

# La actividad de interés general y el servicio público

## Aproximaciones y posibilidades en el derecho público argentino

Ezequiel Alejandro Volpe\*

### Introducción

El objeto de este trabajo final será plantear algunas de las características centrales de la categoría de “actividad de interés general” y su vínculo con el concepto de “servicio público”, en tanto este último resulta ser de vital importancia en el derecho público argentino.

En este sentido, se observará que mientras la noción de servicio público continúa teniendo vital importancia en el derecho administrativo de nuestro país, en otras latitudes –como sucede en la Unión Europea– se ha comenzado a desarrollar la categoría de actividad de interés general, para referir a la forma en que el Estado regula determinados sectores de la economía a los que se les asigna gran relevancia en términos sociales.

Ahora bien, más allá de intentar responder a la pregunta principal de la consigna propuesta, *¿Existe la actividad de interés general como categoría diferente al servicio público?*, la cual se intentará abordar desde diferentes puntos de vista posibles, creemos que resulta interesante plantear que, incluso más allá de los posibles *nomen iuris* o denominaciones jurídicas, los debates vinculados a la noción de actividad de interés general ya se encuentran presentes en el derecho administrativo argentino e incluso han tenido recepción normativa, como ha sucedido con la categoría del “servicio público en competencia” introducida a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Decreto N° 690/2020.

\* UNPAZ.

Más allá de las disquisiciones estrictamente jurídicas que pudieren efectuarse, entendemos a los fines de este trabajo que el debate más interesante, exigente y de fondo tiene que ver con las controversias públicas existentes en lo relativo a cuál debe ser la relación entre el Estado y los mercados, así como cuál debe ser el nivel de intervención del Estado sobre la economía.

Así las cosas, se observa en forma preliminar que tanto el desarrollo de la noción de actividad de interés general en el ámbito europeo como de la categoría de servicio público en competencia en el derecho argentino obedecen a la demanda social de interpretar y canalizar nuevas formas en que el Estado se relacione con los actores de los mercados, en la manera más eficiente para el funcionamiento de estos últimos pero también más justa e inclusiva para los usuarios, cuando refiere a servicios y actividades que tocan un nervio social de gran sensibilidad, como sucede cuando se encuentra involucrada la realización de los derechos básicos y fundamentales o, también, cuando se trata de garantizar un nivel aceptable de acceso a nuevos paradigmas susceptibles de reconfigurar nuestro entendimiento del mundo, como sucede con las Tecnologías de la Información y la Comunicación (ver, por caso, el citado Decreto N° 690/2020 en contexto de pandemia).

De este modo, intentaremos en este trabajo aproximar una respuesta a la pregunta principal consignada para de este modo reflexionar acerca de las maneras más eficientes e inclusivas de interferencia entre el Estado y el sector privado, principalmente en mercados donde hay mucho más en juego que la mera obtención de ganancias.

## **Aproximación a la categoría de actividad de interés general**

Como señaláramos en el acápite introductorio, resulta elemental tomar en consideración que la categoría que nos ocupa se ha desarrollado principalmente en el derecho comunitario europeo.

A su vez, esta categoría se ha desarrollado a nuestro juicio con dos finalidades preponderantes: hallar nuevas formas de interacción entre el Estado y los actores de los mercados; y concebir una categoría jurídica lo suficientemente amplia para contener diferentes visiones ideológicas sobre la relación entre el Estado y la economía, tendiendo teleológicamente a una paulatina uniformización.

En el sentido expuesto, leemos entonces en la doctrina que la noción de Actividad o Servicio de Interés General en el Derecho Comunitario Europeo,

Puede constituir una base para la construcción de un concepto de servicio público, jurídico, autónomo, de carácter global [...] sobre estas bases, la noción de Servicio de Interés General puede ser adaptada a las diferentes corrientes existentes en materia de servicios públicos y especialmente, puede ser capaz de evolucionar al ritmo de los diferentes cambios que se producen en cada sociedad en particular y en el mundo global en general (Rincón Salcedo, 2008).

De esta manera, se observa en primer término que la categoría de Actividad o Servicio de Interés General construida en el derecho comunitario europeo pretende trascender la concebida estrechez de la noción de servicio público, caracterizada por un marcado tinte legalista y tenida por uno de los máximos niveles de intervención del Estado sobre los mercados.

En la misma línea que expusieramos en la introducción, creemos que resulta imposible pensar las categorías de actividad de interés general y de servicio público prescindiendo de determinadas cosmovisiones políticas que caracterizan a los proyectos que construyen cada una de estas categorías.

En esta inteligencia, mientras el servicio público se encuentra históricamente vinculado a la doctrina administrativista francesa de tinte marcadamente publicista, la categoría de actividad de interés general se ha construido en el marco de la Unión Europea, donde la premisa no resulta exclusivamente la tendencia a la homogenización, sino también a la libre circulación de personas y bienes, axioma habitualmente atribuido a las visiones liberales con menos carga publicista.

De este modo, no es de extrañar que en este ámbito se pretenda a través de la categoría bajo estudio dos cuestiones fundamentales: tornar más eficiente la intervención del Estado sobre la economía, alejando los niveles de intervención de los máximos posibles, y crear concepciones suficientemente amplias para equilibrar las pretensiones de uniformización normativa con una armónica convivencia con las distintas tradiciones jurídicas existentes hacia adentro del proyecto comunitario.

Ahora bien, sin perjuicio de los rasgos de políticas públicas que estimamos fundamentales para estudiar este asunto, creemos que resulta menester aproximarnos a qué se entiende por actividad de interés general.

En este orden, es posible leer que según la Comisión Europea:

Los servicios de interés general son aquellos que las administraciones públicas de los Estados miembros de la UE consideran como tales y que, en consecuencia, están sujetos a obligaciones específicas de servicio público. Pueden prestarlos tanto el Estado como el sector privado (s./f.).

En virtud de esta definición, que reviste gran importancia por el carácter oficial de la fuente, observamos que el servicio o actividad de interés general: 1) es aquel considerado como tal por cada Estado miembro de la Unión Europea; 2) está sujeto a obligaciones de servicio público; 3) puede ser prestado por el Estado y por el sector privado.

De este modo, se desprenden de la definición oficial algunas de las características principales que mencionáramos previamente. Fundamentalmente, creemos que existe una enorme amplitud en la categoría que le permite amoldarse a las peculiaridades de cada tradición jurídica nacional y, a su vez, una concepción colaborativa entre el sector público y el privado, según la cual ambos resultan competentes para prestar aquel servicio cuya relevancia socioeconómica se tiene por primordial para el Estado miembro.

Respecto a este segundo punto, leemos en la doctrina que la posibilidad de prestar un servicio en competencia sujeto a determinadas obligaciones jurídicas resulta consustancial a la actividad de interés general. Así, se observa que

La STS de 24 de enero de 20XX (RJ 20XX/331) señala que mientras la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales constituye la esencia del servicio público (art. 128.2 CE), el interés general supone una subordinación al mismo que trae consigo limitaciones de carácter especial, permitiendo la prestación de un servicio en libre competencia pero condicionada a obligaciones concretas (Parejo Alfonso, 2004).

En este sentido, se verifica entonces que para el Tribunal Supremo español existe una diferencia fundamental entre la categoría de servicio público y de actividad de interés general: mientras en el primero de los casos los “recursos o servicios esenciales” se reservan al sector público, en el segundo es posible la prestación del servicio en libre competencia con determinadas condiciones de obligaciones jurídicas, que guardan ahora sí mayor similitud con el servicio público como lo conocemos en el derecho administrativo argentino.

Ahora bien, estimamos pertinente resaltar nuevamente una cuestión que se desprende de las fuentes consultadas: la categoría comunitaria europea de actividad o servicio de interés general no impone la prestación del recurso o servicio en libre competencia, o con algún grado de competencia, sino que la permite. Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo español al definir esta categoría en términos de “permitiendo la prestación de un servicio en libre competencia pero condicionada a obligaciones concretas”.

Nuevamente, lo que observamos es la pretensión de amplitud y contención por parte de la categoría de actividad de interés general. De este modo, creemos que el derecho comunitario europeo no pretende necesariamente descartar la noción de servicio público, pero sí trascenderla y moldearla a los paradigmas de integración regional; paradigmas que, no es ocioso insistir, se encuentran íntimamente vinculados a principios de libre mercado y libre competencia, que redundan en el axioma de la mayor amplitud posible en la libre circulación de personas y bienes.

De esta manera, ha sostenido la doctrina que la noción de actividad o servicio de interés general contiene las concepciones más amplias y las más estrictas de la tradicional categoría de servicio público, también conocidas como funcionales y formales, respectivamente.

En el orden expuesto, observamos en Parejo Alfonso (2004) que

En la categoría comunitaria genérica de “servicio de interés general” tienen cabida las dos variantes fundamentales del servicio público, desde luego la funcional o amplia (que es la que responde a la perspectiva que es propia del Derecho comunitario europeo), pero dentro de ésta también la formal o estricta (por ser admisible la reserva en régimen de monopolio a favor del sector público).

Así las cosas, en virtud de las referencias relevadas, es posible concluir que la categoría de actividad o servicio de interés general –que, sin dudas, difiere en sus alcances y postulados principales de la categoría de interés público, sin perjuicio de pretender contenerla– otorga a los Estados miembro de la Unión Europea una amplia gama de herramientas para establecer las formas y grados de interacción entre el Estado y los mercados donde tienen lugar actividades socialmente preponderantes.

A modo de síntesis, se observa lo aseverado por Parejo Alfonso (2004) respecto a las amplias posibilidades que la categoría de actividad de interés general otorga a los Estados en sus formas de interactuar con los mercados:

La gama de las soluciones posibles es variada, pues el interés general demanda exclusivamente la “corrección” –conforme al principio de proporcionalidad– de las insuficiencias del mercado y, apelando a la responsabilidad última estatal, pone en manos del poder público potestades concretas y graduadas de intervención en el mercado, cuya manifestación más significativa es la imposición de obligaciones justamente de servicio público, hasta alcanzar la llamada obligación de servicio universal. La realización de este servicio público objetivo o funcional se produce a través de técnicas variadas: la regulación-reglamentación del sector; la declaración del interés público concreto con compensación de sus consecuencias económicas (subvención); o la restricción variable del mercado (derechos especiales).

De este modo, hemos intentado en este acápite exponer las notas esenciales de la actividad de interés general en tanto ha sido construida como categoría del derecho comunitario europeo. En virtud de ello, intentaremos seguidamente pensar cómo esta categoría ha impactado en forma directa o indirecta en el derecho administrativo argentino, así como reflexionar acerca de cuáles son las posibilidades de imaginar nuevas formas de interacción entre el Estado y los mercados en nuestro derecho público.

## **El servicio público en competencia en el Decreto N° 690/2020 y sus puntos de contacto con la actividad de interés general**

Hemos observado en el capítulo anterior que la actividad de interés general importa una categoría que abre las puertas a diferentes concepciones sobre el servicio público e incluso a diferentes matices en lo relativo a la regulación del Estado sobre la economía y los mercados.

A fin de pensar qué significa un servicio público en competencia y cómo se vincula con los debates existentes en el derecho comunitario europeo respecto a la actividad de interés general, cabe analizar en primer término cuáles son las concepciones más difundidas en nuestra doctrina sobre la categoría clásica de servicio público.

Así las cosas, existen diferencias concepciones doctrinales sobre el servicio público, algunas de las cuales prevén la posibilidad de prestación por parte del particular o administrado, y otras que no.

En este orden, observamos por ejemplo la definición de Marienhoff (1970), citado por Cuestas (2023), quien califica a los servicios públicos como:

Toda actividad de la administración pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el presupuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal.

Sin embargo, existen otras concepciones del servicio público que conceptualizan al mismo exclusivamente dentro del ámbito de prestación de la actividad por parte de la Administración, sin mención a los particulares o administrados.

En este sentido, siguiendo con el relevamiento de definiciones de autores administrativas que efectuará Cuestas (2023):

Bielsa definía a los servicios públicos como “toda acción o prestación realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía”. Por otra parte, Villegas Basavilbaso definía al servicio público como “toda actividad directa o indirecta de la administración pública, cuyo objeto es la satisfacción de las necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público”. A su vez, Díez consideraba servicio público a “la prestación que efectúa la administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general”.

De esta manera, se observa a las claras que en la doctrina administrativista argentina conviven diferentes concepciones del servicio público en lo relativo al titular de la prestación: mientras algunos autores habilitan la intervención de los particulares o administrados en la prestación (en forma más similar a lo que sucede con la categoría europea de actividad o servicio de interés general), otros se atañen más bien a la conceptualización clásica que pone el servicio público en cabeza exclusiva de la Administración, sin perjuicio de la posibilidad de participación privada a través del contrato administrativo de concesión.

En términos de Cuestas (2023), se verifica entonces que

la noción “servicio público” es cambiante, mas es factible afirmar que se trata una intensa forma de intervención del Estado en actividades económicas en las que por cuestiones de interés general se justifica un régimen exorbitante por parte de este.

Ahora bien, lo que en todos los casos define al servicio público son sus caracteres principales “que la doctrina ha identificado como: continuidad, regularidad, generalidad, uniformidad o igualdad, y obligatoriedad” (Cuestas, 2023).

Sin perjuicio del contenido de estos caracteres, que trascienden al objeto de este trabajo, es pertinente señalar que tanto la calificación de servicio público como la noción de actividad o servicio de interés general traen aparejada la aplicabilidad de los mismos, que deberán garantizar ciertos estándares en la prestación, más allá del tipo de participación y/o intervención del Estado sobre el mercado de que se tratare.

Al respecto, cabe recordar la definición de la Comisión Europea de la actividad de interés general, según la cual estos “están sujetos a obligaciones específicas de servicio público” y, a la vez, “pueden prestarlos tanto el Estado como el sector privado”.

Llegados a este punto del análisis, nos interesa traer a colación la categoría de “servicio público en competencia”, que fuera receptada en nuestro derecho mediante el Decreto N° 690/2020, el que a su vez fuera derogado durante este año mediante el Decreto N° 302/2024.

En este sentido, el Decreto N° 690/2020 establecía en su artículo 1 que se incorporaría como artículo 15 de la Ley N° 27078 de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones el siguiente texto:

se establece que los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia.

De este modo, se introducía en el derecho positivo argentino la noción de que un servicio público puede ser prestado por particulares, en competencia, dentro de un determinado mercado. Ahora bien, sin perjuicio de su prestación por particulares conforme los mecanismos de mercado, la calificación de servicio público tornaría aplicables los caracteres enumerados previamente.

En esta misma inteligencia, establecía el artículo 2 del Decreto, en tanto sustituyó el artículo 48 de la Ley N° 27078, que

Los licenciatarios y las licenciatarias de los servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) fijarán sus precios, los que deberán ser justos y razonables, deberán cubrir los costos de la explotación, tender a la prestación eficiente y a un margen razonable de operación. Los precios de los servicios públicos esenciales y estratégicos de las TIC en competencia, los de los prestados en función del Servicio Universal y los de aquellos que determine la autoridad de aplicación por razones de interés público, serán regulados por esta.

De este modo, se observan en el decreto luego derogado un par de cuestiones fundamentales: en primer término, que el concepto de servicio público excede así los lineamientos clásicos o tradicionales, habilitando su prestación en competencia por particulares o administrados, en forma similar a la definición de Marienhoff y a la definición de actividad de interés general, de la Comisión Europea; en segundo lugar, que la autoridad de aplicación conserva facultades para regular los precios de estos servicios, sin perjuicio de que los precios serán fijados a priori por los licenciatarios y licenciatarias, dentro de determinados parámetros consignados en la norma.

Al decir de González Moras (2020), “que [...] ese servicio público sea prestado en competencia, es decir, de manera desmonopolizada, resulta no sólo posible sino también deseable en los términos del art. 42 de la Constitución Nacional”.

En este orden de cosas, se observa que la categoría de servicio público en competencia guarda enorme similitud con la categoría de actividad de interés general conceptualizada por la Comisión Europea, fundamentalmente en los siguientes aspectos centrales: 1) la titularidad puede estar en cabeza de los particulares; 2) la actividad puede ser prestada en competencia; 3) resultan aplicables las obligaciones características de servicio público.

Así las cosas, sin desmedro de las discusiones relativas a si es posible el servicio público en competencia o si esta concepción trasciende las fronteras de la categoría de servicio público (ver, por ejemplo, la conversación con Juan Stupenengo, incorporada al Campus Virtual, a partir del minuto 20), se observa que la figura que se pretendió regular mediante el Decreto N° 690/2020 se encuentra en consonancia con los elementos centrales de la actividad de interés general regulada en el derecho comunitario europeo.

En virtud de ello, no obstante las consideraciones finales que se ofrecerán a continuación, creemos que resulta auspicioso transitar sendas que permitan imaginar formas más eficientes e inclusivas de prestación de servicios de altísima trascendencia social, por lo que resulta necesario a su vez reflexionar acerca de las formas jurídicas más pertinentes a estos fines.

### **Consideraciones finales: ¿existe la actividad de interés general como categoría diferente al servicio público?**

A raíz de las fuentes consultadas y de los diferentes elementos teóricos y normativos que hemos observado a lo largo del presente trabajo, creemos que es posible dar una respuesta al menos somera a la pregunta disparadora de la consigna, a modo de consideración final.

En este sentido, consideramos que en términos teóricos sin lugar a dudas existe la actividad de interés general como categoría diferente al servicio público, al menos si entendemos esta última noción desde su concepción más clásica o tradicional.

Como hemos visto, la actividad de interés general como categoría del derecho comunitario europeo abre un abanico de posibilidades en la interacción entre el Estado y los particulares, trascendiendo los horizontes habituales del servicio público, aunque conteniéndolo y sosteniendo las obligaciones que le son inherentes, a fin de garantizar el acceso a la actividad o servicio.

Ahora bien, la actividad de interés general –que tiene incluso reconocimiento normativo en el derecho comunitario– no existe actualmente como categoría diferente al servicio público en el marco del derecho administrativo argentino. Al respecto, consideramos que lo más similar al reconocimiento normativo de la categoría de actividad de interés general en el derecho positivo argentino ha sido el servicio público en competencia, regulado en el ya abrogado Decreto N° 690/2020.

De cualquier manera, sea a través de la noción de servicio público en competencia o de actividad de interés general, parece posible y deseable crear nuevos mecanismos y marcos normativos. Ello, al efecto de adecuar la categoría tradicional de servicio público a las nuevas exigencias y demandas sociales, armonizando en la máxima medida posible los intereses privados y el interés público involucrado, y a los fines de hallar caminos de mayor eficiencia e inclusión en el acceso a los servicios de alta sensibilidad social y que se encuentran íntimamente vinculados a una distribución justa de los bienes y servicios en sociedad.

## Referencias bibliográficas

- Comisión Europea (s./f.). Servicios de interés general. Recuperado de [https://commission.europa.eu/topics/single-market/services-general-interest\\_es](https://commission.europa.eu/topics/single-market/services-general-interest_es)
- Cuestas, J. (2023). Hacia una regulación eficiente de las nuevas tecnologías. Especial referencia al caso de las empresas de redes de transporte. *Revista de Derecho Público*, (68).
- González Moras, J. M. (2020). El servicio público y las tecnologías de la información y las comunicaciones. *Palabras del Derecho*. Recuperado de <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/1762/El-servicio-publico-y-las-tecnologias-de-la-informacion-y-las-comunicaciones>
- Parejo Alfonso, L. (2004). Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, (7), segundo semestre.
- Rincón Salcedo, J. (2008). La noción de “Servicio de Interés General”: un elemento jurídico de base para la construcción de un derecho global. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (11), 203-224.
- Stupenengo, J. y Cormick, M. (diciembre de 2023). Conversaciones. Juan Stupenengo –Regulación de derechos– Regulación económica. *YouTube*. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=ZDboQ-zPWD9s>