sus fallos, puede coadyuvar, conjuntamente con las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes, a integrar el concepto buscado.

1. BREVE MENCIÓN DEL MARCO GENÉRICO DE DESARROLLO DEL CONCEPTO SERVICIO PÚBLICO

Como lo sostuve con anterioridad[6], el servicio público involucra, al menos, cuatro ámbitos que se interrelacionan y tratan de configurar el límite externo o marco de desarrollo del concepto:

---

[4] Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo,* T. 1, 3.ª ed., Ediciones Macchi, 1995, cap. XI, p. 21.

[5] «Los principios son mecanismos de transmisión de *probabilidad o apoyo,* los cuales van desde los datos o los casos, a través de los principios, hasta juicios y predicciones acerca de nuevas observaciones o casos cuyo status resulta, por otra parte, desconocido o menos cierto... Los principios o las teorías generales tienen, pues, una función intelectual general: la justificación ante otros. La justificación mediante principios generales resulta convincente de dos maneras: por el atractivo aparente de los principios y por reclutar otros casos ya aceptados en apoyo de una posición propuesta para el caso presente» (Robert NOZIK, *La naturaleza de la racionalidad,* Ediciones Paidós, Barcelona, 1995, pp. 23 y 24).

[6] Para lo que sigue, ver Jorge Luis SALOMONI, *Teoría General de los Servicios Públicos,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 325-327.

a) Una teoría del Estado, que involucra a su vez: i) una teoría del poder en cuanto a sus formas y fundamento; ii) los elementos constitutivos del Estado; iii) las formas del Estado en cuanto a su extensión (Estado máximo y Estado mínimo); y iv) la continuidad del Estado y su configuración futura.
b) Con relación a la forma adoptada por el Estado, la indagación del grado de intervención del mismo en la economía y, por ende, el grado de autonomía de la sociedad respecto al Estado.

   Desde esta perspectiva, se puede considerar la intervención estatal a través de algunos de los siguientes instrumentos:

   i) Técnica de sujeción de los factores productivos privados a la planificación estatal.
   ii) Técnica de regulación de mercados.
   iii) Técnica de distribución de bienes y servicios.

c) Como técnica de garantía de los derechos humanos, que podría sintetizarse en:

   i) Técnica de igualación del disfrute de los bienes materiales y culturales producidos en una sociedad y para todos los individuos que la componen.
   ii) Técnica de igualdad de tratamiento jurídico y político.
   iii) Técnica de integración social.

d) Y, finalmente, como concepto técnico jurídico-administrativo en el que se describe la prestación de una actividad que atiende a la satisfacción de necesidades públicas.

Este marco conceptual facilitará, como se verá más adelante, la conformación del concepto de servicio público que surge de nuestro sistema constitucional, plano normativo, por otra parte, donde se plasman los cuatro ámbitos enunciados.

2. BREVE DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO SERVICIO PÚBLICO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Tanto los antecedentes patrios como las primeras legislaciones en la etapa de la Organización Nacional sobre determinadas actividades que fueron concedidas o delegadas a los particulares, a las que se denominó, en las mismas normas, servicios públicos, configu-

raron un régimen jurídico sustantivo y peculiar, diferente al del Derecho Privado[7].

Recientemente y como producto de una importantísima investigación, GONZÁLEZ MORAS[8] sostuvo que «la aparición en nuestro país del concepto normativo de servicio público en sentido amplio debe retrotraerse al momento de la consolidación del llamado "derecho patrio", desde 1810 hasta 1853, siendo utilizado, concretamente, por las Asambleas Constituyentes de 1813 y 1826.[9]»

---

[7] A diferencia de la experiencia argentina: «[En España] El servicio público sirve exclusivamente de criterio para la separación jurisdiccional: son contratos administrativos todos aquellos que tengan por objeto las obras y servicios públicos. Aunque la jurisprudencia algunas veces confunda la causa de utilidad o necesidad pública con el objeto del contrato (obras o servicios públicos) normalmente, suele escindir ambos elementos. *El servicio público surge, así, como un criterio jurisdiccional sin adquirir en el momento de su nacimiento la configuración de una categoría jurídica sustantiva.* En este sentido, afirmaba Santamaría De Paredes, que "al establecer la jurisprudencia el principio de la jurisdicción contencioso-administrativa, no puede conocer más que de aquellos contratos celebrados por la Administración, para una obra o servicio público, ha venido a declarar contratos civiles todos los demás de la Administración que no son para obras o servicios públicos". Como postulaba, también en este mismo orden de ideas Fernández de Velasco, "en nuestro Derecho positivo no se encuentra un concepto propio de la noción de servicio público". (José Luis VILLAR EZCURRA, *Servicio público y técnicas de conexión,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 43-44).

[8] Juan M. GONZÁLEZ MORAS, texto de la conferencia «El concepto de servicio público», leída en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, San Miguel de Tucumán, el 28 de agosto de 2003. Inédito.

[9] En efecto, y en primer término, tenemos el Decreto de la Soberana Asamblea General Constituyente, de fecha 6 de febrero de 1813, por el cual se dispuso que «... *el español europeo empleado que solicite ser ciudadano del estado, se le podrá admitir al goce de este carácter bajo las condiciones siguientes. (...) Primera. Deba acreditar de un modo fehaciente no sólo una decidida adhesión a la sagrada causa de la libertad de la América desde la gloriosa revolución de estas provincias, sino el haber hecho esfuerzos y* ***servicios públicos*** *e incontestables en su fomento y defensa...*». De la misma manera, el Decreto del Congreso General Constituyente que sesionaba como legislatura de la provincia de Buenos Aires, propuesto y comenzado a discutir en la sesión secreta del 25 de noviembre de 1825, y posteriormente aprobado, dispuso: «*ARTÍCULO 1.–El gobierno encargado del Ejecutivo nacional queda autorizado para buscar y admitir temporalmente un Jefe que forme y dirija la escuadra nacional (...) Art. 5.–Si el Jefe viniese de otra nación con permiso de su gobierno, y muriese en acción de guerra su mujer e hijos legítimos gozarán medio sueldo por vía de pensión, la primera por su vida, si no tomase nuevo estado; y en este caso, o de fallecimiento pasará a los hijos: de éstos las mujeres la disfrutarán hasta que se casen, y los varones hasta la edad de veinte y un años, si antes no tomaran carrera en* ***el servicio público***». En la sesión del 24 de abril de 1826, al debatirse en el mismo Congreso General Constituyente la «*Adición al presupuesto de los gastos de policía para el año 1826*» de la provincia de Buenos Aires, el Ministro de Gobierno expresaba que «... *haré al Congreso una observación que es importante para cubrir la responsabilidad del Gobierno desde hoy en adelante. El Gobierno hasta ahora no está en regla, ni puede estarlo: él parte del principio que no puede ser nuestra organización regular mientras que los gastos, que él haga, no estén decretados por la ley. Mas, ha entrado a desempeñar las delicadas funciones de un gobierno general de todo el territorio de la República con un presupuesto de gastos, tan diminuto que está casi limitado a los gastos del departamento de guerra y marina; pues en los de gobierno, hacienda y relaciones exteriores, es muy poco lo que hay, en razón de que todo se desempeñaba provisoriamente por el Gobierno de la provincia de Buenos Aires, con las dotaciones que a él estaban asignadas, y con consideración a las funciones que ejercía. Desde que se estableció el Poder Ejecutivo permanente, es necesario que vaya extendiendo su esfera*

Resulta claro que el concepto normativo de servicio público se identificó genéricamente, en esa etapa histórica, tanto con la actividad normal del Estado, como con la actividad total y permanente de la Administración Pública, establecido en normas de la más alta jerarquía. Algo similar ocurrió en España, pero sin la intensidad conceptual y relevancia normativa que tuvo en Argentina[10].

Como una continuidad histórica, al momento del inicio de la Organización Nacional, se profundiza el ámbito de aplicación del concepto, precisando sus peculiaridades y caracteres.

Como es sabido, al momento de la sanción de la Constitución Nacional de 1853 existían dos órdenes jurídicos en el territorio de la hoy República Argentina[11]. Por un lado, la Confederación Argentina, con sede en Paraná, y, por el otro, la Provincia y Estado de Buenos Aires, con sede en el puerto de Buenos Aires, que se había separado de la mencionada Confederación.

Coincidentemente, tanto uno como otro sancionaron contemporáneamente reglas jurídicas que re-establecieron el mencionado concepto normativo de servicio público.

Así, la Confederación Argentina sancionó el 9 de diciembre de 1853 el Estatuto de Hacienda y Crédito, cuyo Título IV: «Crédito Público», capítulo I, artículo 3, prescribió que:

---

acción mucho más allá de lo que podía extenderla el Gobierno provisorio que estaba establecido: por consiguiente en la necesidad de hacer mayores gastos, el gobierno no ha tenido por conveniente pedir una autorización para cada uno de estos gastos, porque sería tener ocupado al Congreso para cada uno de ellos. Él los ha decretado según han demandado las necesidades del ***servicio público****, y no podrá hacer más, que luego que tome un conocimiento exacto de todo, y que haya llenado los destinos que es indispensable para el* ***servicio general****, él presentará el presupuesto de gastos que él demande...».* De la misma manera, en el mismo Congreso General Constituyente, al discutirse sobre los gastos «... para el servicio de la casa y Secretaría del Congreso General en el presente año de 1826...», se expresaba que «... *parece conveniente observar en cuanto a la indicación que se ha hecho, de valerse para ordenanza, de uno o de dos soldados de caballería, que el Gobierno por punto general ha visto el perjuicio que resulta de valerse de la tropa para estos destinos, porque los soldados se abandonan y desmoralizan, y por eso está mandado por punto general, que todos los ordenanzas de empleos civiles sean ordenanzas asalariados y no militares. Así es que en los juzgados de primera instancia, y tribunales de la Cámara, los ordenanzas tienen 200 pesos, sin mantener caballo, pues se les da uno del* ***servicio público****, que regularmente es malo y apenas puede hacer nada...».*

[10] La doctrina española ha dicho sobre el particular que: «Hay que hacer notar asimismo que otro de los logros de esta nueva generación de administrativistas [se refiere a los emergentes en los años cincuenta] fue la realización de una serie de investigaciones sobre los orígenes del servicio público que pusieron de manifiesto el carácter autónomo de su nacimiento como institución jurídica en nuestra patria. Así pues, y a diferencia de tantas otras instituciones del Derecho administrativo español, esta técnica no se habría importado de Francia, aunque en un principio nuestra doctrina administrativista, como ya se ha puesto de manifiesto, no elaboró una teoría jurídica propia del servicio público, sino que acogió la elaborada en el país vecino» (Luis MIGUEZ MACHO, en *Los servicios públicos..., ob. cit.*, pp., 73-74.

[11] El desarrollo de lo que sigue se basa en Jorge Luis SALOMONI, en *Teoría General..., ob. cit.*, pp. 136 y ss.

> «Toda suma que el Congreso Federal Argentino dispusiere anticipar al Poder Ejecutivo nacional, para el giro de banco, **construcción de obras públicas o para el servicio público**, sean en fondos públicos o en billetes circulantes, como moneda corriente, será inscripta en el libro de crédito público y firmado por todos los miembros del Congreso concurrentes a la sesión»[12].

La norma pretranscrita constituyó la primera legislación argentina posterior a la sanción de la Constitución donde se vuelve a utilizar el concepto servicio público, y la garantía de su constitución y prestación se le atribuye específicamente como cometido o potestad al propio Estado.

A su vez, la Ley n.° 24, del 27 de junio de 1855[13], por la cual se autorizó al Poder Ejecutivo de la Confederación «... para conceder el privilegio de la construcción de un ferrocarril, desde un punto de Paraná hasta la ciudad de Córdoba, bajo condiciones lo más aproximadamente posible, a los términos del acuerdo del dos de abril del presente año»[14]. Dicha Ley fue acompañada de unas «Bases del servicio» que operaron como reglamento de la misma, y del que surgen los primeros rasgos atribuibles al servicio público, estableciendo, en lo que aquí interesa:

i) Como se dijo, se estableció el carácter de regularidad del servicio, al sancionar las bases jurídicas y técnicas a las que debería sujetarse el mismo.
ii) La reversión al Estado, al final de la concesión, de los bienes afectados al servicio, como «los terrenos del camino y toda la parte inmueble...»[15].
iii) El valor residual de los bienes, al prescribir que «los carruajes y todos los efectos inmuebles, serán, llegada aquella época, tasados en su justo valor y pagados a la empresa por el Gobierno, a quien pertenecerá de ahí en adelante»[16].
iv) El carácter público de los bienes afectados al servicio, al establecer que «el ferrocarril y todas sus dependencias, serán consideradas como propiedad *particular;* y gozarán de la especial

---

[12] *Anales de Legislación Argentina (Adla.),* 1852-1880, pp. 96 y ss.

[13] Colección *Congreso Federal del Paraná* – Leyes sancionadas en el año 1855, pp. 191-192.

[14] Artículo 1 de la Ley 24.

[15] Artículo 5 de las Bases del servicio.

[16] Artículo 6 de las Bases del servicio.

[17] Artículo 11 de las Bases del servicio. Es claro que no se refiere a la propiedad privada, sino a una clase de propiedad que califica como «particular», y que la iguala con la propiedad pública. De allí el especial sistema de «protección» de la misma establecida por la Ley.

protección del Gobierno Nacional y local, hasta con fuerza armada, si le fuere reclamada»[17].

Entre otras disposiciones.

Resulta evidente que no se menciona el concepto de servicio público como lo hace la Ley del Estado y Provincia de Buenos Aires, y como se verá más abajo, ya que aquel concepto estaba contenido en el pretranscrito Estatuto de Hacienda y Crédito de la Confederación Argentina.

Por otra parte, se encuentra el Decreto Legislativo de fecha 9 de enero de 1854[18], que autorizó al Poder Ejecutivo del Estado y Provincia de Buenos Aires para **conceder licencia** para la construcción y explotación, por particulares, de un ferrocarril al Oeste, y en lo que aquí interesa, para la demostración de la originalidad de la conformación del Derecho Público nacional, sujeta dicha concesión a las siguientes bases:

i) Se estableció el carácter de **regularidad** de prestación del servicio público al sujetar tal explotación por parte de los particulares a las bases jurídicas que se dictaron a tal efecto en la norma en análisis. Cabe destacar que, con posterioridad, todas las normas de concesión para la explotación de ferrocarriles que se dictaron hicieron remisión a las bases dictadas en este Decreto Legislativo[19].

ii) Se estableció el carácter de **continuidad** del servicio público al sancionar la discontinuidad o suspensión por un año[20] del trabajo del camino con la caducidad de la concesión, salvo casos fortuitos o de fuerza mayor[21]. Asimismo, se estableció que «... las gracias, excepciones y privilegios concedidos por el presente decreto a la sociedad del ferrocarril, **cesarán** a los cincuenta años **o antes** si el ferrocarril **permaneciese un año sin funcionar**»[22].

---

[18] Cuya naturaleza jurídica es de ley en sentido formal, dada la naturaleza, a su vez, de Estado Independiente de la Provincia de Buenos Aires y las potestades atribuidas a la Honorable Sala de Representantes, primer órgano legislativo de ese Estado. Colección *Leyes del Estado y Provincia de Buenos Aires, Período Legislativo I-Año 1854-1855,* pp. 28-30.

[19] Ver, por ejemplo, Ley 135, de fecha 26 de junio de 1857 de la Provincia de Buenos Aires en *Leyes del Estado..., ob. cit.,* p. 232.

[20] Plazo otorgado para comenzar los trabajos «... del camino de hierro...» a partir del otorgamiento del privilegio de hacerlo, artículo 2, inciso 3.º del Decreto Legislativo del 9 de enero de 1854.

[21] Artículo 2, inciso 13.º.

[22] Artículo 2, inciso 12.º.

[23] Artículo 2, inciso 6.º.

iii) Se previó, para el caso de ser necesario ocupar terrenos privados para la construcción del ferrocarril, utilizar la potestad expropiatoria «... ***para objetos del servicio público***...»[23], poniendo a cargo de la sociedad privada el pago de las indemnizaciones correspondientes[24].

iv). El Estado se reservó el derecho de propiedad y titularidad de hasta un tercio de las acciones de la sociedad anónima creada por la ley para la explotación del servicio[25]. Esto constituyó un antecedente muy importante respecto de la participación del Estado en los resultados de la explotación. Es decir, se estableció una concesión bajo la modalidad onerosa.

v) El Estado obligó a la concesionaria a transportar gratis «... la correspondencia pública y la fuerza armada, o artículos de guerra, toda vez que el Gobierno determinase hacerlo»[26].

El régimen jurídico que surge de la analizada Ley del 9 de enero de 1854 resulta, en mi opinión, un anticipo visionario de la posterior, y por supuesto más elaborada, construcción francesa de la denominada Escuela del Servicio Público. Ello demuestra la originalidad y autonomía tanto de nuestro Derecho Constitucional como de nuestro Derecho Administrativo[27].

Por otra parte, para el primer legislador de Buenos Aires, inmediatamente posterior a la sanción de la Constitución de 1853, no existía diferencia jurídica alguna entre las técnicas de concesión y licencia para

---

[24] Es muy interesante señalar, como una clara muestra del origen de las fuentes de Derecho y, por ende, el ordenamiento jurídico de referencia tenido en cuenta por los legisladores contemporáneos a la sanción de la Constitución Nacional de 1853, que en el debate parlamentario de la Ley en análisis, al discutirse en particular el mencionado inciso 6.º, el Representante Tejedor sostuvo que, a su entender, no existía ley de expropiación aplicable al territorio bonaerense, por lo que propuso que se declararan de propiedad pública los terrenos por donde pasara el ferrocarril. A ello «... los señores Vélez Sarfield, Esteves Saguí y Azcuenaga se opusieron a la enmienda diciendo que existía la **ley de partida** estableciendo el derecho de expropiación; que habiendo una ley general, era redundante hacer una declaración particular, y que actualmente se estaba poniendo en práctica la mencionada ley en el camino de la costa». *Diario de Sesiones de la Sala de Representantes*, 1.ª Sesión Ordinaria del 2 de enero de 1854. El criterio sostenido por estos últimos triunfó en la votación por 24 votos contra 3. Es indudable el origen hispánico y de propia construcción del Derecho patrio del cual partieron nuestros primeros legisladores.

[25] Artículo 2, inciso 2.º.

[26] Artículo 2, inciso 8.º.

[27] He sostenido reiteradamente que debería realizarse una reconstrucción de las bases de nuestro Derecho Administrativo en función de nuestras propias fuentes, a los efectos de determinar, por lo menos, algunas de las causas de las disfuncionalidades que se advierten en ese sistema jurídico. Sigue constituyendo una materia pendiente de nuestra doctrina científica.

[28] Para una ampliación de lo expresado en el texto, ver Jorge Luis SALOMONI, en *Teoría General...*, *ob., cit.*, pp. 140 y ss.

la prestación por particulares del servicio público. El concepto de licencia introducido obedece, a mi entender, a una necesidad histórica y económica que tuvieron en vista estos legisladores[28].

Sólo resta mencionar que a las Leyes analizadas se agregaron las de los otros servicios públicos como Correos y Mensajerías (Estatuto de Hacienda y Crédito, de 1853 que estableció el servicio de Correos, y Ley 52, de Mensajerías, de 1855) y, con posterioridad a la unidad política de la Confederación Argentina y del Estado y Provincia de Buenos Aires en la República Argentina, se sancionaron los regímenes de Faros, de 1872, y de Telégrafos por la Ley 750 ½, de 1875[29].

Desde el inicio de la Organización Nacional se privilegió la instauración de estos servicios públicos. Resulta significativa el Acta de la Solemne Apertura del Congreso Legislativo Federal y Primera Sesión Ordinaria del Congreso Legislativo de la Confederación Argentina del 25 de mayo de 1855, donde el Presidente Urquiza dijo:

> «El campo de vuestras tareas es vastísimo porque hemos llegado al período administrativo. El Código fundamental espera para su mejor desarrollo y aplicación las leyes que al efecto debe dictar vuestra sabiduría...», y luego agrega, como objetivo prioritario de desarrollo: «Es malísimo el estado de la viabilidad en todo el territorio de la Confederación sin excepción alguna; llegando este doloroso extremo de no poder exportar valiosísimos frutos muy especialmente de las Provincias del Norte porque

[29] «Durante varios años se negoció con Europa la construcción de un ferrocarril que uniría Córdoba con Rosario, pero las obras se iniciaron recién en la década siguiente. Los únicos servicios de transporte y comunicaciones que se inauguraron durante la Confederación fueron las mensajerías nacionales –servicios de diligencias que unían Rosario con diversos puntos del interior, mediante viajes regulares– y el servicio de navegación a vapor entre las ciudades de Santa Fe y Paraná. Ambos servicios, establecidos por concesionarios privados... Asimismo, el correo Oficial, reorganizado por el Gobierno de la Confederación, fue muy poco usado por los particulares. A pesar de los esfuerzos del Gobierno, que rebajó las tarifas, aseguró la inviolabilidad de la correspondencia y trató de regularizar los servicios, los pasajeros particulares continuaron siendo por mucho tiempo el principal vehículo de la correspondencia privada. De todos modos el gobierno de la Confederación logró centralizar el servicio de correos. La reorganización se llevó a cabo en forma similar a la adoptada para centralizar la recaudación, tarea que se había realizado anteriormente. Un inspector, nombrado por el Ministerio de Hacienda, debía establecer las bases de un servicio postal uniforme en las Administraciones de Rentas Nacionales, y ordenar a los administradores la centralización del servicio en el radio de su jurisdicción», y más adelante continúa diciendo: «... **La existencia y desarrollo de las instituciones estatales puede observarse como un verdadero proceso de "expropiación" social, en el sentido de que su creación y expansión implica la conversión de intereses "comunes" de la sociedad civil en objeto de interés general y, por lo tanto, en objeto de acción de ese estado en formación.** A medida que ello ocurre, la sociedad va perdiendo competencias, ámbitos de actuación, en los que hasta entonces había resuelto –a través de diferentes instancias y mecanismos– las cuestiones que requieren decisiones colectivas de la comunidad ....» (Óscar OSZLAK, *La formación del Estado argentino*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1982, pp. 63-64 y 90).

> los gastos de transporte exceden al precio que tienen en los mercados donde podrían espenderse. La necesidad de su mejora es urgente, y bien sentido por todos los pueblos... [para ello] He promovido con perseverancia la empresa de la construcción de un ferro-carril de un punto del Paraná a la ciudad de Córdoba y Cuyo... obra tan grande como provechosa á la prosperidad de la Nación»[30].

De allí que el ferrocarril y los otros servicios se constituyeran en los promotores de la prosperidad de la Nación. Entonces, intervención del Estado-servicio público-progreso de la Nación se convertirán en estandartes del país.

Comparto plenamente con GONZÁLEZ MORAS que, a partir de los antecedentes patrios antes mencionados, y luego de sancionada la Constitución Nacional de 1853, como en toda la normativa, jurisprudencia y doctrina del Derecho Público vigente hasta comienzos del siglo XX, el concepto de «servicio público» será utilizado en la República Argentina:

a) Como concepto general, para designar y dar contenido a la función administrativa estatal puesta a disposición del público; al interés público o general; a la titularidad pública o estatal de determinada competencia; para definir, en definitiva, la función pública en las normas generales y especiales de organización administrativa.
b) Para dar cuenta del régimen de Derecho Público al que quedarán sujetos determinados bienes o cosas por «afectación» a la actividad pública.
c) Designará, asimismo, el carácter que se le otorgará al «uso público» de determinadas obras de infraestructura como, por ejemplo, puertos y caminos.
d) Finalmente, y en sentido estricto, para designar y regular como tales actividades económicas que se consideraron públicas, que se ubicaron progresivamente bajo la órbita y responsabilidad del Estado, a pesar –incluso– de su gestión por sujetos particulares, siendo éste el caso de los servicios de correos y mensajerías, ferrocarriles, telégrafos, faros, etc. Es decir, para designar a aquellas actividades que hoy denominaríamos «servicios públicos económicos».

---

[30] Colección *Congreso Federal del Paraná* – Leyes sancionadas en el año 1855, pp. 6 y 8. Para corroborar la importancia que le otorgaba Urquiza a los otros servicios públicos –Correos, Mensajerías, etc.–, ver *ob. cit.*, pp. 17 y ss.

La posibilidad de que en esta etapa histórica del país se desarrollara de manera tan extraordinaria un concepto como el de servicio público, que solamente sería «descubierto» por la llamada escuela francesa del servicio público hacia las primeras décadas del siglo XX, y con el alcance que acabamos de precisar, demuestra, claramente, no sólo la coherencia entre una idea de Estado y de su acción administrativa, sino, fundamentalmente, la originalidad de nuestro Derecho Público, anterior a todo elemento que pudiera provenir, en aquellos momentos, tanto del Derecho Público norteamericano como francés o continental europeo.

Derecho Público nacional que, posteriormente y ya a comienzos del siglo XX, sería abrupta e incomprensiblemente obviado por los primeros tratadistas del Derecho Administrativo argentino y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[31].

Como confirmación de lo expuesto, es dable mencionar la primera doctrina científica de Derecho Administrativo en nuestro país, publicada en 1866 y titulada *Derecho Administrativo General y Argentino,* del Fiscal General de la Nación, Ramón FERREYRA, que contenía una mención explícita del servicio público como comprensivo de la totalidad de la actividad normal de la Administración. En efecto, refiriéndose al cumplimiento de la manda constitucional del fomento y prosperidad de la industria y del país, establece la obligación para la Administración de dar impulso al comercio, facilitar la comunicación de los pueblos, construir diversas obras, etc., a través de diversos medios:

---

[31] Juan M. GONZÁLEZ MORAS, conferencia «El concepto de servicio público», *ob. cit.,* Resulta muy importante, en mi opinión, destacar el Prefacio a la primera edición (1921) del Tratado de Derecho Administrativo de uno de los constructores de la concepción imperante en la Argentina de nuestra disciplina. Me refiero a don Rafael BIELSA. En el tercer apartado del mismo llama la atención sobre algo que resulta evidente a lo largo del texto: «La bibliografía, tanto la general como la especial, distribuida en diversos capítulos es, como se verá, en su mayor parte extranjera, aun cuando debiera, por tratarse de esta materia, ser principalmente nacional. No olvido, no, trabajos notables como el tratado de Derecho Administrativo Argentino de Ramón Ferreira, obra escrita hace más de medio siglo; ni las interesantes disertaciones del malogrado profesor Lucio V. López, en su Derecho Administrativo Argentino, ni otras que revelan encomiables esfuerzos de sus autores. Pero, con todo, no podemos decir de nuestro derecho administrativo lo que del derecho constitucional, materia ésta en la que contamos con excelentes tratados, tesis, y monografías», (Rafael BIELSA, *Derecho Administrativo,* reproducido en la 6.ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 5). La bibliografía utilizada a que hace referencia es mayoritariamente francesa e italiana. Creo que el problema no era el insuficiente desarrollo de la doctrina iusadministrativista argentina, sino la necesidad de sustituir esa construcción por otra –ya que no eran compatibles– que pudiera contraponerse al otro gran mito argentino, como es la idea de tener una Constitución norteamericana. Entonces, BIELSA quiso contraponer a este mito el mito que nuestro Derecho Administrativo era continental europeo, preferentemente francés. La única pérdida en esta discusión mítica fue la de la construcción original del Derecho Administrativo argentino, cuya congruencia con el Derecho Constitucional argentino de ALBERDI y los Padres Fundadores era absoluta.

> «Todo esto recae bajo la palabra de obras públicas en general; y todas las construcciones para **el servicio público en todos los ramos de la administración,** necesarias para **el culto, la instrucción pública, justicia, beneficencia, hacienda, milicia, marina, comodidad, recreos y monumentos públicos y nacionales.** Todos son necesarios para la existencia y felicidad de la sociedad; y por eso deben costearse con fondos del tesoro general y deben servir para todos, igualmente al rico y al pobre; porque el que tiene debe contribuir para el que no tiene, para el bien de todos»[32].

A su vez, refiriéndose a los bienes públicos, y luego de diferenciar a éstos de los que forman el patrimonio del Estado, dice que:

> «Por la misma razón, en los primeros, la administración se versa sobre el uso solamente; su acción se dirije a darles destino general y sus reglamentos a asegurar el goce común, mejorar sus condiciones todo lo que se pueda; en los segundos se ejerce exclusivamente la propiedad y uso; y ambas cosas se pueden aplicar **a las necesidades del servicio público**»[33].

En esta misma línea de ideas, como una continuidad conceptual, y luego de la unificación de la República Argentina, se sancionó la Ley de Ferrocarriles, n.º 531, promulgada el 18 de septiembre de 1872, que estableció en el capítulo I: «De la vía y su conservación», artículo 3, y en lo que aquí interesa, que:

> «Son deberes de toda empresa o dirección de estos ferrocarriles, una vez abiertos al **servicio público**...»[34].

La mencionada Ley de 1872 de Ferrocarriles se sustituyó por la Ley n.º 2873, de 1891. No obstante, como se demostró que las actividades de servicio público ferroviario se iniciaron en el país apenas iniciada la Organización Nacional, fue recién con esta Ley 2873 que se dictó una reglamentación de carácter general comprensiva de todos los aspectos de dicha explotación.

Resulta ilustrativo el Debate Parlamentario de la misma, donde el Miembro Informante, el Senador Gil, sostuvo que el ferrocarril constituía

---

[32] Ramón FERREYRA, *Derecho Administrativo General y Argentino,* Imprenta de Pablo E. CONI, Buenos Aires, 1866, pp. 74-75.

[33] Ramón FERREYRA, en *Derecho Administrativo..., ob. cit.,* p. 110.

[34] *Adla,* 1852-1880, pp. 947 y ss.

[35] *Diario de Sesiones del Senado,* 1890, p. 232.

un servicio público y, por lo tanto, el Estado no podía desentenderse de su prestación y tampoco dejarse su reglamentación a los particulares[35]. El servicio público, entonces, se consolida como título de intervención. Pero, además, la legitimidad de la intervención estatal en la administración de la empresa concesionaria es justificada por el monopolio que otorga el Estado. Ello llevaba necesariamente a establecer la uniformidad de la tarifa y la obligación de que sea justa y razonable[36].

Por su parte, el Sr. Zapata, y en lo que aquí interesa, dijo:

> «Yo no puedo olvidar que **toda ley de ferrocarriles puede considerarse ley de orden público.** Se expropia la propiedad particular para servir al público; se establecen servidumbres para servir al público; se acuerdan monopolios para servir al público; se concede a las empresas exoneración de derechos para los materiales con que han de construir las obras. **Todos estos privilegios, todas estas concesiones, todas estas ventajas, se dan por una ley como esta, porque va a beneficiar al servicio**

---

[36] «Según el concepto básico de la ley 2873, las tarifas, además de su uniformidad, tienen que ser "justas" y "razonables". Importa mucho establecer el alcance de estas palabras. En un informe producido en 1918 por el ingeniero Pablo NOGUÉS, que desempeñaban la Dirección General de Ferrocarriles, decía sobre el particular: "La justicia de las tarifas, considerada con prescindencia absoluta de la mayor o menor utilidad que las tarifas pueden reportar al público, se refiere a la relatividad de los gravámenes impuestos y exige: a) Que para todas las distancias a las cuales el transporte puede ser promovido, el flete sea mayor que el gasto efectivo que él ocasiona (directo y de manutención); b) Que para un mismo producto los fletes vayan creciendo con las distancias, siguiendo una ley continua de variación, y en tal forma, que el peaje represente sobre la parte del valor de transporte que queda libre, una vez deducidos los gastos efectivos del mismo, una proporción creciente, o por lo menos constante con las distancias; y c) Que para los diferentes productos que dejen una igual utilidad libre por kilómetro recorrido, sea igual al valor kilométrico del transporte. La razonabilidad de las tarifas en rigor, está en que, admitiendo que una determinada utilidad puede ser conseguida por medio de diversos sistemas de tarifas, establecidas con los principios que hemos mencionado, el justo y razonable será aquel que reporte la mayor utilidad a los intereses generales, en el sentido de que sea máxima la suma de productos transportables... En consecuencia, está dentro de las facultades del Poder Ejecutivo: 1. Hacer que las utilidades conseguidas por las empresas, lo sean con el mayor beneficio para los intereses generales, vale decir, con el mayor rendimiento o utilización de la línea. Y 2. Exigir, que si el sistema de tarifas se aparta del fundamental o kilométrico, lo que equivale a decir que se recurre a las tarifas diferenciales (tanto respecto a las distancias, como a los valores de transporte de los diferentes puntos), éstas encuadren dentro de las normas y principios fundamentales que presiden el establecimiento de tales tarifas. En resumen, el artículo 9 de la 5315, debe, interpretarse como reglamentario del artículo 44 de la ley general de ferrocarriles, en el sentido de que establece que la justicia y razonabilidad de las tarifas, desde el punto de vista de la utilidad que reporta a las empresas, queda fijada en el rendimiento máximo del 6,8 por ciento, sobre el capital invertido. De acuerdo con nuestra legislación, puede decirse, pues, que ***a las empresas les corresponde el derecho de obtener una utilidad dentro de las limitaciones señaladas***, mientras ***al Poder Ejecutivo incumbe el establecer el mejor modo y la forma en que deben conseguirla***» (Clodomiro ZABALÍA, *Derecho Federal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, 3.ª ed., T. II, pp. 719-721).

[37] *Diario de Sesiones del Senado*, 1890, p. 239.

público. Por consiguiente todo lo que en guarda del interés público haga la ley está perfectamente bien hecho. Y no está de más; por el contrario, si no estuviera, estaría de menos»[37].

Y más adelante, para justificar la sanción de la Ley en debate, describió la situación que se había generado por la falta de control estatal de las concesiones:

> «Existe una ley, Señor Presidente, que se llama Ley General de Ferrocarriles y que es copia de la que regía en Chile el año 1872 bajo el nombre de Policía de Ferrocarriles. Nosotros, los argentinos, al copiar esa ley, incurrimos en una gravísima omisión, **porque nos olvidamos de crear la autoridad que debía aplicarla.** Qué sucedió? Sucedió que, por falta de la autoridad que debía aplicar esta ley, en la Republica Argentina no había quien dictaminase sobre la conveniencia de que se hiciera un ferrocarril en tal o cual punto; no había quién aconsejara al Congreso que trocha convenía más, si la ancha o la angosta; si la construcción debía hacerse directamente por el Gobierno o con garantía de la Nación, o dejarla al impulso de los mismos particulares. En fin, no se sabía lo que la Nación había gastado en la construcción directa de los ferrocarriles; no se sabía lo que había pagado por las garantías acordadas a las empresas de ferrocarriles, y no se sabía tampoco lo que había de gastar en esas garantías»[38].

Todo ello iba en contra de las potestades de intervención que le reconocían al Estado y que surgían del propio ordenamiento jurídico aplicable.

Por otra parte, es posible sostener que esa potestad de intervención del Estado, en cuanto concesión de privilegios, fue de tal magnitud, que hasta invirtió el principio de fijación de las tarifas por el propio Estado, para otorgarle ese privilegio a los particulares. Si esto no hubiera sido un privilegio, entonces no hubiera sido necesario establecerlo expresamente en la Ley, ya que para las otras actividades económicas regía la libertad absoluta de precios. No es que la actividad reglamentada fuera privada, sino que constituye una muestra de la magnitud del privilegio que

[38] *Diario de Sesiones del Senado,* 1890, p. 256.

[39] Debo señalar que la concepción sostenida en el texto, fue duramente criticada por la Junta Consultiva de Abogados de Ferrocarriles, creada en 1925, y cuyos miembros eran, en ese momento: Presidente: Dr. Guillermo E. Leguizamón; Vicepresidente: Dr. Emilio F. Cárdenas; Vocales: Dr. Pedro F. Agote, Dr. Eduardo Bidau, Dr. Rodolfo Bullrich, Dr. Francisco Costa Paz, Dr. Gaspar E. Ferrer, Dr. Norberto M. Fresco, Dr. S.A. Klappenbach, Dr. Luis García Lagos, Dr. Alberto V. López, Dr. Manuel Moyano, Dr. Cayetano J. Mosciaro, Dr. Miguel M. Padilla (h), Dr. Raimundo Real, Dr. Vicente

podía otorgar el Estado para el cumplimiento de la Cláusula del Progreso y en razón del servicio público, que era, a su vez, una de las técnicas de intervención prevista en dicha cláusula constitucional[39].

En función de lo expuesto, el concesionario fijó las tarifas desde las primeras concesiones hasta 1891, año en el cual, a través de la Ley n.° 2835, se **restableció** la potestad del Poder Ejecutivo de fijar las tarifas[40]. El artículo 6 de la mencionado Ley, prescribió que:

> «El Poder Ejecutivo intervendrá en la formación de las tarifas de todos los ferrocarriles teniendo presente los intereses generales del país y las leyes contratos de concesión»[41].

Finalmente, se sancionó la Ley 5315, de la cual se dijo:

> «Fue un paso de mucha importancia en el terreno de las relaciones entre las empresas ferroviarias y el gobierno, el que se dio en 1907 al dictarse la ley 5315, llamada "Ley Mitre" por haber sido el ingeniero Emilio Mitre quien la proyectó en su carácter de diputado nacional. Hasta ese momento cada empresa se regía por su respectiva ley de concesión, surgiendo de ahí mucha disparidad en el desenvolvimiento de actividades susceptibles de desenvolverse con

Rivarola, Dr. Luis J. Roca, Dr. Osvaldo Rocha Y Dr. Ramón Videla *(Boletín de la Junta de Abogados de Ferrocarriles,* Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso y Cía., Buenos Aires, 1925, T. I, p. 87). Estos abogados, que representaban a las sociedades anónimas inglesas concesionarias de los ferrocarriles, se opusieron terminantemente a la posibilidad que el Estado intervenga en las tarifas (en *ob. cit.,* pp. 3 y ss.). Este sector sostenía mayoritariamente, a su vez, el origen norteamericano de nuestra norma constitucional (ver nota 31 para la discusión con relación al Derecho Administrativo).

[40] «Dijo sobre el particular la Corte Suprema: "La absoluta libertad de contratar y de fijar el precio de las cosas o los servicios, existe solamente cuando la propiedad o la actividad personal se hallan dedicados a objetos puramente privados. Cuando lo son a usos públicos, **especialmente si se explota alguna concesión, privilegio o monopolio concedido por el Estado**, como ocurre, precisamente en el caso de que se trata en esta litis, el propietario o concesionario se encuentra sometido, por el carácter de la dedicación de su actividad y por la naturaleza misma del favor que le ha sido otorgado, a un contralor especial de parte de la autoridad administrativa, contralor que comprende también el punto relativo al precio o tarifa compensatoria del servicio que está encargada de prestar. Y ello se justifica tanto por el hecho de que la autorización acordada para ejercer funciones que en principio correspondan al Estado o dependen de una concesión del mismo, cuanto porque importando el privilegio acordado un monopolio real o virtual, la absoluta libertad de contralor o de fijar los precios sometería al público, que no puede prescindir de tales servicios, a la opresión económica de los concesionarios (doctrina del fallo, tomo 136, p. 161 y otros). En consecuencia, toda concesión del Estado para la explotación de servicios públicos que importe un monopolio, aun cuando solo sea virtual –como es el caso de los ferrocarriles–, lleva implícita la condición que sus precios o tarifas están sometidos al contralor de la autoridad administrativa correspondiente". (Fallos, t. 146, p. 232)» (Clodomiro ZABALÍA, en *Derecho..., ob. cit.,* pp. 727-728).

[41] *Adla,* 1889-1919, pp. 224.

[42] Clodomiro ZABALÍA, en *Derecho..., ob. cit.,* pp. 733-734. En el mismo sentido, ver Ermete A. SAMMARTINO, *Elementos de Derecho Administrativo,* editado por Pedro M. Aquino y Cía. Libreros Editores, Buenos Aires, 1929, p. 99.

arreglo a un criterio legal y reglamentario uniforme. No era igual el término de las concesiones y variaba también considerablemente el capítulo de las obligaciones impositivas»[42].

Todo lo expuesto, más allá de las doctrinas jurídicas continentales europeas y su opuesta la norteamericana, que tanto influyeron en distintos sectores de la doctrina nacional, permite sostener que tanto ALBERDI, principal fuente de nuestra Constitución[43], como los primeros legisladores partieron de una teoría del Estado donde éste debía intervenir activamente, tanto actuando *per se*, o aspecto positivo, como dejando hacer a los individuos, o aspecto negativo. Ello lleva a la afirmación que el Estado vertebrado no era neutro. El fin era el desarrollo y el progreso. Los sujetos, el Estado y los particulares, por mitades. Los medios, el fomento de la inmigración y, con ello, el fomento de la colonización de tierras públicas; la libertad de comercio, la instalación y concesión de los servicios públicos esenciales para el fin perseguido –caminos de hierro–, pueden considerarse algunas de las tareas públicas y privadas que distribuyó la Constitución entre el Estado y los particulares.

[43] Como sostuve en otra oportunidad: «... la cláusula del artículo 67 inciso 16 (hoy 75 inciso 18), que atribuye unas determinadas potestades legislativas al Congreso de la Nación, en la redacción originaria dada por el constituyente y que se mantuvo luego de la Reforma de 1994, no encuentra similar en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica». Como se dijo en el capítulo precedente, ALBERDI ,en *Las bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina,* sostuvo que las fuentes de la norma mencionada eran: «El tratado litoral, firmado en Santa Fe el 4 de enero de 1831 por tres provincias importantísimas de la Republica, al que después han adherido todas y acaba de ratificarse por el acuerdo de San Nicolás, de 31 de mayo de 1852...». Es decir, reconoce su origen en el Derecho patrio, en la propia concepción alberdiana del Estado, y no en fuente extranjera alguna; a su vez, la redacción actual de la norma en análisis, reconoce como antecedente al artículo 67, inciso 3.°, del *Proyecto de Constitución concebido según las Bases desarrolladas en este libro,* que parte de la concepción del Estado explicitada en el Capítulo precedente. Esto es, el Estado proveedor, estimulador, garante, deudor, de la prosperidad, defensa, seguridad, adelanto y bienestar de la Nación, a través de las técnicas de: a) leyes protectoras de esos fines; b) concesiones temporales de privilegios, y c) recompensas de estímulo. Las materias alcanzadas fueron desde la instrucción pública, la industria, la introducción de capitales extranjeros, hasta la construcción de ferrocarriles. Cabe aclarar, en mi opinión y en lo que aquí importa, que la norma constitucional argentina estableció dos planos, bien diferenciados entre sí, que tutelaron bienes jurídicos distintos: por un lado, el estímulo y fomento de los bienes privados, esto es, la garantía de la libertad económica y el deber del Estado de sostenerla; y, por otro lado, la obligación de provisión de los bienes públicos, a través del propio Estado o de sus concesionarios. Ello incluyó todo lo atinente a los servicios públicos. Resulta evidente que el concepto «ferrocarriles» incluía al de «servicios públicos» y, a su vez, identificaba un modelo de Estado y, por ende, un importante grado de intervención en la economía. Ese grado de intervención, **que no encontraba límites jurídicos**, se justificaba tanto desde el punto de vista de la obligación del Estado de propender al «adelanto material del país» como, el afianzamiento «de la paz y la tranquilidad de la República». Coincide en su totalidad, por otra parte y como se ha venido sosteniendo, con la concepción alberdiana del Estado esbozada en el «Fragmento...» (Jorge Luis SALOMONI, en *Teoría General..., ob. cit.,* pp. 129-131).

3. CONCEPTO ACTUAL DE SERVICIO PÚBLICO

Puedo afirmar que la evolución jurisprudencial que acompañó al proceso constitucional y legislativo en las primeras tres cuartas partes del siglo XX no varió mucho con relación a los conceptos y estándares del siglo XIX analizados más arriba. Ello, independientemente de las diferentes etapas por las que atravesó el servicio público en su prestación preferente por los particulares –el primer medio siglo– y por el Estado –los siguientes cuarenta años–. La actividad servicial era de titularidad estatal, y podía ser prestada por particulares delegados o reservarse el Estado para sí esa prestación con exclusión expresa de aquellos particulares. El régimen jurídico aplicable a las relaciones Estado-concesionario era de Derecho Público y los caracteres de regularidad, obligatoriedad, uniformidad e igualdad encontraban recepción normativa en las bases del servicio.

Pero con el proceso de reforma del Estado de 1989 se produce un fenómeno singular. Se promueve una delegación de competencia en la prestación de los servicios públicos, que provocó, esta vez, una discusión, aún no acabada, sobre la configuración del concepto del mismo, y por lo tanto, del régimen jurídico aplicable al servicio.

Algunos sostuvieron que tal proceso de reforma produjo un cambio radical en los conceptos tradicionales, al adoptar la legislación emergente el sistema jurídico norteamericano, debiéndose, por tanto y para la comprensión del nuevo fenómeno, estudiar y analizar las instituciones establecidas en ese Derecho y sus pautas hermenéuticas de aplicación. Más aún teniendo en cuenta la procedencia norteamericana de nuestra Constitución[44].

Otros, reivindicando la tesis que nuestro Derecho Administrativo seguía perteneciendo a la órbita del Derecho continental europeo, observaron una continuidad del concepto, modulada por los principios de desre-

---

[44] Esta concepción ha sido sostenida, fundamentalmente, por el prestigioso profesor Héctor MAIRAL en «La ideología del servicio público», *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 14, Depalma, Buenos Aires, septiembre-diciembre 1993, pp. 359 y ss., entre otros artículos de su autoría.

[45] Esta concepción, por su parte, puede ponerse en cabeza del eminente profesor Juan Carlos CASSAGNE en «El servicio público y las técnicas concesionales», *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 18, Depalma, Buenos Aires, enero-abril 1995, pp. 21 y ss., entre otros artículos de su autoría. Resulta destacable en la doctrina argentina la última reelaboración actualizada de esta teoría efectuada por el eminente profesor Julio Rodolfo COMADIRA. Ha sostenido que: «El servicio público como título exorbitante propio del derecho Administrativo, invocado por un Estado que no debe renunciar a su función gestora del bien común, es el medio de asegurar la obligatoriedad debida al usuario, a través del control y la regulación policial o, en su caso, la prestación directa –con titularidad o sin ella– o bien indirecta. El servicio público es, pues, exorbitancia, prerrogativa y garantía» (Julio Rodolfo COMADIRA, «El servicio público como título exorbitante», en *El Derecho –Administrativo–*, n.º 10912, del 31 de diciembre de 2003).

gulación y liberalización del servicio que traducían un modelo mejorado y moderno del sistema servicial tradicional. Ello así, aun cuando considere, esta doctrina, la originalidad de nuestro sistema constitucional[45].

Quisiera señalar que no suscribo, en su totalidad, ninguna de las dos tesis que acabo de mencionar, aunque algunos contornos se conectan con mi tesis. Mi punto de partida es que el servicio público fue una concepción original y autónoma de nuestro país, que atravesó nuestra historia, como se demostró más arriba[46], y que hoy está modulada fundamentalmente por el sistema de derechos humanos, como intentaré explicar más abajo. A su vez, sostengo que el proceso de reforma del Estado, a través de la legislación dictada a esos efectos, no produjo modificación sustantiva alguna a la concepción original.

A los efectos del análisis que me propongo, sostendré, siguiendo una doctrina no discutida por sector alguno de los arriba mencionados, que en el servicio público se encuentra indefectiblemente presente el interés publico. Este último constituye el género, y el servicio público una de las especies posibles.

Para la confirmación de tal presupuesto se debe establecer cómo se determina la presencia del interés público o interés general en una institución jurídica.

Para tal cometido resulta necesario descubrir el propósito público de la norma por la cual se instaura un determinado régimen jurídico. El problema consiste, entonces, en descubrir el propósito público del servicio público[47].

---

[46] Reitero que para una ampliación sobre la originalidad de la norma constitucional argentina y del concepto de servicio público, ver Jorge Luis SALOMONI, en *Teoría General..., ob. cit.,* caps. I y II.

[47] Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación: «Que corresponde examinar en primer término cuál es la doctrina, **el concepto de propósito público,** referido al impuesto. Desde luego no es posible establecer una regla uniforme que permita determinar cuáles propósitos son públicos, por oposición a privados. Difícilmente una ley de beneficio público no contiene algún elemento de provecho personal y difícilmente una ley de propósito privado no encierra repercusiones de beneficio público. El criterio para señalar el deslinde tiene que ser, así, circunstancial y derivado del examen de los hechos en cada caso en particular y concreto. No debe entenderse que la palabra "público", cuando se emplea en relación al poder de crear impuestos, (dice James Gray transcribiendo la sentencia del Juez Cooley) debe ser interpretada o aplicada en su sentido estrecho o antiliberal o con un alcance que impida a la legislatura tomar amplias vistas sobre el interés, necesidad o policía del Estado dándoles efecto por medio de las rentas públicas. El límite de la autoridad del Estado en esta dirección no puede ser definido y se halla constituido por su amplio criterio de hombre de Estado que mira, más allá de los gastos que son absolutamente indispensables, a la continuada y organizada existencia del Gobierno, y **comprende otros tendientes a subvenir al bienestar general de la sociedad y anticipa al presente la futura felicidad del pueblo. Construir edificios públicos, pagar los funcionarios del Estado y la deuda pública no son los únicos fines a los cuales las rentas públicas pueden ser aplicadas.** Por el contrario, razones de natural equidad, gratitud y beneficencia no están fuera de lugar cuando el bienestar del pueblo se halla en cuestión y puedan ser tomados en vista en la imposición de las cargas públicas» («Sociedad Anónima Viñedos y Bodegas Arizú c/ Provincia de Mendoza s/ inconstitucionalidad de las leyes número 854 y 928», de fecha 16 de junio de 1930, Fallos: 157:359).

Resulta indudable que el mismo es la satisfacción de las necesidades materiales colectivas a través de actividades económicas que deban ser aseguradas por el Estado para alcanzar, conjuntamente con esa satisfacción, el bienestar general del Preámbulo de la Constitución, que se configura, para el tema en estudio, en las denominadas Cláusula de la Prosperidad o Progreso del artículo 75, inciso 18[48]; en la Cláusula del Desarrollo Humano del artículo 75, inciso 19[49], y en la de Medidas de Acción Positiva de garantía de la igualdad de oportunidades y de trato y del pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución del artículo 75, inciso 23[50]. Y todo ello a través, a su vez, de una regulación especial, y la prestación *per se* del Estado o a través de sus delegados.

Si el servicio público persigue un propósito público, entonces, se identifica con el interés público[51]. Como se dijo, entonces el servicio

---

[48] «Artículo 75: Corresponde al Congreso: ... 18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo».

[49] «Artículo 75: Corresponde al Congreso: ... 19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales».

[50] «Artículo 75: Corresponde al Congreso: ... 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia».

[51] También la Corte Suprema nacional ha establecido el siguiente principio: «Este servicio [explotación de depósitos fiscales] era de utilización obligatoria, y hacía esencialmente al movimiento de mercaderías dentro del puerto. Estaba dado no en beneficio de quien lo prestaba, sino para proveer a un **interés general. Había en la explotación un interés público** directamente contemplado, por lo que el servicio debía ejecutarse en forma obligatoria, regular y uniforme. **De lo dicho se infiere el carácter de servicio público de la prestación encomendada**». (Considerando 6.º). («S.C.A. Meridiano v. Administración General de Puertos s/ demanda daños y perjuicios», de fecha 24 de abril de 1979, Fallos: 301:292).

público sería una de las formas específicas que adopta el interés público como institución genérica. Ello implica la existencia de un régimen de Derecho Público que regula la institución, y que excluye, en su formulación original, la posibilidad de un régimen de Derecho Privado.

La segunda consecuencia que surge de tal régimen es la imposibilidad de propiedad o titularidad privada de los concesionarios y/o licenciatarios sobre el derecho de prestar el servicio. Una vez que se obtiene ese derecho, a través del régimen de Derecho Público mencionado, el mismo estará siempre condicionado al cumplimiento de ese régimen de Derecho Público originario, aun cuando éste remita o reenvíe a determinada normas del Derecho Privado como complementarias de aquél. Y ese derecho nunca es anterior al otorgamiento del título o derecho.

Los caracteres de obligatoriedad, de regularidad (que comprende la sujeción del prestador a las reglas del servicio y a los estándares de cantidad y de calidad exigidos) y de uniformidad del servicio determinan la satisfacción de la necesidad pública y es consecuencia necesaria del régimen de Derecho Público que la establece.

La liberalización y/o monopolio del servicio no determinan, en ningún caso, el carácter de la actividad como servicio público o privado.

Pero el aseguramiento de la actividad responde, no al ámbito disponible de la potestad del legislador o administrador nacionales o provinciales, sino a la exigencia del derecho fundamental al sostenimiento de los servicios públicos establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 42 de la Constitución Nacional[52].

El artículo XXXVI de la mencionada Declaración Americana, que ostenta jerarquía constitucional, como lo establece el artículo 75, inciso 22, 2.° párrafo, de la Constitución Nacional[53], establece que:

---

[52] Esta postura, que sostengo desde hace algunos años, está siendo desarrollada en España por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, quien ha sostenido que el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea «... reconoce y respeta el acceso [al servicio público], en el sentido de tratarse de una de las garantías propias de un derecho fundamental, pues tal es en definitiva el alcance de una de las piezas de una Carta de Derechos Fundamentales». Y agrega que es destacable «... que se dé cabida expresa en el precepto a la teleología que lo inspira, esa afirmación que concluye destacando que lo que regula lo es "con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión"». –«El derecho de acceso a los servicios de interés económico general (El artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», en VV.AA., *Estudios de Derecho Público Económico... ob. cit.*, pp. 519-520.

[53] El mencionado artículo establece que: «... **La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la

> «Deber de pagar impuestos: Toda persona tiene el deber de pagar impuestos establecidos por la ley para el **sostenimiento de los servicios públicos**».

En primer lugar, la norma imponem correlativamente al deber de pagar impuestos, el derecho a recibir los servicios públicos necesarios para su desarrollo personal y social. A su vez, especifica que entre los posibles propósitos públicos que pueden perseguirse a través del gasto de las rentas o erario público, lo que se le debe garantizar a las personas es, precisamente, el sostenimiento de los servicios públicos, como prioridad y contrapartida, por la obligación de pagar los impuestos de esos individuos. En segundo lugar, por el pago del impuesto, se adquiere el derecho al servicio. Esto es, el pago de cualquier impuesto, como lo es al valor agregado o consumo, que abona toda persona en la República Argentina le otorga el derecho a reclamar la prestación de los servicios públicos indispensables para su desarrollo personal y humano. Se elimina la categoría de usuario potencial y usuario efectivo.

A su vez, el artículo 42 de la Constitución argentina establece que:

> «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».

Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, **tienen jerarquía constitucional**, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara».

En primer lugar, y dentro del concepto genérico establecido en la norma constitucional proveniente de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ya citada, se especifica y reafirma la existencia constitucional del servicio público en la República Argentina, no como ideología o teoría, sino como derecho positivo vigente y eficaz, en vinculación esta vez con los derechos del usuario del mismo[54].

En segundo lugar, el continente y el contenido de ese servicio público no son disponibles para el legislador y el administrador. Y esto es así porque dicho instituto jurídico se encuentra sistemáticamente en la parte dogmática de la Constitución, esto es, en las Declaraciones, Derechos y Garantías, y como tributario de éstos. El sistema obliga al legislador y al administrador a:

i) Establecer y regular el servicio público:

a) Resguardando la salud, la seguridad y los intereses económicos de los usuarios. Estos últimos priman sobre las potestades estatales de modificación tarifaria y los derechos de propiedad de los concesionarios, licenciatarios y/o permisionarios de servicios públicos de exigir tal modificación.
b) Garantizando una información adecuada y veraz, que implica como contrapartida una garantía de participación plena de este colectivo, a través de las asociaciones de usuarios de servicios públicos o individualmente, en cada una de las etapas precontractual, contractual y poscontractual, por el que se desarrolla el proceso de puesta en funcionamiento y prestación efectiva del servicio[55].
c) Garantizando la libertad de elección y las condiciones de trato digno y equitativo.

[54] Por otra parte, las normas constitucionales que establecen los derechos del contribuyente-usuario son plenamente operativas. Por norma operativa, autosuficiente o autoaplicativa debe entenderse la que por naturaleza y formulación ofrece aplicabilidad y funcionamiento inmediato y directo, sin necesidad de su reglamentación por otra norma (conf., Jorge Luis SALOMONI, Ana María BEZZI y Ernestina FRASCHERI, «La Convención Americana de los Derechos Humanos y la legitimación procesal en el contencioso administrativo», p. 10, inédito). Por otra parte, y en un todo de acuerdo a lo expresado precedentemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que: «Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el congreso» (in re: «Miguel Ángel Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y otros», Fallos: 315:1492, Considerando 20, primer párrafo, in fine).

[55] Para un análisis exhaustivo de la participación de las asociaciones de usuarios en el control de la Administración Pública, ver: Jorge Luis SALOMONI, «El control de la Administración Pública por las Organizaciones No Gubernamentales», en VVAA., *Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial,* Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pp. 447 y ss.

d) Garantizando la educación para el consumo

ii) Proteger y garantizar el derecho de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados. En el extremo de la aplicación de esta obligación estatal se encuentra la plena liberalización del servicio de que se trate. Y con ello la garantía del servicio universal, esto es, la prestación de unos mínimos de servicio para toda la población.
iii) El control de los monopolios naturales y legales.
iv) Garantizar la calidad y eficiencia de los servicios públicos. Ello implica, por un lado y fundamentalmente, garantizar la regularidad del servicio, en cuanto a la cantidad y calidad del mismo, y, a la vez, el apego a las normas que lo regulan. Y, por otro lado, garantizar la obligatoriedad y uniformidad del servicio.
v) Establecer procedimientos eficaces para la resolución de conflictos entre los sujetos intervinientes en la relación jurídica emergente del servicio.
vi) Dictar, a través de leyes en sentido formal, los marcos regulatorios de los servicios públicos, en un todo de acuerdo a las directivas antes mencionadas.
vii) Establecer los órganos de control de los servicios públicos, garantizando la participación de las asociaciones de usuarios y de las provincias interesadas en dichos entes.

Esta norma ha producido, en mi opinión, un profundo cambio de legitimidad en el sistema servicial y concesional administrativo, al introducir como sujeto determinante al usuario[56].

La norma constitucional en análisis, como se vio, designa a un sujeto acreedor: el usuario, y a dos sujetos deudores solidariamente responsables: el prestador del servicio y el Estado (artículo 42, 2.° párrafo, CN)[57].

---

[56] Desde la más calificada doctrina civilista argentina, ver los estudios relacionados con los derechos del consumidor de los profesores Atilio Aníbal ALTERINI, «Los contratos de consumo y las cláusulas abusivas», y Roberto M. LÓPEZ CABANA, «Los daños al consumidor y la ley 24.240», ambos en *Temas de Responsabilidad Civil,* Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires - Ediciones Ciudad Argentina, 1995, y Jorge MOSSET ITURRASPE y Ricardo Luis LORENZETTI, *Defensa del Consumidor. Ley 24.240,* Rubinzal-Culzoni, Editores, 1994.

[57] Ello es así porque «... el Estado está supraordinado al ciudadano únicamente en la medida que tal superioridad le venga atribuida especialmente por la Constitución y las leyes. El Estado (la Administración) es ciertamente una persona jurídica, pero sólo por razón de la medida de identificar el sujeto al que debe imputarse las correspondientes competencias, acciones y responsabilidades, resultando en todo caso sus facultades –así como los límites de las mismas– de la Constitución y las leyes. Por lo tanto, la posición de este específico sujeto (el Estado) y, por reflejo, la de los sujetos de Derecho ordinarios o normales (ciudadanos) única-

Esta cualificación constitucional de los derechos del usuario pone en tela de juicio uno de los postulados sobre los que se asienta un sistema de Derecho Administrativo como el nuestro, como es el de considerar a la Administración Pública vicaria de los intereses generales, ya que su co-titularización y ejercicio en este colectivo y para este caso concreto puede desarticular tal postulado[58].

Estas cuestiones me llevan también a afirmar que el usuario es titular de un derecho subjetivo pleno que le permite acceder irrestrictamente a la jurisdicción judicial para la defensa de esos derechos, esto es, la propia Constitución establece la garantía de defensa de sus derechos[59]. Ello a través de las vías procesales comunes o de excepción, o a través de la vía procesal autónoma que denominé en otra oportunidad del Amparo o «Contencioso de los Derechos Humanos», establecida en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos[60].

Todo lo expuesto ha establecido un giro copernicano en la concepción sobre los derechos del usuario y, fundamentalmente, sobre el servicio público.

No obstante ello, desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aun sin la reforma constitucional de 1994, ha establecido al interés del consumidor o usuario de un servicio público como el interés público a proteger en esa relación de consumo. Ha sostenido que:

---

mente pueden derivarse y construirse desde normas y reglas jurídicas, que son –consecuentemente– las que constituyen y conforman las concretas y diversas relaciones jurídicas que median entre ambos» (Luciano PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el derecho público,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 109).

[58] Resulta necesario revisar los postulados sobre los que se construyó el Derecho Administrativo decimonónico; sobre todo lo atinente a la relación jurídica emergente de tal ordenamiento. Ello implicará, necesariamente, la reconstrucción del sistema de derechos de los particulares y de la sociedad, y del de las potestades estatales.

[59] «**Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.** Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las *garantías liberales*, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las *garantías sociales*, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos». (Luigi FERRAJOLI, *Derechos y Garantías. La ley del más débil,* Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 25). El subrayado me pertenece.

[60] Jorge Luis SALOMONI, «Reglamentos de necesidad y urgencia: Análisis de la justificabilidad de su incorporación al plexo constitucional. Sistema de poder, producción y aplicación de la norma», en VV.AA., *Estudios sobre la Reforma Constitucional,* Juan Carlos CASSAGNE (Director), Depalma, Buenos Aires, 1995, nota 30, p. 234.

«El artículo 46 de la ley N.° 2873 es claro y preciso en su letra y no puede tener sino una sola interpretación. Se refiere a "frutos y provisiones destinados al consumo diario de las poblaciones que el ferrocarril comunique". **Lo que caracteriza a esta carga para darle un tratamiento especial es que sea destinada al consumo diario de una población...** Una mercadería de tal carácter debe ser transportada con preferencia, como deben serlo el equipaje de los pasajeros, las valijas de la correspondencia, etc., etc., según lo dispone el mismo art. 46. Y la reglamentación general ha establecido que esta clase de cargas se transportará en el término que fije la Dirección General de Ferrocarriles (art. 220 del Reglamento aprobado por Decreto del 10 de septiembre de 1894). **Ello significa que en atención al interés comprometido del público consumidor, no se pueden convenir** para el transporte de las mismas tarifas especiales, alargando los términos en cambio de disminuciones de fletes, como puede hacerse con las demás cargas (art. 49 de la ley). Fuera de estos casos las mercaderías a transportar, cualquiera fuera su naturaleza, pueden someterse a tarifas especiales en que se alarguen los tiempos y en cambio se reduzcan los fletes, según convengan las partes; **porque tratándose de mercaderías generales no está comprometido el interés público y es a las partes a quienes únicamente incumbe contratar en la forma que crean más favorable a sus intereses.** El contrato cae recién entonces en el dominio exclusivo de la ley comercial cuyas disposiciones, bien o mal aplicadas, no interesan al régimen federal»[61].

Resulta claro que para el Tribunal, el interés público está encabeza de los usuarios –consumo diario de una población– que debe ser abastecida por el ferrocarril, sin posibilidad de convenir las tarifas.

4. CONCLUSIÓN

Servicio público, entonces y en mi opinión, es toda actividad económica, regular, continua y uniforme, que persigue el propósito público de satisfacer eficazmente las necesidades materiales colectivas a cuyo aseguramiento está obligado el Estado, tanto a través de la prestación *per se* o por particulares delegados, para alcanzar el bienestar general, y cuyo sujeto acreedor es el contribuyente del erario público, titular del derecho fundamental al acceso al servicio y como usuario a la presta-

[61] «Alberto S. Carvalho contra la Empresa del Ferrocarril Central Buenos Aires, sobre devolución de fletes», de fecha 14 de noviembre de 1938, Fallos: 182:198.

ción efectiva del mismo, con preponderancia de sus intereses económicos con relación al sistema de potestades estatales y los derechos del prestador privado del servicio, en un régimen especial de Derecho Público.

Por lo tanto, el concepto de servicio público, con la reforma de la Constitución de 1994, no es autónomo o enteramente disponible para el legislador *latu sensu*. Sino que está supeditado al sistema de derechos del contribuyente-usuario prescritos por el artículo XXXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 42 de la CN.

El ámbito de aplicación de las normas mencionadas es federal, esto es, debe integrar todas las constituciones provinciales en caso de ausencia de regulación, y, aun si éste fuera el caso, prevaleciendo por sobre lo que disponga la norma provincial en contrario.

La pretensión de este trabajo, finalmente, no ha sido otra que la de fortalecer el intento de establecer un nuevo punto de partida en nuestra disciplina. No de llegada. Éste debería permitir una nueva discusión sobre el, hasta ahora perdurable, servicio público, alejada de toda ideología y que tienda a una estricta vinculación con el ordenamiento positivo. Que así sea.