

EL SERVICIO PÚBLICO COMO ACTIVIDAD PRIVADA REGULADA

LAS EMPRESAS PUBLIC UTILITIES

DR. PABLO JAVIER DAVOLI

I) OTRO CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO - SUS FUNDAMENTOS Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES:

Dentro del esquema que nos proponemos abordar, el servicio público aparece no ya como una determinada actividad administrativa cuya titularidad corresponde al Estado (la ejerza él mismo o la concesione a particulares), sino como una actividad económica originariamente privada y -por tanto- sometida a la dinámica propia del así denominado *mercado libre*, que -sin embargo- ha merecido por parte de la Autoridad pública una regulación especial debido a la importancia del interés público comprometido en dicha actividad¹ (es por tal razón que en los Estados Unidos se habla de las empresas *public utilities* y que en nuestro medio idiomático se aluda al *modelo de industria regulada*)².

Algunos autores³ prefieren agregar mayor especificidad al concepto que nos ocupa, incorporando como uno de sus elementos sustanciales el compromiso

¹ Tomamos distancia así de las posturas *positivistas* para las que, siempre dentro del esquema planteado, es servicio público o empresa *public utility* toda actividad económica o negocio al que la Autoridad pública haya declarado como tal, confiriéndole determinados privilegios y sujetándolo a ciertos controles extraordinarios (cosa que, en principio, incumbe al Poder Legislativo), en la medida en que el Poder Judicial (o a quien incumba el control de constitucionalidad) tenga por constitucionalmente válidos dichos actos. Esta postura, por su excluyente atención a los aspectos jurídico-formales de la cuestión, es incapaz de dar con los fundamentos materiales (políticos, sociológicos, económicos, éticos, etc.) sobre los que se asienta y que justifican en últimas instancia - siempre dentro del esquema planteado- la determinación oficial de qué actividades económicas constituyen *public utilities* y la configuración normativa de las mismas por su calidad de tales.

² También se han sugerido otras denominaciones muy similares a las consignadas, como la de *empresas reglamentadas*, utilizada por **Villegas Basabilbaso** (en *Derecho Administrativo*, tomo V, pág. 48).

³ Verbigracia, **Cincunegui**, en *Regulación y control de los servicios públicos*, *LLActualidad*, 02/12/93.

asumido por quien desarrolla la actividad económica y normativamente estipulado de proveer un abastecimiento de carácter regular de una mercancía o servicio al público demandante del mismo, sin discriminaciones ni reservas de ningún tipo.⁴ Pero siempre es la especial utilidad pública que se encuentra involucrada en el negocio o actividad económica de un particular, lo que determina su calificación como servicio público y la aplicación sobre el mismo de un régimen normativo extraordinario a los efectos de regular su funcionamiento (la regularidad del suministro y la obligatoriedad en la prestación, en todo caso, se contarán entre las cargas básicas y comunes a todos los casos, que dicho régimen regulatorio).

Por otra parte, es preciso advertir que, a la luz del criterio expuesto -por el cual se subordina a la presencia de un interés público comprometido en una determinada actividad, su calificación como servicio público, más allá de que dicha actividad sea privada y así permanezca-, la concreta determinación de cuáles actividades constituyen servicios públicos es esencialmente variable, según las distintas épocas y los diferentes lugares, dependiendo directamente de las condiciones políticas, económicas y sociales en general, que presente cada coyuntura.

Tal como es fácilmente deducible, modernamente, esta concepción de los servicios públicos, que asigna su titularidad y ejercicio a los particulares, se ha sostenido sobre un principio característico del liberalismo, aunque no exclusivo del mismo, según el cual toda actividad económica pertenece al ámbito de la iniciativa privada y debe desarrollarse en el mercado de acuerdo a una mecánica que le es propia. La referida dinámica, por su parte, proviene de la libre interacción de los sujetos económicos (*la libre competencia*), animados por el propio afán de lucro (*el sano egoísmo liberal*), y produciría efectos equilibrantes, los que serían garantizados por la *mano invisible* sobre la que teorizó Adam Smith, sin interferencia alguna de la Autoridad pública, la que debe limitarse a garantizar la propiedad privada y las

⁴ Es precisamente en este último aspecto (la obligatoriedad de la prestación) que autores como **Jorge Sarmiento García** hacen residir el rasgo distintivo del servicio público en un sistema de titularidad y prestación del negocio por particulares (en *Concesión de servicios públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1.999, pág. 33).

libertades económicas en general (el modelo de *Estado gendarme* propiciado por la señalada corriente de ideas). No en vano, el modelo de industria regulada se ha desarrollado, hasta llegar a nuestros días, en los países anglo-sajones (en particular, Estados Unidos), que son los de más arraigada tradición liberal (donde, por tanto, el Estado, como regla, no ha asumido actividades económicas como de su titularidad). Y si bien es cierto que la *industria regulada* contradice (por excepción) el *no intervencionismo* pregonado por la doctrina liberal, no menos cierto es que ha sido la misma matriz ideológica la que ha aportado el fundamento teórico moderno que ha justificado la permanencia de ciertas actividades económicas en el ámbito de lo privado (alternativa, ésta, cuya viabilidad práctica sólo ha sido posible, a nuestro entender, porque se implementó al *precio* de sustraer el desenvolvimiento de las aludidas actividades a la pura *lógica* del *libre mercado* -se trata de obligadas concesiones de las especulaciones ideológicas a las exigencias planteadas por los hechos-).

Bien ha explicado **Héctor Mairal** que *frente al concepto del servicio público entendido en el Derecho Francés y después en el Derecho Español, como una actividad administrativa, se ha utilizado en los Estados Unidos un criterio totalmente opuesto. Partiendo de que toda actividad económica es, en principio, privada, en los Estados Unidos se distingue entre la actividad económica regida por las leyes del mercado, donde se aplica fundamentalmente como control la Ley de Defensa de la Competencia, la ley contra los monopolios⁵, y el sector donde no pueden jugar las reglas del mercado, por las características especiales de la industria, que entonces debe estar sujeta a regulación por el Estado. En consecuencia, el estudio de la Regulación Estatal de la Economía en los Estados Unidos, tiene dos partes: 1) Ley de Monopolios, y 2) Industrias Reguladas. Por ello, en los Estados Unidos se considera a*

⁵ Esta mínima intervención estatal ha sido justificada desde la propia ideología liberal por el deber que ésta asigna al Estado de asegurar la libre competencia, como motor de la dinámica económica, a la par que apelando a consideraciones de orden pragmático -muy comunes, dicho sea de paso, en los países anglosajones- una vez que el proceso histórico de aplicación de las ideas liberales arribó a la instancia crítica en que el *mercado* comenzó a acusar sus propias deficiencias y contradicciones (fenómenos de concentración de riqueza, de conformación de monopolios que atentaban contra el funcionamiento del libre mercado a cuyo amparo se erigieron, de consecuente pauperización salarial y exclusión social, etc.).

las actividades como el teléfono, el gas, el agua, los transportes, como actividades privadas, sí, pero sujetas a una regulación especial atento al interés público en su actividad (en *El servicio público*, dentro de *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, obra colectiva, Bs. As., 1.996, pág. 145).

Sin perjuicio de lo dicho, preciso es señalar que así como esta noción de servicio público parte de la premisa liberal según la cual toda actividad económica pertenece -por definición- a la esfera privada, paralelamente, su sola concepción y aceptación importa salirse de la *ortodoxia* de la aludida ideología, por el tácito reconocimiento de la incapacidad del *libre mercado* y su *mano invisible* para la custodia de -por lo menos- los intereses materiales vitales de la sociedad.

II) ORÍGENES HISTÓRICOS DE LAS PUBLIC UTILITIES:

Ante todo, debemos puntualizar que el modelo de *industria regulada* en virtud de la gravedad de los intereses públicos comprometidos en la misma, no es -en absoluto- novedoso. Incluso sus orígenes son previos al liberalismo (abrevando, luego, en las sociedades que abrazaron el liberalismo, absolutamente refractarias al concepto de titularidad estatal de actividades económicas, en cierta medida, como producto remanente de etapas previas, y, desde las revoluciones industriales en adelante, por imperio de las propias circunstancias históricas y las concretas demandas sociales que en su seno se fraguaban).

Para ceñirnos a la tradición jurídica del *Common Law* (tanto inglés como norteamericano), digamos que el mismo registra antiguos antecedentes de regulación de actividades comerciales e industriales a las que calificaba como *public callings*, por ejemplo: posadas, molinos, etc. Sobre los titulares de tales negocios se hacía pesar la obligación de prestar su servicio a todo aquel que así lo solicitare, sin discriminaciones ni reservas, y a un precio razonable⁶.

⁶ Lo que importa sustraer el proceso de formación de precios a la pura ley de la oferta y la demanda, con el objeto de evitar los posibles abusos a los que -según ha demostrado acabadamente la experiencia- el *juego* programado por tal regla puede dar lugar.

Algunos autores, como **Wyman** y **Glaeser**,⁷ remontan el origen de las *public utilities* al Medioevo, es decir, a la etapa histórica en que se estaba gestando el *Common Law*. En dicho período toda la actividad económica y social en general, estaba reglamentada, pues imperaba el ideal de una sociedad totalmente ordenada, en la que cada hombre ocupara un lugar y desempeñara una función que, en perfecta armonía con la posición y las funciones asumidas por los demás miembros de la comunidad, proveyera al bien común. El hombre medieval depositaba, entonces, su confianza en la capacidad organizativa del gobernante y las normas que del mismo emanaban.

Con la irrupción de las ideas liberales -y su postulación del *laissez faire*-, la atención fue desviada de la comunidad al individuo en sí mismo, y se confió su bienestar a los benévolos efectos sociales que supuestamente se derivarían de la actividad que cada miembro de la comunidad desplegara en procura de su propio lucro, desembozada de todo límite impuesto por la Autoridad, excepto el respeto por la propiedad privada ajena y la palabra empeñada en las negociaciones. Sin embargo, y por excepción, continuaron vigentes las reglamentaciones a las que estaban sujetas algunas actividades a las que se consideraba fundamentales para el bienestar general. El primero de los autores citados, **Wyman**, interpreta la supervivencia de las industrias reguladas como un mero vestigio del sistema económico previo a la revolución liberal, del que no fue posible -por diversas razones coyunturales- desembarazarse, a pesar del radical cambio de las *reglas de juego*. En tanto que el segundo de ellos, **Glaeser**, observa en tal pervivencia un fenómeno de verdadera combinación sintética, por la cual *las instituciones de utilidad pública tuvieron su origen en los tiempos feudales y, modificados por la doctrina del 'laissez faire', combinan una extraña mezcla de volición y coerción, elaborándose un esquema que, colectivamente, constituye el estatuto jurídico de las empresas de servicios públicos* (en la obra y las páginas ya citadas).

La consustanciación de la regla liberal, que todo lo delega al libre movimiento del mercado, con la excepción que representan las *public utilities*, en tanto

⁷ En *The special law governing*, volumen I, pág. 6, y *The meaning of public utility, A sociological interpretation*, págs. 176/187, respectivamente.

industrias reglamentadas, obedece a varios factores, íntimamente vinculados entre sí, que pasamos a enumerar de manera muy sintética: en primer lugar, la importancia que revisten los antecedentes en el sistema político-jurídico del *Common Law*⁸; en segundo lugar, el espíritu esencialmente pragmático, tan característico de la cultura anglosajona, que los hace reticentes frente al dogmatismo ideológico y que ha signado su desenvolvimiento institucional; en tercer lugar, una consciencia muy clara respecto de los concretos intereses públicos de mediano y largo plazo, de cuya celosa defensa -en principio- nunca abdicó el *Common Law*, desde sus inicios en adelante; y en cuarto lugar, la concepción amplia del poder de policía a la que, como contrapartida de la ideología del *Estado gendarme*, adhirió el *Common Law*.

En relación a la continuidad de la regulación jurídica estatal de algunas actividades económicas, a pesar del auge de las ideas liberales, y a la síntesis que -como muy lúcidamente ha apuntado **Glaeser**- ha resultado de ambos principios económicos (reglamentación de las *public utilities* y libre mercado), nos arriesgamos a afirmar que la supervivencia histórica de la vigencia práctica de la regla libertaria en lo económico, sólo ha sido posible debido a que se ha dispensado, por excepción, el mantenimiento de la intervención estatal en los sectores más sensibles e indispensables del organismo económico. Lo que queremos decir, en definitiva, es que -muy probablemente- la viabilidad histórica del liberalismo económico ha sido factible por la aplicación de principios y *reglas de juego* no liberales a los negocios que, si bien privados, revisten un peculiar interés público. De allí la vital

⁸ En el célebre *leading case* ***Munn vs. Illinois***, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos concede un valor decisivo a los antecedentes que, en materia de los poderes de control estatal ejercido sobre empresas de utilidad pública, registra la tradición político-jurídica tanto de su país como inglesa: *su ejercicio ha sido consuetudinario en Inglaterra desde tiempo inmemorial, y en este país desde su primera colonización, para reglamentar ferries, acarreadores comunes, changadores, panaderos, molineros, muelles, posaderos...* De hecho, los fundamentos del citado fallo giran -más que nada- en torno de la presencia de tales antecedentes en la historia del Derecho anglosajón, y de los imperativos de orden práctico que justificaban, en el concreto caso sometido a juicio, la solución adoptada (esto último se relaciona directamente con el pragmatismo característico de la tradición anglosajona, al que aludimos enseguida).

dependencia entre dos esquemas que, a primera vista, se revelan como contradictorios.

En efecto, tal intervencionismo ha impedido que los efectos más nocivos que se han derivado del desenvolvimiento de las fuerzas del mercado libradas a su propia lógica, muchas veces caótica y salvaje, sobre todo luego de la pérdida de los últimos vestigios de religiosidad cristiana que aún supervivían en las sociedades que habían adoptado tales *reglas de juego*, se trasladen y terminen por comprometer gravemente la provisión de las mercancías y la prestación de los servicios esenciales para la sociedad. Esta necesidad de asegurar dichas provisión y prestación es la que explica la intensificación de las medidas intervencionistas que se ha producido en momentos de zozobra económica.

III) EL PODER DE POLICÍA Y LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADOS:

Si lo que caracteriza a los servicios públicos -conforme a la singular concepción que nos ocupa- no es la titularidad estatal de la actividad económica que constituye su objeto, sino la especial reglamentación jurídica que la Autoridad pública les asigna, su diferenciación respecto del poder de policía del Estado no resulta clara (sobre todo si adoptamos la noción anglosajona del poder de policía, que -a diferencia de la doctrina liberal *continental* sobre el punto- no agota las potestades reglamentarias del Estado a la trilogía seguridad-salubridad-moralidad, sino que opta por el criterio más flexible y amplio de la utilidad pública).

Para muchos autores, la diferencia entre el régimen de los servicios públicos y el del poder de policía que ostenta el Estado, lejos de ser sustancial o cualitativa, es de mero grado o simplemente cuantitativo, puesto que la reglamentación tipificante de los servicios públicos no sería más que el producto de una *policía económica intensificada, que se halla por encima de la policía económica general y que recae sobre actividades ... que soportan un contralor estatal en mayor escala debido a que afectan o comprometen intereses públicos* (Oyhanarte, en *La expropiación y los servicios públicos*, pág. 60).

Otros autores adicionan -a la mayor profusión de normas reglamentarias y controles que configuran la aludida diferencia de intensidad- otros elementos distintivos del régimen de los servicios públicos respecto del régimen general del poder de policía, como por ejemplo la existencia de entes reguladores autárquicos. Así, **Daniel E. Maljar** sostiene que *la diferencia más importante, con el poder de policía, radica en que existe una tendencia en el legislador, al sancionar el marco normativo regulatorio de estas actividades, a alejar a estos entes administrativos del poder político de turno, con lo que se pretende dotar a estos organismos públicos de cierta independencia funcional, ubicándolos institucionalmente distanciados del Poder Ejecutivo, a la vez que constituir ‘una administración profesionalizada de expertos no partidistas’* (en *El Estado en la prestación de servicios públicos*, Hammurabi, Bs. As., 1.998, pág. 161; dicho autor extrae la cita de *The administrative process and american government*, de **Freedman**, en *Crisis and legitimacy*, pág. 45).

Sin embargo, de acuerdo a otra postura doctrinaria, la diferencia entre ambos regímenes en cotejo, es de orden sustancial y no meramente gradual o cuantitativa. En este sentido, **Héctor Mairal** no hesita en refrendar que *la nota distintiva de este régimen -de los servicios públicos- (no) radique en la cantidad de reglamentación, dado que el tema no es una cuestión de diferencia de grado. Así, no puede sostenerse que el servicio público sea una actividad muy reglamentada. Posiblemente no hay actividad más reglamentada que los bancos, o las compañías de seguro. Sin embargo disputarían agriamente quienes prestan estas actividades de ser calificadas de servicio público. Y agrega: yo he encontrado la nota distintiva ... en una cuestión ... de calidad. En mi opinión existe el servicio público allí donde quien presta esa actividad está obligado a prestarla a todo aquel que le solicite el servicio* (en su obra ya citada, pág. 146).⁹

⁹ Según **Mairal**, de la comentada obligatoriedad se derivan otros principios característicos de los servicios públicos, como la igualdad, la prohibición de discriminar y la continuidad de la provisión o prestación.

Por nuestra parte, consideramos preciso aclarar que la calificación como servicios públicos (o no) de las actividades citadas por Mairal a guisa de ejemplos de actividades reglamentadas pero que no constituirían tal tipo de servicios (bancos y seguros), depende de la ideología política que se adopte (más concretamente, del rol que las distintas ideologías asignan al Estado respecto de la vida económica).¹⁰ La obligatoriedad de la prestación de tal servicio podrá contarse entre las exigencias contenidas por dicha reglamentación o no, según los casos.

Lo cierto es que, dentro del modelo *anglosajón* del servicio público como industria regulada, cuyo principio es el no intervencionismo, siendo la excepción la reglamentación en atención al interés público comprometido (única y extraordinaria causal habilitante de tal intervención), el requisito de la obligatoriedad de provisión o prestación, si bien el más común, no constituye un elemento conceptualmente necesario. Si bien la información arrojada por la generalidad de los relevamientos casuísticos, permite -indudablemente- detectar el requisito señalado por **Mairal**, debemos prevenir que su incorporación a la definición de los servicios públicos nos lleva a la ruptura de la analogía inicialmente trazada -con carácter de premisa- entre los servicios públicos y las *industrias reguladas* o empresas *public utilities*¹¹,

¹⁰ Así, por ejemplo, **Arturo E. Sampay** asignaba a la actividad bancaria el carácter de servicio público orientado al servicio de la producción nacional y la redistribución de la riqueza aconsejada por el principio de justicia social, debido a la indudable incidencia que dicha actividad tiene en ambos planos, más allá de la postura estatista de este jurista respecto de la titularidad y el ejercicio de los servicios públicos, la que no es sino consecuencia que hizo derivar -acertadamente o no- de la primera observación (en *La reforma constitucional*).

¹¹ El requisito de la obligatoriedad también se opone a la amplitud del concepto de servicio público desarrollado en nuestro medio por las corrientes estatistas (es decir, por la doctrina contraria al sistema *anglosajón* en cuanto a la titularidad y el desarrollo de tal tipo de servicios), por el cual se identificaba al servicio público con toda actividad económica vital para el bienestar de la sociedad (esta es, por ejemplo, la noción de servicio público que la Convención Constituyente de 1.949 plasmó en la Constitución nacional -conforme **Arturo E. Sampay** en *La reforma constitucional*).

Por otra parte, no constituye ninguna novedad que la difusión del modelo de *industria regulada* ha puesto en severa crisis el concepto mismo de servicio público en los países de tradición continental, basado en el modelo francés, que lo entiende como una actividad de naturaleza administrativa cuya titularidad corresponde al Estado (así lo reconoce el propio **Mairal** -obra citada, pág. citada-, en tanto que autores como **Juan C. Cassagne** llama la atención sobre la tendencia al

habida cuenta de que nos topáramos con *negocios reglamentados* que, sin embargo, no estarían enmarcados en tal tipo de servicios.

Conforme a tal postura, el esquema *anglosajón* quedaría compuesto de tres niveles, a saber: el de libre mercado (que es la regla), el de las industrias reguladas que no son servicios públicos y el de los servicios públicos propiamente dicho; lo que no se compadece con el esquema dual propuesto por los principales especialistas en la materia (entre ellos, **Mairal**), consistente en la esfera general de libre mercado (en la que sólo rigen -como hemos señalado- las normas antimonopólicas y de defensa de la competencia) y la esfera de los servicios públicos (en tanto negocios privados pero sometidos a reglamentación y control estatal).

Finalmente, es menester apuntar que de la cuestión conceptual planteada por la incorporación del requisito de obligatoriedad al concepto de servicio público -dentro del esquema en análisis- ha llevado a interpretaciones que no compartimos, en el sentido de que las reglamentaciones estatales a las que se sujeta a tales negocios, sólo obedecen a la finalidad de preservar los derechos del consumidor y del usuario. Si bien es innegable que gran parte de las regulaciones están destinadas a tal finalidad, no menos cierto es que muchas otras son dictadas en atención de razones macroeconómicas, estratégicas y hasta militares, habida cuenta de la variedad y polivalencia de los intereses públicos en juego que motivan la intervención reglamentaria de la Autoridad pública.

Arribados a este punto del trabajo, consideramos pertinente abocarnos, en las páginas que siguen, a un estudio más detallado de las *public utilities* en E.E.U.U. y de las agencias de control desarrolladas en dicho país, analizando tanto sus aspectos normológicos como fácticos.

abandono total de la *publicatio* y advierte sobre los riesgos de transplantar las instituciones norteamericanas a nuestro país sin considerar las diferencias culturales y socio-políticas de ambos contextos (ejemplo claro de ello es el singular funcionamiento adoptado en Argentina por la audiencias públicas, debido a los intereses políticos involucrados).

IV) OBSERVACIONES ACERCA DE LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE EN LA MATERIA:

a) Una brevísima reseña histórica:

Como ya hemos anticipado más arriba, las *agencias independientes* o *entes reguladores* de determinadas actividades económicas, fueron creados para evitar las discriminaciones comerciales (consideradas injustas o, sencillamente, irregulares o *anti-funcionales*), así como los abusos en los que tendían a incurrir las empresas privadas de dichos sectores en relación con sus clientes (normalmente, la población en general o, por lo menos, amplios fragmentos de la misma). Vale decir que el nacimiento de estas *entidades* de contralor fue motivado por una doble intencionalidad: por un lado, asegurar las reglas de la *oferta* (una suerte de *defensa de la competencia*) y, por el otro lado, proteger a los usuarios y consumidores de los servicios esenciales (una suerte de *defensa del consumidor y del usuario*). Y, con el paso del tiempo, se fueron agregando razones de orden geopolítico, político-estratégico, militar, etc. Restando acotar que la incidencia que este tipo de *intervencionismo* estatal en la vida económica del país -cuya sola existencia y aceptación importa la negación del principio liberal según el cual el *mercado*, por sí mismo, es el artífice por excelencia del bienestar general de la sociedad- ha sido enorme.

Los primeros *entes* de este tipo aparecieron en los años 1839 y 1844, a nivel estadual, en *New Hampshire* y *Rhode Island*. Su creación obedeció a la necesidad de implementar algunos controles sobre el transporte ferroviario. Cabiendo aclarar que las atribuciones de las que estas *agencias* disponían eran muy limitadas, pues dichas potestades se reducían al requerimiento de informes a las compañías del ramo, la investigación acerca de las actividades económicas desarrolladas por las mismas y la proposición de sistemas contables uniformes, nada más. De manera que carecían de las facultades necesarias para la regulación efectiva de la actividad.

Por su parte, a nivel federal (o nacional), la primera *agencia administrativa* fue la *Comisión de Comercio Interestatal*, fundada en el año 1887. Luego, fueron

haciendo su *entrada en escena* nuevos entes, verbigracia: la *Comisión Federal de Radio* (posteriormente reemplazada por la *Comisión Federal de Comunicaciones*¹²), la *Comisión del Poder Federal*¹³, la *Comisión de Bolsas y Valores*, la *Junta Civil Aeronáutica*¹⁴, la *Junta de Comercio Interestatal*, etc.

Cabe aclarar que tanto la creación de este tipo de *agencias*, como el grueso de sus potestades, experimentaron -junto con todo el ámbito estatal-administrativo- una notable expansión como consecuencia de la política del *New Deal* impulsada por el Presidente Franklin Delano Roosevelt y de la puesta en práctica del modelo de *Welfare State* (Estado de Bienestar) durante la década de los años '60. Dicho proceso finalizará hacia mediados de la década de los años '70, comenzando su reversión durante la presidencia de James Carter¹⁵; tendencia, ésta, que se intensificará en los '80, con las presidencias *republicanas* de Ronald Reagan¹⁶, primero, y de George Bush, después. A su vez, en los '90, con sendas presidencias *demócratas* sucesivas de Bill Clinton, la tendencia *neoliberal* y *desreguladora* llega a su término, comenzando nuevamente un proceso de fortalecimiento *administrativo*. Más tarde, la Presidencia *republicana* de George Bush (h) tentará una nueva reversión del proceso recién indicado, con la finalidad de producir un *achicamiento* del Estado y la *expansión* del *mercado*. Sin embargo, esta política, cuya promesa ocupó un importante lugar en los discursos de campaña electoral, se vio en gran medida truncada con motivo de -por un lado- los atentados terroristas del 11/09/01, acaecidos en las ciudades de *New York* y

¹² Encargada del control y la regulación de radios, teléfonos y estaciones televisivas. Curiosamente, no de la Internet.

¹³ Encargada del control y la regulación de los recursos hídricos, la actividad de las compañías eléctricas interestatales y el transporte y la venta de gas natural a nivel interestatal e internacional.

¹⁴ Encargada de la supervisión de los transportes civiles por avión. Suprimida en fecha 01/01/85, por prescripción del *Acta de Desregulación de las Aerolíneas* sancionada en el año 1978.

¹⁵ En 1978 y 1980, el Congreso federal sancionó cinco leyes de *desregulación*, entre las cuales se contó el *Acta de Desregulación de las Aerolíneas* a la que hicimos reciente referencia.

¹⁶ Como es sabido, el Gobierno de Ronald Reagan (en los E.E.U.U.) y de Margareth Tathcher (en el Reino Unido) impulsaron, tanto dentro de sus respectivos países como fuera de ellos, la *oleada neoliberal* que se hará sentir fuertemente en Latinoamérica recién en los años '90 (precisamente, la década de las *privatizaciones*).

Washington D.C.¹⁷ y -por el otro lado- los grandes escándalos de *fraude corporativo* (casos *Enron* y *World Com*, por citar los más renombrados).

b) Las múltiples facultades de las agencias:

En general, las atribuciones de las que gozan los *entes de regulación* son muchas y variadas. Tanto es así que, cuando se ejercen correctamente, configuran en la práctica una suerte de co-dirección o co-participación del Estado en la toma de las decisiones empresariales (sin que el mismo sea socio de las compañías subordinas a las *entidades* en cuestión).

A continuación, ensayamos un listado de las facultades (de contralor y regulación) más comunes:

* Aprobación de las tarifas de las empresas controladas; autorización de cada una de sus inversiones; y control del beneficio lícito arrojado por éstas.

* Fijación de los *estándares* técnicos requeridos por cada actividad a los efectos de garantizar: uniformidad, seguridad, *confort*, etc.

* Control de la razonabilidad de los costos; rechazo de aquellos costos que resulten excesivamente onerosos o superfluos.

* Control sobre los bienes afectados a la actividad; autorización (previa) a los efectos de la enajenación o de la alteración sustancial de los mismos.

* Supervisión (cuantas veces lo estimen pertinente) de las plantas de producción y del equipamiento instalado y/o utilizado, a los efectos de corroborar la eficiencia de los mismos. Orden de cambio o sustitución en los casos de desgaste, obsolescencia o falta de productividad.

* Determinación de la extensión de las zonas a las que es obligatorio brindar suministros en condiciones de igualdad para todos los usuarios de cada una de las mismas, a los efectos de garantizar la obligatoriedad de la prestación de los servicios afectados y la no discriminación de los destinatarios de los mismos.

¹⁷ Estos acontecimientos determinaron un incremento muy grande de los controles y las regulaciones por obvias razones ya no económicas, sino de defensa y seguridad.

* Imposición de un sistema de contabilidad normalizado y de sus reglas de funcionamiento; inspección de las cuentas contables en cualquier momento.

* Inspección y control patrimonial sobre los bienes de las compañías controladas; control y actualización de los inventarios de las mismas; determinación del costo real de los bienes incorporados a sus patrimonios.

* Aprobación (previa) de los presupuestos y cronogramas de inversión de las empresas controladas; participación (junto con las compañías sujetas a contralor) en la determinación de las prioridades, en función del interés público y no de las eventuales ganancias de dichas empresas, a los efectos de establecer la cuantía de las tarifas.

* Aprobación (previa) de las ampliaciones de capital previstas y de las condiciones en las que se hacen las nuevas emisiones de títulos de renta fija; aprobación (previa) de las operaciones de crédito de gran tamaño que las empresas controladas pretenden practicar.¹⁸

* Fiscalización de la identidad de las empresas controladas y de la titularidad de las mismas; autorización (previa) para la enajenación de las mismas, su fusión, la compraventa de sus acciones o cualquier otra alteración de *status* que pudiera afectar substancialmente los controles sobre las prestaciones correspondientes.

* Imposición de requisitos (patrimoniales, financieros, de antecedentes y experiencia) para la adquisición de acciones de las empresas controladas, por parte de nuevos particulares.

* Reglamentación de sus propios procedimientos y de los modos de implementación de los mismos¹⁹.

¹⁸ Estas potestades han sido reconocidas tardíamente. Así, por ejemplo, desde hace aproximadamente veinticinco años ninguna empresa de servicios públicos puede emitir acciones u obligaciones sin autorización previa de la agencia reguladora respectiva. Ello, a los efectos de evitar los casos de la así denominada *sobre-capitalización* (esto es: aumento ficticio del capital con la emisión de acciones liberadas y deterioro de las estructuras financieras de la compañía).

¹⁹ Conviene aclarar que, en muchos casos, la aludida determinación de procedimientos y modalidades de implementación se hace mediante órdenes comunicadas sin formalidad alguna, lo que confiere una gran *flexibilidad* y *agilidad* al funcionamiento de estas *entidades*.

A las facultades recién señaladas, que hacen al control y la regulación de las *public utilities*, se agregan las competencias jurisdicciones de las *agencias* correspondientes.

En efecto, con el desarrollo de las *agencias*, se hizo necesario sustraer de la competencia de los tribunales de justicia ordinarios, a los conflictos jurídicos que surgían con motivo de la actividad de las empresas controladas. De manera que las *agencias* comenzaron a entender en todos los problemas que se suscitaban en cualquier parte del *plexo* o *entramado* de relaciones jurídicas en las que, de algún modo u otro, estuvieran involucradas, como parte, las *public utilities*. Se habilitó así una instancia jurisdiccional administrativa, totalmente novedosa para el país en cuestión (tanto que muchos autores, como **Schwartz**, vinculan dicha innovación con el nacimiento del Derecho Administrativo en los E.E.U.U.²⁰).

Tan importante cambio obedeció a la necesidad de contar con comisiones jurisdiccionales o tribunales especializados, cuyos integrantes tuvieran un conocimiento acabado y experto de los específicos y, a la vez, complejos asuntos que quedarían sometidos a su conocimiento y arbitrio.

Desde luego, la implementación de este tipo de jurisdicción especializada, dejaba a salvo la potestad de revisión (de sus decisorios) en cabeza del Poder Judicial (de la Justicia ordinaria). Siendo esta salvedad -tendiente a garantizar el derecho a la jurisdicción y a la legítima defensa en juicio-, la que evitaba que la novedosa sede jurisdiccional incurriera en inconstitucionalidad, pese a no encontrarse contemplada en el diseño institucional del Estado establecido por la Ley Fundamental.

c) En cuanto a la creación y la supresión de las *agencias*:

Arribados a este punto de nuestra exposición, es menester señalar que la creación de las *agencias* constituye una potestad exclusiva del Congreso.

²⁰ Autor citado, *Administrative Law*, pág. 17; citado por Maljar, Daniel E., *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1998, pág. 168.

La aludida fundación debe hacerse por medio de leyes especiales.

Asimismo, dicho cuerpo legislativo goza de las siguientes prerrogativas: atribuir las facultades de los *cuerpos* en cuestión, retirárselas e, incluso, suprimir su existencia.

d) El debate en torno a la autonomía de las *agencias* y su control:

Tradicionalmente, se ha entendido que las *agencias* son -en cierto modo, relativo, por cierto- *independientes* (o, por lo menos, autónomas) en relación a los demás Poderes del Estado. Que se trata de entidades marcadamente autárquicas, separadas de la Administración Central, que depende del Presidente. E, incluso, de una suerte de órganos *extra-poder* del Estado, que vienen a agregarse, por imperio de las circunstancias y creación legislativa, a la *arquitectura* constitucional del Poder público, sin vulnerar sus *líneas maestras*. A grandes rasgos, ésta es la postura que ha prevalecido hasta nuestros días.²¹

Se ha sostenido dicha *independencia* en aras de tres objetivos muy concretos e importantes; a saber:

- * Garantizar la neutralidad absoluta de la Administración.
- * Promover la capacitación y la experiencia.
- * Asegurar la estabilidad de las instituciones.

Como se puede observar, la mentada *independencia* apunta, sobre todo, a impedir que los vaivenes propios de la vida política perturben el normal

²¹ Una de las consecuencias más importantes de esta *independencia* está dada por la potestad de la que gozan las *agencias* de defenderse personalmente en juicio, contratando sus propios servicios jurídicos (sin necesidad de comparecer bajo el rótulo del Estado, de la misma manera que lo hace, por ejemplo, el autárquico Banco Central de la República Argentina en nuestro país). Sin embargo, vale aclarar que no pueden actuar ante los Tribunales sin la autorización del *Attorney General en Justice* (*Jefe del Departamento de Justicia*).

funcionamiento de las *agencias* (y que, a través de ellas, perjudiquen el desenvolvimiento de la vida económica, con las funestas consecuencias sociales que de ello se derivaría).

Asimismo, mediante la invocada *independencia*, pretende formarse un cuerpo administrativo altamente profesionalizado y especializado, que no se vea *contaminado* por la inclusión de *cargos políticos* ni desviado -en su funcionamiento- por intereses facciosos, partidistas y/o electorales.

Se trata, en suma, de un instrumento tendiente a resguardar la imparcialidad y la efectividad de las *agencias*. Instrumento, que, dicho sea de paso, ha sido inspirado por una profunda desconfianza hacia el Gobierno (en sentido amplio) y hacia el Poder Ejecutivo (y la Administración Central) en particular. Desconfianza, ésta, que, a su vez, es inherente a la ideología liberal (sobre cuyos ejes el Estado norteamericano fue vertebrado²²), la que no en vano pregona un abúlico Estado *abstencionista*, y a la mentalidad de la clase social que enarbó dicha ideología como *bandera* propia (la burguesía).

Pero lo cierto es que, sin perjuicio de las razones (bajo cierto punto de vista, muy atendibles) que se invocan para postular la *independencia* de las *agencias*, no podemos dejar de resaltar que, con este sistema, se priva al Gobierno de un instrumento fundamental para el diseño y la ejecución de una política económica ambiciosa. En pocas palabras: se priva al Gobierno de una herramienta fundamental para ¡gobernar! (Contradicción, ésta, en la que suele incurrir el pensamiento liberal no bien la experiencia histórica opone resultados concretos que se *dan de patadas* con los postulados ideológicos).²³ Otro grave problema que la

²² Aunque en forma *heterodoxa* (vale decir: admitiendo excepciones), como las propias *public utilities* y sus respectivas *agencias* lo ponen de resalto.

²³ Un debate similar se ha planteado en nuestro país, hace pocos años, con motivo de la reforma de la Carta Orgánica del B.C.R.A. (la cual redundó en una mayor autonomía por parte de dicho órgano). Porque si bien es cierto que no es aconsejable que la política monetaria quede sometida a las eventuales contingencias partidistas o electorales (lo que denotaría una grave irresponsabilidad), no menos cierto es que pretender que el Gobierno lleve adelante una política económica sin que disponga de potestad alguna sobre el manejo de la moneda nacional, es como requerir de un

experiencia norteamericana en la materia ha registrado es el siguiente: se ha advertido que, en muchos casos, las *agencias* han pasado por depender, en la práctica, de las empresas a las que debieran controlar, terminando en condición de subordinación a sus intereses. Tan indeseables (y paradójales) resultados se han producido por diversas razones; entre ellas: en general, las empresas de *public utilities* (la mayor parte de ellas, de gran tamaño económico) cumplen un rol de decisiva importancia en el financiamiento de las campañas electorales y ostentan un gran poder de *lobby*²⁴, de manera que pueden incidir fuertemente en la elección de las propias autoridades gubernamentales del país; en muchos casos, incluso, son los propios empresarios quienes llegan a ocupar los cargos de gobierno más importantes de la república norteamericana;²⁵ en la práctica, el diseño de las *políticas públicas* se encuentra a cargo de *centros de planeamiento* de carácter privado, a cuyo seno pertenecen como miembros tanto los grandes empresarios y los más destacados profesionales del país, como los principales políticos²⁶ (se destaca, entre ellos, el prestigioso *Council on Foreign Relations*); los profesionales convocados a integrar las *agencias* fueron formados por universidades financiadas por las empresas sometidas a contralor o, peor aún, dentro de las mismas²⁷; etc. Las razones señaladas no son menores, puesto que apuntan a defectos *estructurales* del sistema político norteamericano.

cirujano que haga su intervención, quitándole toda disposición sobre el bisturí. Tamaña contradicción obliga a agudizar el ingenio para buscar soluciones alternativas al problema de los intereses facciosos y/o oportunistas, que no importen una *mutilación* de las potestades necesarias para ejercer nada menos que la *macro-función* de Gobierno.

²⁴ El *lobby* se encuentra institucionalizado en los E.E.U.U. desde 1947.

²⁵ Fenómenos, estos dos, que se han intensificado con el paso de los años, durante el siglo XX. Ambos fenómenos permiten poner en tela de juicio la legitimidad misma del sistema político *real* imperante en los E.E.U.U.

²⁶ Son estos poderosos *centros de planeamiento* -entidades de derecho privado en las que se aglutina casi toda la clase dirigente del país- los que definen las políticas a implementar, tanto desde el Gobierno como fuera de él. En cuanto al *Council on Foreign Relations*: todos los presidentes de los E.E.U.U. de los últimos setenta años, por lo menos, han salido de sus filas (la única excepción -relativa, por cierto- está dada por Richard Nixon, quien fue miembro del *C.F.R.* y fue expulsado del mismo tras el escándalo *Watergate*).

²⁷ Vicio, éste, de todo el sistema educativo estadounidense, el cual ha sido estructurado a la medida de los intereses de las grandes compañías.

Ahora bien, a efectos de completar la descripción analítica del particular sistema estadounidense que nos hemos propuesto, cabe preguntarse: ¿quién controla a los *controladores*? Primero, porque, según ya hemos advertido, la *independencia* de las *agencias* es de carácter meramente relativo. Y en segundo lugar, porque un tal interrogante es impuesto por elementales razones de pura lógica. Veamos de dónde surgen los *meta-controles* del sistema de control y regulación bajo análisis (o, lo que es lo mismo, cómo se integra *dWatergateicho* sistema de control en el conjunto del sistema político estadounidense):

* El Poder Legislativo: Ya hemos visto que el Congreso norteamericano tiene potestad para crear *agencias*, concederles facultades y suprimirlas. También puede hacer caducar una reglamentación administrativa dictada por alguna de las *agencias*, por el simple trámite de legislar en sentido contrario. Paralelamente, decide, en última instancia (previa intervención del Poder Ejecutivo) sobre las personas que dirigirán las *agencias* y sobre el presupuesto anual de las mismas. Asimismo, sus comisiones²⁸ tienen la facultad de requerir informes por parte de las *agencias*. Finalmente, el Congreso dispone del llamado *veto*, por el cual los legisladores pueden rechazar las reglamentaciones y decisiones adoptadas por las *agencias*²⁹, tanto por razones de legalidad como de oportunidad. En su conjunto, todas estas atribuciones propician un control muy intenso y efectivo por parte del cuerpo legislativo.

* El Poder Ejecutivo: El Presidente propone al Senado las personas que deberán ocupar los cargos dirigenciales de las *agencias* (en la práctica, ha sido muy

²⁸ Nos referimos a las dos comisiones encargadas del control de los Poderes públicos: *Senate and House of Representatives Comitees on Government Operations* (Comités del Senado y de las Cámara de Representantes para las operaciones gubernamentales); como también a las comisiones especiales creadas para algunas *public utilities* en particular, verbigracia: *Aviation Subcommittee of the Senate* (Sub-comité de Aviación del Senado).

²⁹ Antes de su entrada en vigencia, las reglamentaciones y decisiones de los *entes de regulación* deben ser sometidos a la autoridad del Congreso. Este tiene un plazo de tiempo determinado para efectuar sus impugnaciones. De no hacerlo en el plazo establecido, los aludidos actos jurídicos obtienen su entrada en vigencia.

frecuente que la citada cámara legislativa se haya limitado a ratificar las proposiciones del Poder Ejecutivo; una de las razones de este fenómeno es la falta de tiempo disponible por los senadores). Por lo demás, la Oficina de Gestión y Presupuesto, dependiente del Presidente, es la encargada de efectuar un primer control sobre las demandas anuales de fondos presentadas por las *agencias*, pudiendo modificarlas (e, incluso, suprimir algunas de sus partidas proyectadas). Es recién después de este primer *paso* que las previsiones presupuestarias de las *agencias* pasan al Congreso para obtener su aprobación o rechazo.

* El Poder Judicial: Como ya hemos anticipado más arriba, los tribunales judiciales tienen la potestad de revisar las decisiones de las *agencias*. En la práctica, la Justicia ordinaria se ha limitado a revisar únicamente aquellas decisiones *administrativas* cuyo contenido haya estado en pugna con el principio constitucional de razonabilidad, cuyo dictado no se ha ajustado a los procedimientos correspondientes (vale decir: casos de ilegalidad formal) o que han sido el producto de un exceso de poder.³⁰

Como se puede observar, el sistema de control gubernamental que pesa sobre las *agencias independientes* es muy complejo e importante. El mismo ha sido concebido de acuerdo con la misma *lógica* de *pesos y contrapesos* que alienta a la división de poderes clásica (o liberal), tendiente a producir un *equilibrio de fuerzas* de carácter más bien automático³¹. Así las cosas, el sistema de las *agencias independientes* (en su relación con la totalidad del sistema político), tal como ha sido concebido e implementado en los E.E.U.U., no obstante contradecir al principio liberal de *no intervención* estatal, se ajusta perfectamente a la *lógica mecanicista* que ha aportado las bases de la referida ideología.

³⁰ Esta auto-limitación del Poder Judicial que se ha verificado en la *praxis*, obedece fundamentalmente a dos razones: primero, lo específico de la materia propia de las *agencias*; y, segundo, el respeto a la autonomía del proceso administrativo.

³¹ El pensamiento liberal (sea político o económico) propone la idea del *mecanismo equilibrante automático* (que trabaja con base en la colisión de fuerzas puestas en oposición) para todos los campos de la vida social (¿qué otra cosa representa, en definitiva, el *mercado libre*, con su *mano invisible*?).

V) A MANERA DE COLOFÓN:

Si bien nuestro propósito consistía, más que nada, en ensayar la descripción de un sistema de servicios públicos diferente de los que se han implementado, en los últimos decenios, en nuestro país, nos sentimos obligados a arriesgar algunas consideraciones valorativas para finalizar el presente trabajo. Con la exposición de las mismas, pretendemos, más que sentar posturas, llamar la atención sobre los *puntos neurálgicos* del tema, a fin de suscitar un saludable debate en torno a ellos.

En primer lugar, consideramos que el modelo de *public utilities* se sostiene sobre dos principios distintos, mas perfectamente compatibles entre sí (sobre todo si nos atenemos a sus orígenes medievales); a saber: que el bienestar general (en el plano de lo material) que debe ser el producto de la labor económica mancomunada y ordenada de todos los miembros *activos* de la sociedad; y que el Estado tiene, a este respecto, la principalísima e indelegable función intervenir en el plano económico a los efectos de organizar, coordinar, sintetizar y conducir dicha actividad de los particulares, de acuerdo con las exigencias del bien común (ya no sólo material sino también *moral* o *espiritual*).

En segundo lugar, que, a nuestro entender, las fallas que acusa la experiencia norteamericana se derivan de la implementación en *clave* liberal del mencionado modelo, en un contexto cultural y político que, por su parte, también es eminentemente liberal (vale decir: configurado a tenor de los principios liberales) en términos institucionales y económicos, con algunos rasgos o señas marcadamente *oligárquicos* (usamos esta expresión en su sentido aristotélico) desde el punto de vista político-social. En este sentido, el sistema estadounidense comporta una tergiversación del modelo originario.

En tercer lugar, que la sola implementación (por imperfecta que sea) del modelo de las *public utilities* (dando lugar al sistema concreto y práctico con vigencia en el país del Norte) importa el reconocimiento (aunque sea por imposición de la experiencia histórica) de la falsedad de los postulados ideológicos básicos del propio pensamiento liberal (concretamente, nos referimos a la *fe* en el *automatismo*

benévolo del *mercado*, capaz de transformar, sin el concurso consciente de las voluntades individuales, el *sano egoísmo* individualista en el bienestar de la comunidad, a modo de *producto* terminado; y a la maldad intrínseca adjudicada al Estado, con la consiguiente postulación de un modelo *minimalista* del mismo).