

Extractado del libro **Hacia una Teoría General del Derecho del Transporte.**
Ed. Lerner. Córdoba 2012

Dr. Francisco Losada.

Abogado Facultad de Derecho, UNCuyo.

Dr. en Derecho y Cs. Sociales. Facultad de Derecho y Cs. Sociales UNCórdoba.

Profesor Titular de Derecho del Transporte, Lic. en Logística, Fac. de Cs. Económicas UNCuyo.

Profesor Adscrito Derecho del Transporte, Fac. de Derecho, UNCuyo.

Prof. Titular Derecho del Transporte y los Seguros Carrera de Abogacía de la UCongreso.

4.6. Los servicios públicos de transporte o la faz pública de la contratación del transporte.

Introducción.

Una cuestión que nos llamó la atención, es que en casi todas las obras nacionales, los temas públicos y privados del transporte se ven por separado, se tratan y se estudian en forma casi divorciada una de la otra tal como lo hemos expresado al hacer un pequeño análisis de la evolución doctrinaria en nuestro país.

De ahí, y entendiendo que el contrato no es igual según que prime la autonomía de la voluntad absoluta que la fuerte injerencia del Estado a través de una doctrina muy discutida, pero que existe, tal como es la de los servicios públicos, la cual ya hemos algo anticipado, puede ser aplicable o no a los contratos de transporte de pasajeros o de mercancías, cuestiones que habrá que dilucidar en función de la normativa existente, tanto en los planos locales, naciones e internacionales.

4.6.1. Evolución, noción y caracteres.

Enseña Escola¹, que “al principio las necesidades y exigencias que actualmente son atendidas por los servicios públicos, eran satisfechas por medio de prestaciones y servicios que estaban a cargo de los propios interesados, o de otros particulares. Así, por ejemplo, quien necesitaba trasladarse o viajar, o atender sus dolencias o enfermedades, debía procurarse por sí mismo, o medio de sus parientes o amigos, los medios indispensables para ello, o recurrir a otros particulares que se iban dedicando a cumplir tales cometidos, de manera más o menos completa y adecuada. Como resulta fácil comprenderlo, esas necesidades y exigencias fueron variando y acrecentándose con el tiempo, paralelamente al desarrollo de los distintos grupos sociales y al aumento de la complejidad general de sus relaciones internas y externas. La tendencia a mantener en manos privadas la prestación de los servicios a los requerimientos existentes, que parecía como

¹ ESCOLA, Héctor J., Compendio de Derecho Administrativo, Ed. Depalma, Bs. As 1984, T 2, pág. 415 y ss.

una consecuencia natural del liberalismo económico y de la libertad política entonces surgiente, sólo comenzó a revertirse cuando se advirtió la importancia que tenían esos servicios y los inconvenientes que se derivaban de su ejecución por parte de quienes tenían, como meta natural, la obtención de un lucro o beneficio, que no siempre se compadecía con la índole propia de tal prestación”.

En efecto la noción de servicio público ha sufrido diferentes evoluciones doctrinarias y jurisprudenciales, desde quienes llegaron a considerarla como una institución, hasta las posturas más recientes que han limitado su alcance y noción². Así, Dromi³, resume diciendo que sobre el concepto de servicio público se han formulado diversas concepciones que son las orgánicas, la funcional – material, la teleológica o finalista y las mixtas, pudiendo en consecuencia sistematizarse las interpretaciones en torno a los servicios públicos en forma negativa, cuando se plantea su crisis conceptual y la extinción o inutilidad de su noción; en forma positiva, ya sea con una interpretación máxima (que entiende que el servicio público es toda actividad del Estado, cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado), sea una interpretación media (que reduce el concepto a toda actividad de la Administración), o bien mínima (que es una parte de la actividad administrativa).

Creemos necesario, hacer una pequeña introducción al concepto de servicio público en nuestro medio, el concepto en el derecho americano (public utilities) para poder analizar así las concepciones que se han dado en nuestra legislación, generando la mayor de las veces una confusión incomprensible más que una discusión doctrinaria.

Podemos dividir en tres períodos las diferentes posturas económico - legislativas que se han dado en nuestro país respecto de los servicios públicos.

El primero de ellos es el llamado policial y de fomento al que podemos ubicarlo en la primera mitad del siglo XIX con sus fines de hacienda, defensa, justicia, en un marcado entorno ideológico del liberalismo en el que rol de los particulares era fundamental y se caracterizaba por el fomento de actividades a cargo de aquellos.

² Sobre la evolución de las diversas teorías acerca de este tema, véase MALJAR, Daniel Edgardo, Intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1998; CITARA, Rubén Miguel, El Servicio Público, T 1, Ed. Ciencias de la Administración, Bs. As. 1995; SARMIENTO GARCÍA, Concesión de servicios públicos, Bs. As., Ciudad Argentina 1.996, además de los autores de obras generales de Derecho Administrativo ya citados, y los que se citan en el presente capítulo.

³ DROMI, Ob. cit. pág. 619 y ss.

La segunda etapa se encuentra marcada por una fuerte injerencia del Estado no sólo en la regulación, sino también en la explotación de los servicios públicos, hecho que llega a su mejor expresión con la sanción de la Constitución de 1949⁴

La tercera, se ubica a principios de los años '90 se inicia el llamado proceso de Reforma del Estado, el cual se traduce en un régimen de privatización de las empresas públicas. A su vez y con la sanción de la reforma constitucional de 1.994, durante este período se plasma la idea de transferencia de los servicios públicos y su control por parte de órganos independientes de la autoridad, llamados entes reguladores, con un particular acento en la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, debiendo actuar como órgano imparcial frente a estos, las privatizadas y el Estado.

⁴ Al respecto véase CASSAGNE, Juan Carlos Estudio Preliminar, en ARIÑO ORTÍZ: Gaspar: La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia, Ed Abaco, Bs. As 1 996, pág. 32 y SS.

Algunos autores de los cuales hemos tomado base para desarrollar nuestra definición como son Bielsa⁵, Villegas Basavilbaso⁶, Grecca⁷, Sayagués Laso⁸, Marienhoff⁹, Diez¹⁰, Canasi¹¹, Altamira¹², Escola¹³, Sarmiento García¹⁴, Dromi¹⁵, Maljar¹⁶ y Urrutigoity¹⁷.

⁵ BIELSA, Rafael; Derecho Administrativo, Quinta edición T 1, pág. 476, Ed. Depalma, Buenos Aires 1.956. sostenía que el servicio público en sentido lato, era “toda actividad pública o privada, regulada por la ley (ley, decreto, ordenanza, siempre que el órgano que la regule sea competente), con el objeto de satisfacer necesidades colectivas. Distinguía entre servicios públicos propios, que “son los que presta o debe prestar el Estado directamente o por concesionario”, de los impropios “que son aquellos que tienen de común con los propios satisfacer en forma más o menos continuas necesidades colectivas, pero no es el Estado quien los presta ni los concede, sino que tan sólo los reglamenta”. Finalmente, sostenía que servicio público propio era “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”

⁶ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, Derecho Administrativo, T 3, Ed. TEA, Bs. As. 1951, pág. 41. señalaba que eran servicios públicos “toda la actividad directa o indirecta de la administración pública, con el objeto de dar satisfacción de necesidades colectivas, por un procedimiento de derecho público”.

⁷ GRECCA, Alcides, Derecho y Ciencia de la Administración Municipal, Ed. de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé 1943, T 3, pág. 194, para quien la definición debía comprender tanto a los servicios públicos propios como impropios consistía en “toda prestación concreta del Estado o de la actividad privada, que tendiendo a satisfacer necesidades públicas, es realizada directamente por la Administración pública, o indirectamente por los particulares, mediante concesión, arriendo o una simple reglamentación legal, en la que se determinen las condiciones técnicas y económicas en que debe prestarse, a fin de asegurar su menor coste, efectividad y eficacia”.

⁸ SAYAGUÉS LASO, Enrique; Tratado de Derecho Administrativo, T 1, pág. 58 y ss. Montevideo, Uruguay, 1954, quien no compartía la distinción entre servicios públicos propios e impropios, lo definía como “el conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, mediante un régimen de derecho público”.

⁹ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, T 2, pág. 55 Abeledo Perrot, Buenos Aires 1966. También distinguía entre servicios públicos propios e impropios, llamándolos a estos últimos también virtuales. Dentro de los servicios públicos impropios ubicaba al servicio de taxi, entendía por servicio público a “toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades e intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal”.

¹⁰ DIEZ, Manuel María, Tratado de Derecho Administrativo, T 3, pág. 197, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires 1967, definía al servicio público como “la prestación que efectúa la administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general”. Tal definición la daba luego de excluir los denominados servicios públicos uti univertistas, dejando en consecuencia dentro de la noción a los servicios públicos uti singulis. Tampoco compartía la distinción de servicios públicos en propios e impropios, siguiendo a Sayagués Laso, que prefería denominar estas actividades como actividades individuales de interés público, y excluyéndolas en consecuencia del régimen de los servicios públicos.

¹¹ CANASI, José, Derecho Administrativo, T 2, pág. 19. Ed. Depalma, Bs. As. 1974, servicio público era “la actividad estatal, o bajo su control, que tiene por objeto reglamentar tareas de necesidad pública, cuya utilidad efectiva surge de la forma regular y continua de su prestación, conforme a una regla de derecho preestablecida por la autoridad competente de carácter público”.

¹² ALTAMIRA, Pedro, Curso de Derecho Administrativo, edición póstuma, Ed. Depalma, Bs. As. 1969, pág. 470, la definía como “aquella actividad técnica prestada por el Estado, directa o indirectamente, para satisfacer en forma permanente, regular y continua, necesidades concretas de interés general por el procedimiento del derecho público”. Por lo tanto empleaba el término servicios reglamentados para los servicios públicos impropios y gestión administrativa para los casos en que la Administración satisfacía necesidades generales por procedimiento de derecho privado.

¹³ ESCOLA, Héctor, ob. cit., T 1, pág. 435, nos decía que puede ser definido como “aquella actividad que es asumida por la administración pública, en forma directa o indirecta, a fin de atender la satisfacción de necesidades de interés público, bajo un régimen especial, predominantemente de derecho público”.

Así, entendemos que servicio público es toda actividad de prestación material, esenciales para la vida comunitaria, realizadas por el Estado o por su delegación y bajo su control, cuya titularidad es ejercida por él, bajo un régimen de derecho público con los caracteres de continuidad, regularidad, generalidad, obligatoriedad, uniformidad, mutabilidad, calidad y eficiencia.

Decimos, actividad de prestación material, por que el objeto de los servicios públicos, es satisfacer necesidades colectivas, mediante las referidas prestaciones a través de un servicio o medio técnico (luz, agua, teléfonos, transporte), quedando excluidas en consecuencia las prestaciones de tipo social las cuales suelen ser distintas y variadas. Tampoco puede tratarse de prestaciones dinerarias, sino que deben ser actividades o bienes distintos al dinero¹⁸.

Esenciales para la vida comunitaria, ya que no se trata de actividades esenciales al ser del Estado (llamados también cometidos esenciales de él), sino que para él son de mera utilidad pública, pero indispensables para la vida en sociedad, y que es el sustento para que las asuma en forma exclusiva, y este elemento, es el más variable, puesto que lo que hoy puede ser servicio público, mañana, tal vez ya no lo sea¹⁹.

Realizadas por el Estado o por su delegación y bajo su control, en función que los servicios puedan ser prestados por el Estado en forma directa, o bien que delegue en terceros esa prestación ya sea por concesión, permiso, habilitación, licencia o autorización, pero siempre bajo el control de él²⁰.

¹⁴ SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., Los servicios públicos, Revista Mundo Jurídico N° 47, Mendoza 1973, pág. 49 y ss, también puede verse la misma definición en la obra dirigida por este autor ya cit. Derecho Público, pág. 632, que la define en forma descriptiva los servicios públicos, diciendo que es la “actividad administrativa desarrollada por entidades estatales o por su delegación, que tiene por finalidad satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas, que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el administrado, y asegurada por normas y principios que tienden a dar prerrogativas de Derecho Público a quien la cumple para permitirle la mejor satisfacción de las necesidades colectivas”.

¹⁵ DROMI, ob. cit. pág. 619, define a los servicios públicos como “las prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, que explicitan las funciones fines del Estado, de ejecución per se o por terceros, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero siempre bajo la fiscalización estatal”.

¹⁶ MALJAR, ob. cit. pág. 318, lo define como “la ejecución regular, continua, directa e inmediata, por una organización pública o por delegación de un conjunto de actividades técnicas de prestación material, esenciales para la vida social, asumidas por el Estado bajo una declaración de titularidad, bajo un régimen de Derecho Público”.

¹⁷ URRUTIGOITY, Javier, Retribución en los servicios públicos en AAVV, Los Servicios Públicos, Ed. Depalma 1.994, GRECCO, Carlos y MUÑOZ, Guillermo; Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo, Bs. As., Ad Hoc.1.999. pág. 64,

¹⁸ Conf. SARMIENTO GARCIA, Los Serv. Púb. en Mundo Jurídico, ob. cit. pág. 49.

¹⁹ Con. MALJAR, ob. cit. pág. 320.

²⁰ Así, MARTINEZ, Patricia; Sistemas de Control en los Servicios Públicos Privatizados, AAVV, Los Servicios Públicos, Ed. Depalma 1.994., pág. 123, dice “En los servicios públicos prestados indirectamente por la administración por medio de concesionarios, licenciatarios, permisionarios, etc., la autoridad estatal se hace efectiva no sólo ejerciendo el poder de policía respecto a la actividad del concesionario, sino transmitiendo a éste ciertas funciones de

Cuya titularidad es ejercida por él, por que el Estado asume la titularidad de los mismos (publicatio) elevando determinada actividad que se desarrollaba por los particulares a la categoría de servicio público, mediante un régimen jurídico especial, que al decir de Cassagne²¹, no es otra cosa que un aspecto del régimen exorbitante o típico del Derecho Administrativo, constituido por una serie de prerrogativas, obligaciones y garantías²².

Bajo un régimen de derecho público, puesto que los servicios públicos se rigen por normas de Derecho Público, con prescindencia que en determinados casos se le apliquen normas y principios derivados del derecho privado²³.

4.6.2. Caracteres de los Servicios Públicos.

Los caracteres de los servicios públicos, tampoco son unánimes en la doctrina, puesto que varían en función de los diversos autores en torno del tema²⁴. Para nosotros, tal cómo lo hemos expresado en nuestra definición de servicios públicos, son:

Continuidad, viene derivada de la necesidad de satisfacer sin interrupciones el servicio, que ha justificado la elevación de una actividad como servicio público. Indica que el servicio debe prestarse toda vez que la necesidad que se cubre se haga presente, es decir oportunamente. La continuidad puede ser absoluta o relativa. Absoluta es el caso del servicio de luz o agua, que no admiten interrupciones, y la relativa es aquella que si admite a las mismas, tales como el de transportes, o el de bomberos. Derivado de este principio, surgen algunas particularidades que

control sobre personas y cosas para asegurar el eficiente funcionamiento del servicio. De allí que en el caso de los servicios públicos prestados por terceros el Estado acentúa sus potestades de dirección y control, aún cuando se persigan objetivos de desregulación e instalación de mecanismos de mercado”.

²¹ Ob. cit. pág. 433.

²² MALJAR, ob. cit. pág. 319, al respecto dice “el Estado asume sobre los servicios públicos, la llamada exclusividad regalística, que significa la titularidad de la Administración sobre la función o actividad de que se trate”.

²³ MALJAR, ob. cit. pág. dice “El servicio público se regula por normas de Derecho público, para garantizar la plena satisfacción del interés general. A esos efectos, esta técnica posibilita la aplicación de las potestades públicas, como la expropiación, servidumbres y limitaciones de la propiedad, uso especial de bienes públicos, sanciones administrativas y aún penales, etcétera. Basta imaginar lo que ocurriría se hubieran de construirse las líneas férreas sin poder recurrir a la expropiación, o el servicio público telefónico sin imponer servidumbres o utilizar bienes públicos. Estas prerrogativas las puede ejercer directamente el Estado o en forma indirecta a través de los concesionarios”.

²⁴ Para BIELSA, ob. cit. T 1, pág. 483., los caracteres son generalidad, uniformidad, continuidad y regularidad; para SAYAGUÉS LASO, ob. cit. T 1 pág. 70., son continuidad, regularidad, igualdad y obligatoriedad; para MARIENHOFF, ob. cit. T 2 pág. 61 son continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad; para DIEZ, ob. cit. pág. 206. son continuidad, inembargabilidad, continuidad, regularidad, igualdad, generalidad y obligatoriedad; para CANASI, ob. cit. pág. 22. son generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad; para ALTAMIRA, ob. cit. pág. 446. eran generalidad, igualdad o uniformidad, regularidad, continuidad, obligatoriedad, para ESCOLA, ob. cit. pág. 440. son continuidad, regularidad, uniformidad o igualdad, generalidad y obligatoriedad; para SARMIENTO GARCÍA, ob. cit. en Mundo Jurídico N° 49, son continuidad, regularidad, igualdad y generalidad; para URRUTIGOITY, ob. cit. pág. 67. son regularidad, continuidad, obligatoriedad, mutabilidad e igualdad, para CASSAGNE, ob. cit. pág. 434, son continuidad, regularidad igualdad y obligatoriedad.

hacen a la naturaleza de las prestaciones de los servicios públicos, como la prohibición o limitación del derecho de huelga²⁵, un régimen especial en materia de quiebras²⁶, la inembargabilidad de los bienes afectados al servicio²⁷, limitaciones al *ius disponendi*²⁸, una protección penal en muchos casos²⁹, etc.

Regularidad, es decir que debe ser prestado conforme a reglas preestablecidas o a normas determinadas o lo que es lo mismo, todo servicio público debe ser en cuanto a su funcionamiento,

²⁵ Al respecto, CASSAGNE, ob. cit. T 2, pág. 434 dice “sobre la base de que, en principio, la huelga se encuentra limitada por las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos al igual que los paros patronales. En este sentido, tanto el ordenamiento positivo de Argentina como el de otros países a instituido el arbitraje obligatorio como un modo de solucionar los conflictos colectivos que puedan ocasionar la suspensión, paralización y negación de los servicios públicos esenciales”

²⁶ GRECCO, Carlos Manuel, Aproximación al régimen jurídico de los bienes afectados al servicio público en GRECCO, Carlos y MUÑOZ, Guillermo; Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo, Bs. As., Ad hoc.1.999., pág 420, expresa, que la “regulación de la quiebra de personas que explotan servicios públicos ha sido desde antaño contemplada en la legislación específica...en prescripciones sustancialmente análogas, que cuando se tratara de la quiebra de sociedades que tuvieran por objeto la explotación de ferrocarriles, provisión de aguas, alumbrado, canales de riego o navegación u otros objetos análogos, de interés común nacional, provincial o municipal, su funcionamiento o explotación no podía suspenderse. El espíritu que informa dicho criterio – como indica F. García Martínez- es el de impedir la paralización de los servicios públicos en virtud de los trastornos y perjuicios derivados de la interrupción”.

²⁷ GRECCO, ob. cit, pág. 417, dice que “es criterio general la inembargabilidad de bienes afectados a un servicio público, pues la posibilidad de una afectación real de garantía es inhibida sobre la base de una afectación previa al cumplimiento de un fin público de interés general, incompatible con afectaciones posteriores”.

²⁸ Esto, ya que si bien los bienes del concesionario de un servicio público son propios, es decir que los bienes afectados no constituyen dominio público, pero se encuentra sometidos a un régimen jurídico diferenciado y especial, mientras dura la concesión, que tiene por objeto rodear los bienes de garantías a los efectos de impedir su exclusión del servicio público.

²⁹ El Código Penal establece una protección especial para determinados servicios públicos en los artículos que a continuación se transcriben: **190.** Será reprimido con prisión de dos a ocho años, el que a sabiendas ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave. Si el hecho produjere naufragio, varamiento o desastre aéreo, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión. Si el hecho causare lesión a alguna persona, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión, y si ocasionare la muerte, de diez a veinticinco años de reclusión o prisión. Las disposiciones precedentes se aplicarán aunque la acción recaiga sobre una cosa propia, si del hecho deriva peligro para la seguridad común. **191.** El que empleare cualquier medio para detener o entorpecer la marcha de un tren o para hacerle descarrilar, será reprimido: 1. Con prisión de seis meses a tres años, si no se produjere descarrilamiento u otro accidente; 2. Con prisión de dos a seis años, si se produjere descarrilamiento u otro accidente; 3. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del accidente, resultare lesionada alguna persona; 4. Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si resultare la muerte de alguna persona. **192.** Será reprimido con las penas establecidas en el artículo anterior en sus casos respectivos, el que ejecutare cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de un ferrocarril. **193.** Será reprimido con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, el que arrojaré cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha. **194.** El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años. **195.** Serán reprimidos con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, los conductores, capitanes, pilotos, mecánicos y demás empleados de un tren o de un buque, que abandonaren sus puestos durante sus servicios respectivos antes de llegar a puerto o al término del viaje ferroviario. **196.** Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que, por imprudencia o negligencia o por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un descarrilamiento, naufragio u otro accidente previsto en este Capítulo.

normado por disposiciones que rijan al mismo. Es el ritmo o equilibrio con que se presta el servicio. No debe confundirse la regularidad con la continuidad. La diferencia entre continuidad y regularidad, en materia de servicios públicos de transporte por ej., hace a que la primera mira la no interrupción de los servicios y la segunda al cumplimiento de los horarios fijados por la administración (así, por ej, el concesionario que no cumple con la cantidad de frecuencias pactadas o no cumple con los horarios aprobados por la autoridad, no está cumpliendo regularmente el servicio)³⁰.

Generalidad es que el servicio pueda ser exigido y usado por todos los habitantes, ya que ha sido establecido o regulado por el Estado para satisfacer una necesidad general o colectiva. Frente a ese derecho subjetivo de exigir el usuario la prestación del servicio existe la obligación del Estado o del particular autorizado de prestarlo correctamente³¹.

La obligatoriedad es inherente al servicio, por su propia naturaleza, la obligatoriedad de la prestación y su exigibilidad por parte de los usuarios, es la contracara de la generalidad³².

La uniformidad es la igualdad de trato en la prestación, significa el derecho a exigir y recibir el servicio en igualdad o uniformidad de condiciones sin discriminación ni privilegios, y es una regla de carácter general que no admite excepciones. Implica el derecho a exigir un trato digno y equitativo. Expresa Marienhoff, que “la igualdad de trato que debe dárseles a los habitantes en la utilización de un servicio público, es un corolario del principio fundamental de igualdad ante la ley. En Francia, el Consejo de Estado declaró que la “igualdad” de los administrados y usuarios frente a los servicios públicos, constituye un “principio general de derecho”, temperamento que sirvió de base para resolver controversia llevadas a consideración del Tribunal”³³.

La mutabilidad, sostiene Urrutigoity³⁴, no resulta difícil de explicar, ya que los servicios públicos resultan en sí variables por diferentes condiciones de tipo económicas, geográficas, culturales, ideológicas, etc. Este carácter explica por un lado el auge, noción, crisis del concepto y resurgimiento del concepto, por un lado y por otro, explica el hecho de que en algún momento

³⁰ ALTAMIRA, ob. cit., dice “Es de advertir que la regularidad no es la continuidad...El servicio público puede ser continuo y al mismo tiempo funcionar irregularmente. Un ejemplo de ello lo tenemos en el denominado “trabajo a reglamento”, medio empleado por los agentes para obtener mejoras sociales”.

³¹ DROMI, ob. cit. pág. 625.

³² DROMI, OB. CIT, pág., 625, agrega “Por su parte, el usuario no está, en principio, obligado a usar el servicio, excepto en algunos casos en que por el fin que el Estado persigue, el servicio es instrumento idóneo para alcanzar aquel fin, por ej, la instrucción primaria, que tiende al fin de la educación; la provisión de agua potable y las conexiones cloacales, que persiguen fundamentos de seguridad e higiene”.

³³ Ob. cit. T 2 pág. 77.

³⁴ Ob. cit. pág. 68.

dado una determinada actividad sea considerada o elevada a servicio público y en otro momento, la misma actividad deje de serlo, o simultáneamente en un lugar puede ser considerada servicio público en un lugar y en otro no³⁵. Por último destaca que “la mutabilidad o variabilidad del instituto se advierte en aspectos tales como su noción, régimen jurídico, modos de gestión, retribución, etc.”.

Calidad y eficiencia son los estándares que la sociedad exige en la función prestadora de servicios y que los prestadores, ya sea el Estado o particulares, no se pueden desentender de esas exigencias. Se trata de una actividad que ha sido reglada por el Estado a efectos de satisfacer necesidades colectivas, y estas son el medio para determinar la calidad y eficiencia del servicio³⁶.

4.6.3. El concepto de servicio público de transporte.

Como consecuencia de lo expuesto, formularemos nuestra definición de servicio público entorno de los servicios de transporte diciendo que es aquel servicio que presta el Estado por si o por terceros, bajo un régimen de derecho público, a efecto de satisfacer necesidades sociales en el traslado de personas o bienes, con las características de continuidad, regularidad, generalidad, obligatoriedad, uniformidad, mutabilidad, calidad y eficiencia.

La definición expuesta, abarca cuatro aspectos sustanciales, a saber: la noción de servicio público, su carácter normativo publicista, los caracteres de la prestación y el hecho de la traslación. A los tres primeros, los hemos desarrollado en los puntos precedentes al definir al servicio público, en tanto que al último lo hemos desarrollado en el comienzo del presente capítulo.

En nuestro derecho, es dable distinguir la noción de servicio público respecto del poder de policía. En la primera, y por medio de la publicatio, se trata de actividades cuya titularidad es de la Administración, cuyo ejercicio puede ser efectuado por ella o por terceros vinculados con esta por medio de contratos de concesión.

En tanto, el poder de policía (basado en las facultades reglamentarias del poder legislativo en tomo a los derechos consagrados en la Constitución en función de lo dispuesto por el artículo 14 de ella) es la regulación de derechos que originariamente sólo competen a los particulares

³⁵ Es lo que sucede con los servicios de taxis, que en algunas legislaciones es considerado como un servicio público, en tanto en otras no pasa de ser una mera actividad comercial sujeta a una reglamentación de carácter mínimo. Al respecto remitimos al lector al capítulo de transporte terrestre, servicios por taxímetros y asimilados.

³⁶ Conf. DROMI, ob. cit. pág. 626, quien funda estos caracteres en el artículo 42 de la Const. Nac. (1994), ya es objetivo de esta “lograr una mejor calidad de vida, de modo que tales niveles de prestación son exigibles a todos los prestadores del servicio público (Estado, licenciario, concesionario)”.

mediante el dictado de una ley formal por la cual se justifica la intervención del Estado en la economía.

Maljar nos dice que “el primero supone la titularidad de la competencia (denominada aquí publicatio) por parte de la Administración Pública, el poder de policía regula mediante normas generales el ejercicio de las actividades que desempeñan los particulares en virtud del derecho de trabajar y ejercer libremente el comercio (art. 14 de la Const. Nacional)³⁷”

Para el derecho anglosajón, el concepto de public utilities, sobre todo de los norteamericanos, difiere en alguna medida de nuestro concepto de servicio público basado en la publicatio. En principio, y como lo expresa Maljar³⁸, la primera diferencia es de orden constitucional, ya que la norma fundante norteamericana, no posee un artículo similar a nuestro artículo 14, por medio del cual se autoriza al Congreso a la reglamentación limitación de derechos, la cual se ha ido efectuando conforme a la evolución jurisprudencial.

Este autor dice que por public utilities, se debe entender a aquella “empresa privada que gestiona un servicio público”³⁹, para agregar que “es importante resaltar que en ese país se encuentra vigente un modelo de regulación, de policía, respecto a estas empresas, por la cual las entidades privadas son titulares de la competencia sobre el servicio público, cuya gestión se halla estrictamente regulada por el Estado. Las empresas reglamentadas (como las denominó Villegas Basavilbaso) se caracterizan por seguir siendo privadas cualquiera sea el grado de contralor policial que se les destine. El poder de policía sobre ellas descargado es una pura consecuencia de su vinculación con los intereses públicos”⁴⁰.

4.6.4. Formas de prestación.

4.6.4.a. Prestación por el estado.

Los servicios públicos de transporte, pueden ser prestados por el Estado⁴¹ o por particulares. Hace ya varios años y bastante antes de que se iniciaran a nivel mundial los llamados procesos de reforma del Estado, que terminaron siendo la transferencia de empresas públicas al sector privado que Escola⁴² se refería diciendo que “es innegable en la actualidad, que esta cuestión,

³⁷ MALJAR, Daniel Edgardo, Intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos, Ed Hammurabi, Bs. As. 1.998, pág. 116.

³⁸ Ibidem, pag 140 y ss en donde se desarrolla con el tema en profundidad

³⁹ Ibidem, pág.159

⁴⁰ Ibidem, pág.160

⁴¹ Sobre el tema en la actualidad, y los procesos de privatizaciones llevados a cabo en nuestro país véase: CASSAGNE, ob. cit., T1, cap. IV, DROMI, ob. cit. cap. I, SARMIENTO GARCÍA y ot. , Derecho Púb., ob. cit., pág. 641 y ss., y MALJAR, ob. cap. III.

⁴² Ob. cit. T 2, pag. 416.

objetivamente considerada, no es sino un problema de oportunidad, conveniencia y eficacia, existiendo servicios públicos que sólo pueden ser prestados por el Estado, otros que pueden serlo de manera indirecta o bajo el control más o menos activo del Estado, y otros por último, que pueden y aún deben mantenerse en manos privadas”.

Por su parte, Sarmiento García⁴³, reduce el ámbito de actuación del Estado, creemos que correctamente a la prestación de los mismos a dos supuestos, 1) de incapacidad, insuficiencia o desinterés de los particulares, ya sea por falta de recursos humanos o económicos, o ya sea por falta de organización adecuada o falta de rentabilidad; y 2) en los casos en que se encuentre comprometidas la paz y la seguridad del Estado (v. gr. la manipulación de la energía nuclear).

Respecto de la prestación de los servicios de transporte por el Estado, creemos conveniente reiterar lo que dijimos hace ya varios años en otro trabajo⁴⁴, al explicar las discusiones en torno al tema de las desregulaciones.

Expresábamos que la llamada desregulación de los servicios públicos había sido más bien en nuestros países una respuesta al estatismo. En principio se confundió en alguna manera a regulación con estatismo y proteccionismo económico. Nada tan equívoco como eso. Una función natural del Estado, es la planificación estratégica, que no es otra cosa que la elaboración y ejecución de planes y proyectos.

Esa planificación no es autoritaria, no es meramente técnica, es democrática, es una planificación económica - social, concertada con los sectores de la producción, capital y el trabajo. Esto en resumidas líneas es la concepción que llevada al transporte sustentamos y propiciamos.

De ahí que sostenemos -cuando hablamos de servicios públicos- que se trata de una actividad Estatal prestada por sí o terceros tendiente a satisfacer necesidades de traslado de carácter general que siendo prestado por particulares requiere un estricto control de la autoridad.

Esto no es incompatible con la tesis de que el Estado propugna el crecimiento de lo económico a través de la libre competencia. Pero se debe tener en cuenta que hay que propiciar la utilización racional de los bienes escasos y evitar generar condiciones que traigan aparejadas consecuencias de inequidad social y ambiental. Es así que el estado controla y vigila la economía y corrige las distorsiones que provoca el mercado en el transporte, asigna las rutas, fija las tarifas, la cantidad de unidades, la cantidad de frecuencias. El ingreso a este mercado está dado en función

⁴³ SARMIENTO GARCÍA, Concesión de servicios públicos, Bs. As., Ciudad Argentina 1.996. pág. 23.

⁴⁴ LOSADA, Francisco; Derecho del Transporte, en Revista Cátedra de la Univ. Nacional Mayor de San Marcos, Nº 4, Lima 1.999, pág. 289.

ex - ante, cualquiera participa en el concurso o licitación, la restricción es ex - post, ya que sólo intervienen los adjudicatarios de la licitación o concurso. Por eso es un cuasi monopolio u oligopolio legal. Se desarrolla así una especie de industria del transporte que a la vez de ser fomentada por Estado, éste la regula o controla.

Regulación no es protección a la ineficiencia de los prestadores, sino que debe ser entendida como una protección al usuario en primer lugar y en segundo una protección a los planes trazados y delineados por la Administración, de ahí que el estado tiene el deber sancionar al ineficiente que no cumpla con las pautas de calidad y eficiencia que el medio social exige. Si la sociedad, por medio de impuestos invierte en infraestructura y obra pública, gastos de los recursos públicos, debe cuidarlos, no despilfarrarlo, solventando o esperando que el mercado corrija al ineficiente que contamina, rompe calles o hace uso inadecuado de puertos, aeropuertos, o cualesquiera otra infraestructura del transporte.

Esa es la función del Estado más que la prestar el servicio, regla que deberá ser apreciada con flexibilidad, ya que sabemos que en algunos casos el Estado ha demostrado más eficiencia en la prestación de estos servicios que los mismos particulares.

4.6.4.b. Prestación por terceros.

4.6.4.b.1. Concesión. Concepto, caracteres y elementos de este contrato administrativo.

Cuando el servicio público es prestado por terceros, estos pueden asumir la forma de concesión, permiso o habilitación. Al respecto, y antes de abordar a cada uno, cabe señalar, siguiendo en esto a Cicero⁴⁵, que no es nuestra pretensión agregar una definición más a las tantas ya existentes a partir de los nuevos marcos regulatorios de los servicios públicos que se han venido dando desde 1.991 a la fecha.

⁴⁵ CICERO, Nidia K., Servicios Públicos; control y protección, co-edición de Ed. Ciudad Argentina y de la Fac. de Derecho y Cs. Sociales de la U.B.A., Bs. As. 1.996, pág. 44.

La concesión de servicios públicos, ha sido definida por la mayoría de los autores tratados en este capítulo⁴⁶, pero a los efectos del mismo, seguimos la esbozada por Escola⁴⁷, en su Tratado Integral de los Contratos Administrativos, diciendo que es “un acto de la Administración Pública por la cual ésta encomienda a un tercero la organización y funcionamiento de un servicio público en forma temporal, otorgándole determinados poderes y atribuciones a ese fin, asumiendo dicha persona la prestación del servicio a su propia costa y riesgo, percibiendo por ello una retribución, que puede consistir en el pago de un precio pagado por los usuarios, o en subvenciones o garantías que le fueran reconocidas, o en ambas cosas a la vez, cumpliéndose el servicio público bajo la vigilancia y control de la autoridad administrativa”.

La concesión, entonces apareja por parte de la Administración, una cesión en la explotación del servicio, sin que ello, bajo ningún aspecto importe una renuncia a la titularidad de los mismos, los cuales siempre quedan bajo la égida del Estado. Este criterio, dice Cicero⁴⁸ siguiendo a Mairal,

⁴⁶ BIELSA, ob. cit., T 2 pág. 217 y ss. lo definía como un “acto administrativo – contrato de derecho público – por el cual se atribuye a una persona con el fin de que ella gestione o realice el servicio público concedido, un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración Pública”. MARIENHOFF, ob. cit., T 3 B, pág. 577, lo definía como “el acto mediante el cual la el Estado encomienda a una persona – individual o jurídica, pública o privada – , por tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público; dicha persona, llamada “concesionario”, actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez”. SAYAGÜES LASO, ob. cit. T 2, pág. 12, lo definía como “el acto por el cual la administración encarga temporalmente a una persona la ejecución de un servicio público, transmitiéndole ciertos poderes jurídicos y efectuándose la explotación bajo su vigilancia y contralor, pero por cuenta y riesgo del concesionario”. , DIEZ, Der. Adm., ob. cit., T 3, pág. 262, lo definía como “un modo de gestión de un servicio, por medio del cual una persona pública, que es el concesionario, encarga, por contrato concluido con él, a una persona privada, el concesionario, la gestión de un servicio público a su costo y riesgo, mediante el derecho de obtener una remuneración por medio de las tarifas percibidas por los usuarios”. CANASI, ob. cit. T 2, pág. 571, lo definía como “como el contrato administrativo por el cual el Estado (en sentido lato) delega o atribuye a una persona jurídica pública, la prestación de un servicio público y determinados atributos de él, por un término determinado y mediante la fijación de una tarifa, aunque tengan que realizar para dicha prestación construcciones o trabajos accesorios para dicho servicio” .FIORINI, Bartolomé, Manual de Derecho Administrativo, Ed. La Ley, Bs. As. 1.968, T 1, pág. 510 definía al mismo, “es el contrato por el cual la administración pública nacional, provincial o municipal, delega a un particular para que comprometa a su riesgo personal su riego personal su capital empresario en la realización de una gestión de utilidad pública que le correspondía a la administración pública”. ALTAMIRA, ob. cit. pág. siguiendo Greca, lo definía como “la atribución de poder que la Administración confiere a un particular, para que rija, durante cierto tiempo, la gestión de un servicio; atribución que debe ir precedida de la ejecución, por parte del concesionario o particular, de una obra pública” . SARMIENTO GARCÍA, Concesión de Serv. Púb., ob. cit., pág. 29, lo define como “el contrato en función administrativa en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega a una persona, temporalmente, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, efectuándose la explotación a costa y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control del ente concedente”. DROMI, ob. cit., pág. 464, dice que es “un contrato por el que el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y la prestación de un servicio público por un determinado lapso. Esta persona, concesionario, actúa por su propia cuenta y riesgo. La labor se retribuye con el precio o tarifa pagado por los usuarios o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez”.

⁴⁷ ESCOLA, Héctor J., Tratado Integral de los Contratos Administrativos, T 2, Ed. Depalma, Bs. As. 1.979, pág. 15.

⁴⁸ CICERO, ob. cit. pág. 46.

es el de la doctrina francesa, afirmando “la actividad es netamente estatal, por eso lo presta el Estado, ya sea por sí o por medio de concesionarios”.

Los elementos caracterizantes del contrato de concesión de servicios públicos⁴⁹, son: a) es un acto, que se regula por el derecho público; b) es otorgado por la administración, o sea por un ente estatal actuando en función administrativa; c) el beneficiario de la concesión es una persona, física o jurídica, privada o pública; d) mediante la concesión se otorga al concesionario determinados poderes o atribuciones, sin los cuales la ejecución se vería entorpecida; e) el concesionario desarrolla su actividad a su cuenta y riesgo, tomando a su cargo las consecuencias patrimoniales de la explotación, percibiendo una remuneración, que puede revestir distintas formas; f) la concesión siempre es temporal; g) la prestación del servicio se lleva a cabo bajo la vigilancia y control amplio e intenso de la administración pública.

Los caracteres de este contrato son: bilateral o sinalagmático, oneroso, consensual, nominado, conmutativo, causal, de ejecución continuada o sucesiva, principal, de adhesión e *intuitu personae*.

Los elementos de este contrato son los sujetos que son dos⁵⁰, uno es el concedente, que es siempre el Estado, ya sea nacional, provincial o municipal, o un ente autárquico, pero siempre actuando en función administrativa. El otro, es el concesionario, que es siempre un particular⁵¹, que como hemos dicho al analizar los caracteres debe cumplir personalmente el servicio.

El otro elemento es la competencia – capacidad: es competencia, dentro de cada jurisdicción, del poder legislativo determinar los servicios públicos, ya sea que los mismos sean de jurisdicción federal, ya sean provinciales o bien municipales. Respecto del concesionario, su capacidad se rige por el Derecho Privado, aunque en determinadas circunstancias, y debido a la propia complejidad de los servicios a prestar, el ordenamiento jurídico de Derecho Público, exige determinadas obligaciones (v. gr. estar inscripto en determinados registros).

El tercer elemento es el consentimiento: siguiendo a Sarmiento García⁵² diremos que el contrato de concesión queda perfeccionado “cuando se produce el acuerdo o cesión de voluntades entre las partes, encontrándose por lo general las siguientes etapas: a) una propuesta u oferta de los interesados en la concesión. b) La adjudicación administrativa, que es la aceptación de aquella

⁴⁹ ESCOLA, Tratado, ob. cit., T 2, pág. 15.

⁵⁰ Aun que hay autores como MARIENHOFF, ob. cit., T 3 B, pág. 584., que admiten la posibilidad de incluir como parte de este contrato a los usuarios. En contra ESCOLA, Tratado, ob. cit., pág. 45.

⁵¹ Sobre si puede ser concesionario una persona pública estatal, véase ESCOLA, Tratado, ob. cit., T 2, pág. 44.

⁵² SARMIENTO GARCÍA, Concesión de Serv. Púb., ob. cit., pág. 68

propuesta. c) La notificación de dicha adjudicación, con la que se perfecciona el contrato”. El consentimiento como acto de la Administración, suele ser un acto complejo descompuesto en diversas fases más o menos numerosas, cada una de ellas con su propio acto. Objeto: es el de poner la prestación de un servicio público a cargo de una persona privada, física o jurídica, la que asume su realización por su cuenta y por su riesgo, bajo la supervisión y control de la Administración. Forma: no existiendo forma predeterminada, el principio que rige es el de la libertad de las partes al contratar, no obstante ello, es recomendable la forma escrita. Ahora bien, a falta de dicha exigencia el contrato puede ser celebrado verbalmente.

Canosa⁵³, parte de la idea de que la concepción de la “estatización” de una actividad derivada de su calificación como servicio público, debe tener presente la premisa fundamental de que las actividades industriales o comerciales, de acuerdo con nuestro texto constitucional, pertenecen per se a los particulares dada la redacción del artículo 14 de la CN.

Para este autor, el servicio público, en definitiva, importa una calificación que en modo alguno supone la “estatización” de la actividad, sino que se enmarca dentro del concepto de limitaciones al ejercicio de los derechos a las que alude indirectamente el art. 14 al referirse a la reglamentación de dicho ejercicio.

Sostiene en este sentido que las antiguas leyes 2873 (ferrocarriles) y 12.346 (transporte automotor) no contienen previsiones en el sentido de considerar el transporte terrestre como actividad estatal. Así cabe señalar que, en el caso del transporte automotor, esa actividad fue desarrollada por los particulares antes de la sanción de la ley que la regulara, y, luego de sancionada no cabe inferir, según el texto de la misma, la pretendida estatización de la actividad.

De ahí concluye que sería un verdadero exceso, sostener que por el solo hecho de haber considerado esa porción de la actividad como servicio público se produzca la denominada “publificación” de la misma, por lo que debe preguntarse si sería constitucional una ley que disponga que determinada actividad comercial o industrial es de titularidad estatal, hecho que lo lleva a concluir a que en modo alguno tenga lugar dicha posibilidad por que no se compadece con las disposiciones de la Constitución Nacional.

Entendemos que la titularidad estatal de un servicio, no se encuentra reñido con los principios consagrados en nuestra Constitución. El Estado, en sus múltiples funciones y fines, los

⁵³ CANOSA, ob. cit, págs. 119 y ss.

cuales no son pétreos, sino que cambian en el tiempo debe satisfacer las necesidades del bien común de sus habitantes.

En materia de ferrocarriles no existieron iniciativas privadas, fueron concesiones otorgadas por el Estado mediante leyes y con vencimientos de sus contratos. Si bien es cierto que el transporte existió desde siempre en el mercado y en muchos casos sólo estuvo regulado por normas de carácter contractual, no menos cierto es, que por aquellos albores el Estado tenía una muy poca presencia en la mayoría de las actividades que hoy consideramos como públicas.

En materia naviera si bien fueron actividades prestadas por los particulares, el Estado, luego de la emancipación tuvo fuertes rasgos regulatorios al respecto, en tanto en materia aeronáutica, fue el gran impulsor en el desarrollo de este medio en nuestro país.

Lo expuesto no importa sostener que cualquier actividad puede ser considerada servicio público y que detrás de la misma subyazca la titularidad del Estado, puesto que no sólo sería una cuestión de dudosa constitucionalidad, sino una barbaridad jurídica.

4.6.4.b.2. Prestación por terceros: Permiso, licencia, autorización y habilitación.

Ya hemos adelantado, que sobre este punto, aparte de la divergencia legislativa que existe, tampoco hay acuerdo en la doctrina en cuanto al alcance de cada uno de estos términos⁵⁴.

Olivieri⁵⁵ en lo específico de régimen de transporte por automotor en el ámbito interurbano, Decreto 958/92, que utiliza este vocablo derivado de la ley 12.346, que el alcance del término permiso es de “un acto jurídico administrativo de naturaleza contractual, por el cual el Estado satisface necesidades generales valiéndose de la colaboración voluntaria de los administrados para la prestación de dichos servicios”, concluyendo que al mismo se le aplican los principios doctrinarios y jurisprudenciales del contrato de concesión de servicio público. Agrega luego que en lo “referente a las diferencias que existen entre el permiso – entendido como concesión – respecto del permiso en sentido estricto y la habilitación, cabe expresar que el permiso – concesión

⁵⁴ SARMIENTO GARCÍA, Concesión de Serv. Púb., ob. cit., pág. 169 y sig. CICERO, Ob. cit. pág. 43. la autorización “es la mera remoción administrativa de límites impuestos a derechos preexistentes de los particulares en aras del interés público, que se concreta en el otorgamiento de una habilitación previa para desarrollar actividades que son propias de aquéllos y que sin embargo no podrían ejercerse sin el consentimiento de la administración”. En tanto que el permiso “consiste en una tolerancia concedida unilateralmente por la Administración Pública en exclusivo interés del permisionario. La nota distintiva del permiso es la precariedad por lo que resulta esencialmente revocable mediante el ejercicio de una facultad discrecional sin generar derecho a indemnización, pues no da nacimiento a un derecho nuevo, como ocurre con la concesión, ni tampoco supone el reconocimiento del ejercicio de algún derecho preexistente como la autorización”. En cuanto a la licencia, dice que es similar a la concesión, pero se diferencia de ella en que en la primera “el Estado cedente no conserva su papel de titular de la actividad que licencia, sino que, en principio, la abandona en forma definitiva en manos de los particulares sin posibilidad de retomarla”.

⁵⁵ OLIVIERI, ob. cit. pág. 99 y ss.

es un acto complejo de naturaleza contractual, regulado por normas de derecho público, por el cual el Estado otorga el ejercicio de un servicio público a un particular para que lo preste a su propia cuenta y riesgo, quedando la remuneración a cargo de los usuarios...que genera derechos y obligaciones recíprocos entre las partes, no es revocable por la Administración, y en caso de existir revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, se genera el derecho a indemnización a favor del concesionario”. En cuanto al mero permiso, sostiene que es “un acto jurídico unilateral del Poder Público, en el cual el permisionario carece de derechos frente al Estado, actuando la administración dentro de la esfera de su poder discrecional y puede ser revocado en cualquier momento sin recurso alguno”. Respecto de la habilitación, señala que la misma es “la autorización genérica por la cual la Administración faculta a un particular a que pueda operar en la prestación de un determinado servicio, el cual no tiene carácter de servicio público, por lo que su permanencia o continuidad, resulta irrelevante para dicha Autoridad. Dicha habilitación se encuentra sujeta a la condición de que satisfaga el cumplimiento de determinados requisitos específicamente determinados, que posibilita al interesado el ingreso a un registro especialmente establecido al efecto”.

Canosa, siempre analizando el marco regulatorio de las actividades del transporte terrestre tanto por ferrocarril como por carretera, distingue el registro, la autorización, el permiso y la concesión. El registro importa para este autor es la limitación consistente en la necesidad de comunicar a la administración con el objeto que esta controle el ejercicio de la actividad sin que importe condicionar el ejercicio de la actividad⁵⁶.

La autorización- según este autor- “es el acto de la Administración que tiene como efecto jurídico habilitar a un particular para el ejercicio de un derecho propio y preexistente, de modo tal que podrá realizar una actividad no prohibida, habiéndose levantado la condición impuesta por la norma limitativa del derecho transformándose, por ende, su ejercicio en libre”. Destaca que el hecho de que luego de haber sido obtenida la autorización por el particular, este asuma obligaciones posteriores en el cumplimiento de la actividad —traducidas en la norma en mandatos y prohibiciones—, las que por otra parte seguramente existirán y serán coincidentes con relación a otras actividades que no requieran acto previo de la Administración o cuando la intervención administrativa tenga otra modalidad. “En resumen, las autorizaciones propias del transporte terrestre —en especial en el autotransporte de pasajeros— hacen perdurar la relación entre el

⁵⁶ CANOSA, ob. cit, pág. 93.

prestador del servicio y la Administración, y en cuanto a los requisitos que se exigen para su otorgamiento que persistan a lo largo de dicha relación, son comunes con las exigidas a otros particulares que no realizan actividad comercial (particular que conduce su vehículo) o bien para los que prestan el servicio bajo el régimen de concesión⁵⁷.

En tanto “la locución “permiso” resulta de utilidad al calificar al contrato que liga al operador con la Administración por un plazo determinado para prestar el servicio público y también cuando esa habilitación tiene un carácter meramente precario, lo que debe interpretarse teniendo en cuenta el significado histórico que el término “permiso” tiene para el autotransporte, como veremos en el capítulo correspondiente” y aclara que este vocablo en materia de autotransportes puede ser utilizada como no como una forma de la concesión sino como un precario, término sobre el que nos explayamos infra. Sostiene también que “a pesar de la terminología usada en la normativa específica del transporte terrestre, el permiso, si bien comparte con la autorización la idea de que se habilita a alguien para hacer algo, está habilitando al particular para realizar una actividad que se halla prohibida. En la autorización la actividad para la que el particular solicita habilitación no está prohibida, sino que para su realización la norma estipula condiciones a ser cumplidas por el interesado”.⁵⁸

La licencia, para Canosa, es como ha sostenido parte de la doctrina es una especie de comodín o híbrido sobre el cual se hacen jugar distintos institutos. Entiende que “se la identifica con la autorización, en tanto se cumple con exigencias previas impuestas por ley para la realización de determinada actividad. Si quisiéramos precisar aún más, diríamos que la licencia es una autorización en la que se privilegian, en cuanto a los requisitos, las condiciones técnicas del particular. Es esta última la acepción que se utiliza en el autotransporte de pasajeros y de cargas por cuanto es requisito que se exige en las normas para conducir unidades la obtención de la licencia”⁵⁹.

En nuestra opinión⁶⁰, la cuestión puede resumirse diciendo que la autorización o permiso puede definirse como el acto administrativo que habilita a una persona a ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente, que se otorga en carácter de precario y en el caso de estos servicios sujeto a determinadas reglas para su explotación, en tanto la concesión es un acto administrativo

⁵⁷ CANOSA, ob. cit. pág. 94 y ss.

⁵⁸ CANOSA, ob. cit. pág. 104 y ss.

⁵⁹ CANOSA, ob. cit. pág. 106.

⁶⁰ DROMI, ob. cit. pág. 293, BUJ MONTERO, Mónica; en FARRANDO, Ismael y ota, Manual de Derecho Administrativo, Ed. Depalma, Bs. As. 2000, ob. cit. pág. 166 y ss,

que constituye en una persona un derecho del que carecía absolutamente, de modo que anteriormente, estaba radicado como derecho o facultad en un órgano de la administración pública.

La autorización o permiso, es un acto unilateral de la administración, aunque sea dictado a instancia del interesado, en tanto la concesión, que se causa en un contrato, es un acto bilateral, que genera derechos y obligaciones para ambas partes, sobre todo si se trata de la explotación de una obra o de un servicio público.

Los permisos pueden ser revocadas unilateralmente, cuando el interés público lo exija, salvo que se hubiere acordado por plazo determinado o existan normas que limiten dicha potestad. Las concesiones que nacen de un contrato, se extinguen por las causales pactadas y por lo aplicable según la ley que rija en subsidio.

Finalizada la concesión del servicio público, este se revierte en su explotación al Estado, en cambio si media permiso, la actividad que no es servicio pero esta sujeta a autorización podrá seguir siendo prestada por el particular o no, por que es un derecho que se encuentra insito en su propiedad.

4.6.5. Las sanciones administrativas a las actividades del transporte: el problema de la restatización de los servicios y los entes reguladores.

Para finalizar la cuestión de los servicios públicos de transporte en torno a los elementos caracterizantes de una teoría general, entendemos que se debe tomar una postura respecto del eterno movimiento pendular (al menos en nuestra región y llamativamente reincidente en nuestro país) sobre la prestación de los servicios públicos mediante el Estado y la función que deben cumplir los entes reguladores, creados por imperio del artículo 42 de la Constitución Nacional.

Partiendo de la base, que las regulaciones son parte de la organización política, en la que se desarrolla la vida del hombre, la cual si bien ha variado históricamente, siempre ha mantenido una misma meta: alcanzar el bien común. En ese contexto el Estado ha desarrollado diferentes herramientas para lograr este fin, entre ellas, la tarea de control, como un modo de poner límites a las diferentes manifestaciones del poder, tanto del ámbito público como del campo privado, de lo que puede deducirse que la prestación de servicios públicos es uno de los caminos utilizados por la organización política de nuestro tiempo para alcanzar el bien común.

Una de estas formas de control, es la desarrollada por los entes reguladores u órganos de control de servicios públicos⁶¹. Gordillo, expresa al respecto que “así como el sistema previo a la

⁶¹ COMADIRA, Julio; Elementos de Derecho Administrativo, Ed La Ley, Buenos Aires 2005, pág 727 nos dice que estos órganos reguladores basados en las comisiones o entes reguladores autónomos de los Estados Unidos, al decir

Constitución de 1994 era que el que legisla no ejecuta ni juzga de la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella y el que la juzga no la dicta ni ejecuta; ahora el sistema se ve complementado e integrado con el principio de que el que concede u otorga un monopolio no debe ser el que lo controle. Es pues el mismo principio, actualizado, de la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, que nuestra Constitución perfecciona. Cuando se estudiaba hace décadas en Francia las diferencias entre la planificación por comisiones de planificación o por el Ministerio del ramo, siempre se entendió que la segunda alternativa era la más peligrosa para los intereses colectivos, porque quitaba transparencia al proceso y dejaba al poder político más débil y maleable frente a las presiones del poder económico⁶².

El Estado, cuando interviene como prestador directo de los servicios públicos no puede dejar de cumplir con los preceptos constitucionales que regulan la materia, así vale recordar, que en el ámbito de la Constitución de 1994, se crea una nueva categoría de derechos que no puede ser desconocida, y la categoría de derechos de los usuarios, sin distinguir que lo sean de empresas públicas o privadas prestadoras de servicios de pasajeros.

Debemos tener en cuenta que la protección de la seguridad de las personas, el buen servicio para el usuario, la calidad de las unidades tractoras, etc., son materia de control por parte del Ente que tiene como fin específico el control o fiscalización de la actividad regulada; y siendo el transporte terrestre un ejemplo típico de esta, el ente en cuestión debe controlar sin tener en cuenta el tipo de intervención administrativa legalmente delineado para este tipo de actividad.

No es conveniente, y al menos eso siempre debemos recordar y aprender de los yerros del pasado, creer que el hecho que la empresa controlada sea estatal no tenga que estar sujeta a controles por las prestaciones de sus servicios, que no deben confundirse con otros controles a los que se encuentran sujetos diferentes organismos del Estado, v. gr. el control que realiza sobre la actividad estatal la Auditoria General de la Nación, la Procuración del Tesoro o el Defensor del Pueblo. En suma, que la empresa prestadora sea la que realiza el control – como bien señala Canosa⁶³ - llevará a una dispersión tal de modo que el control resulte ineficaz e ineficiente.

de Comadira, con pretensiones de independencia respecto del poder político y con neutralidad respecto de los intereses en juego. La naturaleza de estos órganos importa de alguna manera, una modalización del esquema clásico de la división tripartita de los poderes en su interpretación más estricta, ya que disminuyen las facultades de poder ejecutivo por un lado y por el otro implican la asunción por parte de órgano administrativo de facultades legislativas y jurisdiccionales.

⁶² GORDILLO, ob. cit. Tº II, Cap. XV, pág. 3.

⁶³ CANOSA, ob. cit. pág. 167.

Debemos recordar que la nueva noción de regulación nace con las privatizaciones ya en la situación de empresas estatales, estas se enmarcaban en una política de Estado previamente determinada en las esferas del Ejecutivo, por lo que es innegable que la operación estatal de los servicios públicos se hallaba regulada desde sus inicios, tal como lo relata Salomoni en su Teoría General de los Servicios Públicos⁶⁴.

Ahora bien, se reconoce en términos generales, que los entes de control en nuestro país han tenido una falta de capacidad para controlar a las empresas prestadoras, ello por que la reducción del Estado, no fue acompañada por un aumento significativo de sus capacidades de control y sanción.

Si el Estado interviene como prestador directo de los servicios públicos, no puede dejar de cumplir con los preceptos constitucionales que regulan la materia, así vale recordar, que en el ámbito de la Constitución de 1994, se crea una nueva categoría de derechos que no puede ser desconocida, tal es el caso de la categoría de derechos de los usuarios, sin distinguir que lo sean de empresas públicas o privadas prestadoras de servicios, puesto que el artículo 42 de la Carta Magna lo protege frente a los operadores de los mismos sin distinguir entre el carácter de uno u otro, debiendo recordarse la máxima romana “ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus” a la que debemos completar con la que establece que “ubi lex voluit, dixit; ubi non voluit, tacuit” (donde la ley quiso, lo dijo; donde no lo quiso, calló).

Señala Bustelo⁶⁵, que el proceso de estatizaciones en materia postal y de agua y saneamiento, a los que agregamos en la materia respectiva del transporte la estatización de Aerolíneas y la creación de una nueva empresa ferroviaria estatal⁶⁶, hace que pasen consecuentemente, a ser sujetos pasivos del control que tiene a su cargo cada uno de los respectivos entes. Entiende que “si la normativa ha previsto expresamente que los entes reguladores seguirán actuando aún en caso de que el prestador sea estatal, la cuestión no revestirá mayores

⁶⁴ SALOMONI, Jorge; Teoría General de los Servicios Públicos, Bs. As., Ad Hoc 1.999, pág. 18.

⁶⁵ BUSTELO, Ernesto; El Estado retoma la prestación de los servicios públicos: notas mínimas de independencia que deben garantizarse a los organismos de control previstos en el artículo 42 de la Constitución Nacional, en RAP (Revista de la Administración Pública) con motivo de las XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, AAVV, Bs. As., 2008, Año XXXI-361, págs. 375 a 394.

⁶⁶ Así las leyes 26466 mediante la cual se declaran de utilidad pública y sujetas a expropiación las acciones de Aerolíneas Argentinas y Austral Líneas Aéreas y 26352 de Actividades Ferroviarias crea la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado.

inconvenientes, ya que a tales normas habrá que ceñirse⁶⁷. El problema se presenta cuando los marcos regulatorios nada disponen al respecto”.

Luego de analizar la posibilidad de su supresión para evitar la superposición de funciones⁶⁸, sostiene la postura que auspiciamos al decir que esa “solución no parece resultar admisible en nuestro país a la luz de lo dispuesto por el ya mencionado artículo 42 de la Constitución Nacional, ya que si nos preguntáramos si no corresponde interpretar que los “organismos de control” deben “necesariamente” existir en caso de que el legislador haya sometido a una actividad al régimen del servicio público, aún cuando el Estado haya asumido su prestación, la respuesta parece no dejar margen a duda alguna: sí deben existir⁶⁹”.

Siguiendo a Mata⁷⁰ podemos decir se que si el Estado reasume el papel de prestador de servicios, su gestión debe quedar sujeta a los siguientes principios de la reforma del Estado y de la Constitución Nacional: 1) actuar como prestador en el referido mano de la diferenciación de funciones; 2) reconocer y garantizar los derechos de los usuarios; 3) estar sujeto a la regulación por un ente idóneo e independiente, que ejerce a su respecto todos los componentes de la función reguladora; 4) estar regulado con los mismos requisitos sustanciales que los prestadores privados; y 5) prestar servicios en condiciones de calidad y eficiencia.

Finalmente y en torno a la independencia de los Entes de control, debemos decir que se debe propiciar una interpretación del referido artículo 42 que parta del presupuesto de que estos

⁶⁷ Cita textualmente que “Tal como ocurre en Córdoba con el ERSEP, ya que el artículo 46 de la Ley 8836 dispone que tanto “los prestadores públicos como privados estarán sometidos” a su contralor. Explica Muñoz que esta previsión ha originado la “peculiaridad” de que un ente regulador controle a la empresa pública E.P.E.C. (Empresa Provincial de Energía Eléctrica). MUÑOZ, Ricardo A., “Sobre la existencia de dos entes reguladores en materia de servicio público de agua y desagües cloacales en Córdoba”, LL Córdoba, 2008-471”.

⁶⁸ SALOMONI, ob. cit, pág. 393, en postura que compartimos nos dice que ya sea que fuese el Estado, ya sea que fuese un particular el “beneficiario (del servicio como) de la concesión es indirectamente la colectividad y directamente el usuario del servicio público”. Fue a partir de la reforma constitucional de 1994 que se produjo un cambio fundamental en el orden normativo respecto de los usuarios. Se ha creado, un nuevo sujeto de derecho colectivo, constitucionalizado con lo que el poder del Estado se encuentra vinculado íntimamente con la plena vigencia de los derechos constitucionalizados.

⁶⁹ En contra estaría CASSAGNE, Juan Carlos; Las Relaciones Inter-Administrativas, pags. 223/231 Revista Chilena de Derecho Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile Volumen 2 - n° 3-6 1975, puede verse publicación web en alnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649249-ha sostenido en forma categórica la inconveniencia de aplicar sanciones entre organismos del estado basado, en la improcedencia de sostener la supremacía entre órganos estatales por que se afecta el principio de unicidad del Estado. Recuerda que las potestades surgen de las atribuciones que le da la Constitución en el orden del reparto de las funciones, de ahí la imposibilidad de hablar de la supremacía de un órgano sobre otro y como consecuencia de ello establecer como prerrogativa la ejecutoriedad del acto administrativo imponiendo la sanción de uno sobre otro.

⁷⁰ MATA, Ismael; La Reforma del Estado y el regreso al Estado empresario, Jurisprudencia Argentina, 2007-II, pág.1153. Sigue esta postura citándolo, MUÑOZ (h), Ricardo Alberto, en Manual de Derecho Administrativo, obra colectiva, S&S editores, Rio IV, Córdoba, 2008.

organismos de control deben poseer ciertas notas mínimas de “independencia” del Poder Ejecutivo⁷¹.

Bibliografía

Dr. Francisco Losada.

Abogado Facultad de Derecho, UNCuyo.

Dr. en Derecho y Cs. Sociales. Facultad de Derecho y Cs. Sociales UNCórdoba.

Profesor Titular de Derecho del Transporte, Lic. en Logística, Fac. de Cs. Económicas UNCuyo.

Profesor Adscrito Derecho del Transporte, Fac. de Derecho, UNCuyo.

Prof. Titular Derecho del Transporte y los Seguros Carrera de Abogacía de la UCongreso.

Abogado de Asesoría de Gobierno de la Pcia. de Mendoza

Extractado del libro *Hacia una Teoría General del Derecho del Transporte*. Ed. Lerner. Córdoba 2012

⁷¹ BUSTELO, ob. cit. dice que con solo otorgar “autarquía” a tales entes no se cumpliría a mi criterio con el artículo 42 de la Constitución Nacional, ya que por más que un organismo revista la forma de ente autárquico, si no está garantizada la actuación verdaderamente “independiente” de sus autoridades, dicha entidad no pasará de ser una secretaría o ministerio más de la administración central con la consecuente ausencia de control⁷¹. Por ello se deben transparentar en forma absoluta los mecanismos de designación y remoción de los miembros del directorio de los entes, los que no pueden quedar librados a la sola discreción del Poder Ejecutivo y limitar o eliminar las facultades del Poder Ejecutivo para intervenir estos entes, así como también, que descarten la posibilidad de que lleve a cabo el control de tutela de sus actos por vía de recurso de alzada tal como lo ha sostenido nuestra Suprema