

La tensión del concepto de servicio público

Extraviado entre normas constitucionales



Lorena Letto

Introducción

Un término muy usado y con un alcance quizás indefinido es el concepto de servicio público.

Así, a la hora de pensar cuál es el alcance del concepto cuando catalogamos una actividad como servicio público, si primero no tenemos cierta noción de qué queremos decir con el concepto, difícilmente nos sirva decir que tal o cual actividad es servicio público sin saber en los hechos concretos a qué nos referimos con dicha catalogación. En este trabajo se pretende, en ese sentido, darle cierto contorno a este concepto.

La Constitución Nacional y su artículo 42

Al analizar el marco normativo donde se encuadra el concepto de servicio público, es necesario y determinante comenzar por nuestro texto más importante, esto es, conforme la reforma constitucional de 1994, la Constitución Nacional –principalmente el incorporado artículo 42– y los tratados internacionales de derechos humanos, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales.

Una de las reformas constitucionales efectuadas en 1994 es la incorporación de derechos de usuarios y consumidores en el artículo 42. Mertehikian sostiene que

producto de la reforma de 1994, contiene una suerte de mandamiento dirigido a todas las autoridades de cualquiera de los órdenes en que nuestra Nación se encuentra organizada y cualquiera sea también su lugar institucional en el reparto de competencias (legisladores, administradores y jueces), que los obliga a adoptar las acciones positivas necesarias para garantizar los derechos de los consumidores y usuarios en sus múltiples facetas (Mertehikian, 2013: 2).

Acota posteriormente que

dicho mandato resulta superador de la naturaleza del prestador, esto es, la protección constitucional se dirige al sujeto beneficiario –consumidor o usuario– independientemente de quien brinde la prestación de que se trate. Es así que a partir de la reforma constitucional ninguna razón es dable esgrimir para impedir que el ejercicio de las competencias de fiscalización y regulación, que el texto constitucional pone en cabeza de entidades específicamente creadas, tenga también como destinatarias a las organizaciones empresariales de propiedad del sector público o privadas, cuyo cometido sea la prestación de un servicio público o el desarrollo de una actividad de interés general (Mertehikian, 2013: 2).

Como bien sostiene González Moras,

las normas finalmente adoptadas, cuyo eje es el art. 42 de la Constitución nacional (arts. 41, 42, 43 y 75, inc. 22), en lo que hace puntualmente a la regulación de los derechos y garantías vinculados con el servicio público, no vinieron a replicar el esquema conceptual que inspiró a la ley de “reforma” del Estado 23.696 (González Moras, 2017: 296),

eludiendo el principio de subsidiariedad allí expuesto y permitiendo, entonces, que los servicios sean prestados por el Estado.

La Ley N° 23696, a la que hace referencia el autor, establece el paradigma de un Estado que se retira de la prestación del servicio público, pero es para comenzar a regular el mismo por medio de entes creados a tal fin. Mas luego, conforme reforma de 1994, este retiro no es ni obligatorio ni necesario para la existencia de un servicio público. Así, el considerando 14 del fallo NSS (CSJN, 2014), sostiene que

al respecto no puede dejar de considerarse que la Constitución Nacional, con el objeto de la protección de los derechos de consumidores y usuarios, impone a las autoridades el deber de proveer a “la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

y dispone que la legislación establecerá “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” (art. 42). Como se observa,

en modo alguno el texto constitucional determina que resulte una característica esencial de los servicios públicos que éstos deban ser prestados por entes estatales ni en condiciones monopólicas. *El constituyente de 1994 ha contemplado los servicios públicos poniendo el acento en el interés y en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, tal como resulta de manera elocuente, por lo demás, del primer párrafo del citado art. 42; y ha dejado librado al criterio del legislador –siempre que se asegure la calidad y eficiencia del servicio bajo un marco regulatorio adecuado y con organismos de control pertinentes– determinar la naturaleza de la persona o personas –estatal, pública, mixta o privada– que tendrán a su cargo la prestación del servicio y las condiciones bajo las cuales se la llevará a cabo* (CSJN: “NSS S.A. c/ GCBA s/ proceso de conocimiento, el resaltado es propio).

Se puede decir, entonces, que el artículo 42 cataloga como derechos constitucionales a los derechos de los usuarios, con los alcances del texto referido.

La irrupción del artículo 42 en la Constitución Nacional permite concluir que, en tanto status constitucional, los derechos de los usuarios deben armonizarse con los derechos de propiedad, y los otros previamente garantizados. Entonces, no podrá, bajo pretexto de defender el derecho a la propiedad, menoscabar el derecho de los usuarios.

En síntesis, la constitucionalización de los derechos de los usuarios de los servicios públicos permite equiparar sus derechos –y la obligación de balancearlos– con los demás derechos constitucionales.

González Moras entiende que “El art. 42 de la Constitución nacional proyecta al usuario como nuevo “sujeto” de derechos constitucionales [...] [transformando al Estado] en “deudor” del servicio público y, específicamente, de los derechos y garantías que se acuerdan al usuario en la relación de consumo” (González Moras, 2017: 292). En suma, prosigue el autor, que “los derechos y garantías consagrados en el art. 42 de la Constitución nacional, se erigen en un ejemplo de especificación de derechos a favor de un sujeto al que se le confiere un inédito estatus constitucional: los usuarios” (González Moras, 2017: 297).

Entonces, como primera aproximación a la definición podemos concluir que la constitucionalización del sujeto usuario permite entender que asiste a este colectivo el derecho a la existencia de los servicios públicos para su efectivo uso. Regulándose estos con normativas emanadas del poder legislativo que fijan las pautas de funcionamiento, las que luego servirán para determinar si el servicio se presta adecuadamente o no.

Monopolios naturales

Ahora bien, el artículo 42 tiene otro aporte esencial al tema, que es la obligación de controlar los monopolios naturales. Al respecto, y a modo de resumen, la “situación clásica de monopolio natural surge cuando por razones de eficiencia técnica es aconsejable limitar el número de productores en un mercado” (Rodríguez Romero, 1993: 20). Entonces, el monopolio natural se configura en ciertos casos, muchas veces vinculados a los servicios públicos, cuyas prestaciones requieren una inversión de tal magnitud, con altos costos fijos, que desaconsejan diversificar el servicio en más de un prestador. Esto implica la concentración de la producción y/o la prestación del servicio a cargo de una única empresa en determinada zona geográfica establecida, ya que en términos económicos resulta más eficiente; de lo contrario, por ejemplo, la

duplicación del capital fijo que se derivaría de la existencia de más de una empresa en el mercado supondría, por lo tanto, un desperdicio de recursos, en el sentido de que cualquier situación de equilibrio obtenida con dos o más empresas podría lograrse con un menor coste con la existencia de una única empresa (Rodríguez Romero, 1993: 21).

Alé Yarad entiende que

Estas economías de escala se traducen finalmente en que, en la medida que exista una única empresa productiva operando en una zona geográfica determinada, dicha empresa tendrá costos económicos inferiores a los que tendría si además existiera otra firma operando simultáneamente¹ en esa misma zona (Alé Yarad, 1990: 167).

Finalizando:

En consecuencia, y dado que operar una única empresa en el mercado es más barato en términos económicos unitarios que hacerlo con dos o más empresas de la misma naturaleza –hecho provocado por la presencia de las economías de escala– la situación de equilibrio óptimo de largo plazo converge a la existencia de una única empresa.

¹ Si existiera más de una red de gas, o de agua y cloacas en un mismo edificio, el costo para cada una de las empresas sería igual de elevado, dividiéndose los usuarios entre las distintas empresas.

Por su parte,

Se llama monopolio natural a una situación particular en una rama de la producción que se caracteriza por una combinación específica de las funciones de costos y demanda, y que permite que un bien determinado sea producido por una única firma sin la existencia de trabas legales de ningún tipo para la libre entrada y la obtención de beneficios; lo que representa una situación coyuntural que puede desarticularse fácilmente por factores exógenos, en particular, por modificaciones en la demanda del producto (Accinelli y Tenorio, 2012: 103).

En suma, es un monopolio natural todo servicio que es más costoso si se presta en competencia que en monopolio. Es en estos casos donde parte de la doctrina entiende que corresponde –al no poder prestarse el servicio en competencia– extraer dicha actividad del mercado y someterla al máximo nivel de regulación económica, esto es, el servicio público. Ello, debido a la alta inversión inicial, no generándose al desmonopolizar un mayor beneficio ni para prestadores, ni para usuarios. Es entonces cuando, al existir un monopolio natural, el Estado regula para evitar que desde la posición dominante el proveedor del servicio establezca un margen irrazonable de ganancia en detrimento de los usuarios cautivos. Dicho de otra manera, regular el margen de ganancia de aquel que presta la actividad en monopolio; es decir, sin competencia.

Pero entonces, el monopolio natural, ¿es condición necesaria para una fuerte regulación del Estado o solo uno de los mandatos posibles para regular que establece el artículo 42?

Porque, justamente, los monopolios naturales se plasman –muchas veces– en actividades relacionadas con el ejercicio de derechos humanos relacionados con las condiciones de hábitat y vivienda (acceso al agua, electricidad y gas), del derecho al trabajo (por medio de un transporte accesible), entre otros.

Es entonces donde juega un lugar muy destacado el rol que, desde distintas perspectivas, debe tener el Estado. Así, Orlansky entiende que

a partir de la reforma constitucional de 1994, para la generalidad de las actividades económicas, la competencia, y, por tanto, la libertad de acción y el ‘mercado’, son imperativos de la mayor jerarquía legal, independientes de los sucesivos gobiernos y de la orientación política y económica que los inspiren. Solo cabría exceptuar contados casos de sectores excluidos total o parcialmente de la competencia por regulaciones verticales particulares para cada caso, que en la terminología del constituyente podrían denominarse “servicios públicos” (Orlansky, 2013: 6).

Es interesante la mirada de Barra, en tanto hace una clasificación, que nace de la libertad negocial, para luego ir hacia mayores regulaciones del Estado. Primero, al reglamentar las leyes, en tanto “aque-

lla regla tiene límites; la autorización de los límites está también en la Constitución: los derechos se ejercen de acuerdo a las leyes que lo reglamentan”. Así, el autor encuentra un primer nivel, la libertad negocial, donde el autor ve la regla.² Luego, en el segundo nivel, se encuentra “un límite de orden público, de aquello que el legislador quiere incorporar forzosamente en la relación jurídica” (Barra, 2005: 51). Es un límite negativo, que marca lo que no puede hacerse, tornando ineficaz el contrato suscripto incumpliendo estos mandatos.³ El tercer nivel sería cuando el Estado, en el afán de proteger un bien determinado, establece reglas a cumplir. Es lo que se suele denominar, según el autor, normas de policía. Esto es, protegiendo el interés público transformándolo en orden público, quitándole eficacia a cualquier norma que lo afecte. El cuarto nivel, siguiendo este listado de Barra, es aquel donde, si bien se respeta la libertad negocial, el Estado quiere orientar la conducta de los particulares hacia determinada finalidad, entonces los alienta. Es lo que solemos denominar fomento. Finalmente, en el quinto nivel, con la mayor restricción, “en el que el Estado también quiere la actividad, las relaciones jurídicas de los particulares, esté orientada en un determinado sentido. No son prohibiciones, sino mandatos, obligaciones de hacer tal cosa, de actuar de tal manera”. Es en estos casos en donde encontramos el servicio público, en tanto el Estado considera que es una actividad sometida al derecho público –independientemente de quién la preste–, y que busca efectuar prestaciones a los ciudadanos (Barra, 1982: 4).

Del otro lado, en países como Cuba, en donde el rol y la presencia del Estado en la economía es casi total, el porte estatal en materia de servicios públicos es muy alto, a tal punto que se perciben valores irrisorios⁴ por los transportes, que evidentemente no pretenden cubrir los costos del servicio en materia de salarios, combustibles, etc. Es allí donde Galindo Rodríguez y Antúnez Sánchez sostienen que

El servicio público constituye una de las formas de la actividad administrativa más discutidas y empleadas históricamente para solventar necesidades generales o colectivas. A pesar de mostrarse diferente, este tipo de actividad a lo largo de la historia ha permitido dar solución a determinados problemas y necesidades sociales que de otra forma no pudieran ser resueltos; permitiendo a la Administración Pública garantizar al menos un mínimo vital a los individuos, independientemente de quien sea el sujeto prestador de la actividad —gestión directa o indirecta—, llegando a trascender según criterios de autores entendidos en la materia, como el eje central del derecho público, considerándolo como “el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos” (Jèze, 1948) (Galindo Rodríguez y Antúnez Sánchez, 2013: 117).

En suma, en Cuba se entiende que el fuerte aporte del Estado en las tarifas es la garantía de acceso real al servicio público. Es lógica esta mirada, en tanto el Estado con su economía centralizada también garantiza –o busca garantizar– el resto de los derechos desde su gestión.

2 A modo de ejemplo, es cuando dos partes se reúnen y acuerdan libremente las cláusulas contractuales, tipo de servicio, modalidad de pago, etc.

3 Nivel en donde encontramos los contratos prohibidos por cláusulas contrarias al orden público.

4 Dos centavos de dólar el Transporte Urbano, por ejemplo. Fuente: <https://www.hicuba.com/guaguas.htm>

Ahora bien, si teníamos alguna duda de la necesidad del requisito de monopolio natural para catalogar a una actividad como servicio público, no basta más que remitirse al Decreto N° 690/20 (DNU),⁵ en donde se incorporan como servicios públicos en competencia a las TIC y a la telefonía móvil. Si bien el Decreto fue judicializado, no es obstáculo para entender que esta mirada de los servicios públicos es, al menos, opinable.

El aporte de la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos

Podemos entender que conforme la jerarquización constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos realizada en la reforma de 1994, una forma de materializar estos derechos es quitando del mercado a aquellas actividades que, libradas a la regulación entre privados, lejos estén de garantizar derechos básicos.

Ya en la reforma de 1957 de la Constitución Nacional se estableció como derecho constitucional el acceso a una vivienda digna. Dicho derecho es reforzado por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que sostiene en su apartado 1) que

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona *a un nivel de vida adecuado para sí y su familia*, incluso alimentación, vestido y *vivienda adecuados*, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento (el resaltado es propio).

Por su parte, el artículo XXXVI de la mencionada Declaración Americana establece: “Deber de pagar impuestos: Toda persona tiene el deber de pagar impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”. Si bien pareciera ser que en este caso el concepto servicio público es más abarcativo que el que nosotros entendemos y desarrollamos en el presente trabajo, la idea es que el Estado –al recibir esos impuestos– debe proveer a los ciudadanos de servicios que le garanticen cierto estándar mínimo de vida. Por su parte, el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador, aprobado en nuestro país por la Ley N° 24658, establece: derecho a un medio ambiente sano. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano *y a contar con servicios públicos básicos*” (el resaltado es propio).

Por lo tanto, se repite el concepto del acceso a servicios básicos como garantía de condiciones dignas de vida.

⁵ Ver <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-690-2020-341372/texto>

Salomoni entiende que

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 (Salomoni, 2003/2004: 387).

González Moras concluye entonces que

Dotando al concepto de servicio público de entidad y validez de derecho internacional, se advierte que en caso de afectación del mismo, el Estado argentino podría ser responsable ante la comunidad de Estados que han suscripto dicho Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (González Moras, 2017: 370).

A modo de conclusión

Retomando el desafío que nos hacíamos al inicio del presente trabajo, podemos concluir que, a la hora de determinar el concepto de servicio público:

Debemos tener en cuenta que es una actividad en donde los usuarios gozan de derechos constitucionales a ser protegidos.

Que los tratados internacionales de derechos humanos incorporaron con fuerza constitucional mayores derechos vinculados con el acceso a una vida y vivienda dignas.

Que su vinculación con el concepto de monopolio natural es relevante, en tanto son actividades que en numerosos casos tienen estrecha relación con actividades que propician el acceso a vivienda digna, entre otros, pero no excluyente, pudiendo existir servicios públicos que no tengan este requisito.

Que en tanto actividad necesaria para el desarrollo humano debe ser regulada –buscando ser garantizada– por el Estado.

Con estas premisas, podemos pensar en definiciones que contengan o, al menos, no contradigan, lo aquí expresado.

Bibliografía

- Alé Yarad (1990). Estadoempresario y privatización en Chile. *Cuadernos Universitarios*. Universidad Nacional Andrés Bello.
- Accinelli, E y Tenorio, L. (2012). Monopolios naturales y tecnología. *Revista de Economía*, 1, 99-115.
- Barra, R. C. (1982). Hacia una interpretación restrictiva el concepto jurídico de servicio público. *Revista Jurídica La Ley*, 1982-B, p. 363.
- Barra, R. C. (31 de agosto de 2005). Entes reguladores: en camino de su delimitación institucional. *Revista Jurídica de Jurisprudencia Argentina*, III Número especial, El caso Ángel Estrada, Lexis Nexis, p. 12.
- Galindo Rodríguez, Y. y Antúnez Sánchez, A. F. (2015). El servicio público en Cuba. Una visión hacia la actividad del empresario mercantil en la actualización del modelo económico. *Documentos y aportes en administración pública y gestión estatal*. Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-37272015000200005&script=sci_abstract
- González Moras, J. M. (2017). *El servicio público como derecho social*. La Plata: Editorial de la Universidad Nacional de La Plata.
- Mertehikian, E. (2013). El artículo 42 de la Constitución Nacional en la última década: sus mandatos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista de Derecho Público*, 1994-2016, 195-215.
- Orlansky, L. T. (2013). La defensa de la competencia desde el derecho público. Su diseño institucional, su interacción con otras formas de intervención estatal en la economía y el procedimiento aplicable. Recuperado de <https://www.rafyalaw.com/articulos/1743360930.pdf>
- Rodríguez Romero, L. (1993). La teoría clásica de la regulación de monopolios naturales. *Revista de Economía*, 723, 19-34.
- Salomoni, J. L. (septiembre de 2003/abril de 2004). El concepto actual de servicio público en la República Argentina. *Documentación Administrativa*, 267/268, 367-393.