

LAS MUTACIONES JURÍDICAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (*)

ROBERTO DRCMI

Profesor Extraordinario en las Universidades Carlos III de Madrid, París I Panteón-Sorbonne y París X Nanterre

"Hemos modificado tan radicalmente nuestra esencia que ahora debemos modificarnos a nosotros mismos para poder existir dentro de él".

Norbert Wiener¹

SUMARIO:

I. Introducción.- II. El perímetro social de la economía de mercado y el espacio vital de los servicios públicos: 1. Los límites sociales de la economía de mercado en el mundo que nos circunda: "energía + comunicación"; 2. Los propios de los servicios públicos para medir la calidad de vida.- III. Las transformaciones del derecho público de la economía y el nuevo régimen de los servicios públicos: 1. El *modus vivendi* de los servicios públicos en la hipernormadidad del derecho público; 2. Los hitos jurídicos de la economía de los servicios públicos.- IV. La realidad administrativa y la fenomenología ecuacional de los servicios públicos: 1. La ecuación política de los servicios públicos; 2. La ecuación administrativa de los servicios públicos; 3. La ecuación jurídica de los servicios públicos; 4. La ecuación económica de los servicios públicos.- V. Los Servicios Públicos: un desafío continuado a la gobernabilidad política, a la sustentabilidad económica y a la equidad social: 1. De las vacilaciones y definiciones organizativas de los servicios públicos; 2. El tamaño de la esperanza o la medida de las políticas públicas comunes.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio a nivel de "teoría" de los servicios públicos impone un análisis determinativo de los primeros principios técnico-científicos que imperan en materia de prestaciones públicas, suficientes para satisfacer las necesidades colectivas comunes.

En ese orden, es preciso:

- *encontrar* el espacio vital de la existencia de los servicios públicos dentro del perímetro político de la economía de mercado;
- *descubrir* el régimen jurídico normativo de los servicios públicos, en el marco dogmático de las transformaciones del Derecho Público Económico en el siglo XXI;
- *definir* el fenómeno ecuacional de gobernabilidad política y sustentabilidad económica de los servicios públicos, en el contexto de la *praxis* cotidiana de las actividades administrativas.
- *precisar* la organización y la acción de los servicios públicos para alcanzar la estabilidad social frente a todo signo de vacilación, incertidumbre e inequidad.

(*) Estudio preliminar a la obra de Ouglietti, Gilles, *Gestión Pública de los Servicios Públicos*, en DRCMI, Roberto (director), *Cuadernos de ÉPOCA, Serie Servicios Públicos*, número 9, Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2004.

¹ Matemático estadounidense que estableció la ciencia de la cibernética (1894-1964).

A partir de estas precisiones, sobre dónde está, cuál es su ley, y cómo se mantiene un servicio público en nuestro tiempo, podremos avanzar en el fenómeno descriptivo jurídico y económico de los servicios esenciales en particular y por su especie.

II. EL PERÍMETRO SOCIAL DE LA ECONOMÍA DE MERCADO Y EL ESPACIO VITAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La realidad de la economía de mercado, hoy *modelo referencial indiscutido en la organización* de los medios estructurales de la producción y del trabajo de nuestro tiempo², está cuestionada en su *medida y alcance social* por el desafío de la arbitrariedad y de la exclusión.

En ese sentido, es preciso encontrar el *espacio vital sostenido* de los servicios públicos, como "perímetro" que acota a la economía de mercado. Creemos que *en el mundo que nos circunda la economía está liderada por la suma de energía más comunicación, aunque acotada por los límites que la propia fenomenología social le impone. En dicho espacio vital se encuentran los servicios públicos, cuya calidad es la medida de la vida y el tamaño del bienestar de los ciudadanos.*

Desde estos primeros principios, elevando el pensamiento y la reflexión, es posible construir una *teoría política, administrativa, jurídica y económica* de los servicios públicos que garantice gobernabilidad, estabilidad, seguridad y sustentabilidad, respectivamente.

1. Los límites sociales de la economía de mercado en el mundo que nos circunda: "energía + comunicación."

La realidad social vivencial se representa en una fórmula síntesis de equivalencias y propiedades traducidas en la *suma de energía y comunicación*; fórmula plural, dinámica, envolvente y determinativa del destino social.

El liderazgo de la energía y de la comunicación, como *los dueños de la posición dominante* en la economía de mercado hoy, está acotado y sitiado por los *límites sociales*:

1.1. **La inclusión social** como vigencia ética existencial en la "globalización económica". La realidad política en la aldea local le impone límites naturales a la globalización.³

1.2. **El acceso universal** a la "sociedad del conocimiento" y la incorporación común de la "tecnociencia", la "cibertecnología" y "ciberciencia", requieren transmisión, información y capacitación de conocimientos tecnológicos, para consagrar el "*derecho universal a la educación*".⁴

² Hoy en día, no se cuestiona la libertad de mercado ni incluso en ámbitos políticos autoritarios, no solo por su indubitable operatividad sino por su virtualidad de eficacia económica". MARTÍN MATEO, Ramón, *El nuevo público de la economía de mercado*, Segunda edición, Thomson-Aranaut, Cizos Meur (Navarra), 2003, p. 28.

³ La globalización tiene una fuerza específica potenciada a escala (para enfrentar desafíos planetarios comunes de desarrollo y de lucha contra la pobreza, pero, por su propia naturaleza, la globalización está signada por límites declarados de que ella no todo lo puede". DROMI, Roberto, *La vida local y los límites naturales de la globalización*, en Esteve Blasco, Avelino (director) *Revista de Estudios de la Administración Local. Homenaje a Sebastián Martín-Requena*, número 291, INAP, Madrid, mayo-abril 2005, p. 323.

⁴ "Se requieren acciones energéticas para garantizar el derecho universal a la educación en el nuevo espacio social. No sólo se trata de transmitir información y conocimientos gracias a las TIC, sino que, además, hay que exponer a las personas para que puedan actuar competentemente en los diversos escenarios electrónicos. El acceso universal a esos escenarios y la capacitación para utilizar apropiadamente las nuevas tecnologías se convierten en exigencias urgentes derivadas del derecho a que cualquier ser humano reciba una educación adecuada al mundo en el que vive". Echeverría, Javier, *Ciencia y valores*, Destino, Barcelona, 2002, pp. 283-284. Véase ANDONÍ, ALONSO - ARZOW, ISAKI, *Curso al Huevo cibernético*, IDAF, Madrid, 2003; BOURDHEU, Pierre, *El oficio de educador. Ciencia de la ciencia y reflexión*, Anagrama, Barcelona, 2003; ECHEVERRÍA, Javier, *La revolución tecnocientífica*, FCE, Madrid, 2003; ORDÓÑEZ, Javier, *Ciencia, tecnología e historia*, Segunda edición, FCE, Madrid, 2003; MARTÍNEZ, Hugo - PÉREZ, Ramón, *Tecnología y Ciencia en los albores del tercer milenio*, Universidad Nacional de Cuyo, Buenos Aires, 2000.

- 1.3. La transparencia y el control en la acción económica, en las transacciones, la contabilidad, las remuneraciones, las ganancias y operaciones bursátiles, como *recuerdo de la eficacia del mercado y resguardo de la confianza legítima y de la buena fe*, de inversores, trabajadores, clientes y usuarios.⁵ El *descontrol* desafía tanto el destino de la hacienda pública como de la hacienda privada.⁶
- 1.4. La tutela ambiental efectiva y la justicia ecológica en la gestión de los servicios en su relación con la naturaleza: "administrar" el agua, "proveer" la energía, "asegurar" la agricultura, "preservar" la sanidad, "mantener" la biodiversidad, "cuidar" la atmósfera y la racionalidad en las industrias, son un límite expreso a la autoridad imperativa de la energía y su acumulada, la comunicación.⁷
- 1.5. El saber veritativo de las normas superador de la opacidad jurídica de las ficciones, presunciones, inflaciones y *superproducciones regulatorias* que privan de "razón al Derecho".⁸
- 1.6. Las fronteras de los nuevos actores sociales con la economía solidaria y la administración pública no estatal; a través de las prestaciones de cooperativas y mutuales públicas; la

⁵ "La actual crisis económica mundial ha mostrado los límites del proceso de globalización económica que favorece a sectores limitados de la población mundial y pone en cuestión las condiciones mismas de sustentabilidad del sistema. Los paradigmas económicos priman sobre los políticos dentro de un panorama inquietante: el sector financiero trata cada vez más desvinculado de la economía real, hay un divorcio creciente entre la producción y el consumo, y no existen mecanismos reguladores ni estatales ni supranacionales que permitan ordenar el caos de un sistema de valores que pone en peligro la democracia misma". RAPOPORT, Mario. *Tiempos de crisis, vientos de cambio. Argentina y el poder global*, Norma, Buenos Aires, 2002, p. 98. "Uno de las grandes capcinosas de los 90 estuvo relacionado con la extraña práctica empresarial de dar *stock options* -el derecho de comprar acciones de una empresa por debajo de su precio de mercado- a ejecutivos y luego fingir que nada de valor había cambiado de mano. Cuando los ejecutivos reciben *stock options* significa que una empresa se compromete a emitir nuevas acciones, diluyendo así el valor de las ya existentes". STIGLITZ, Joseph E. *Los felices noventa. La resaca de la destrucción*, Taurus, Madrid, 2003, pp. 155-160. Véase también STIGLITZ, Joseph E. *El bienestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002.

⁶ "Crisis política y recesión económica. Vuelve el Estado. Los intelectuales acólitos, que llevaban dos décadas sustituyendo, desdibujando, insidiando cada vez más fácil en beneficio de los intereses que representaban, vuelven los ojos hacia el sector público como agente salvador de recursos y garante de la seguridad, al lado del mercado hasta ese momento omnipotente y omnipasante". ESTEFANÍA, Inaigüa. *Hija, ¿qué es la globalización?*, Santillana, Madrid, 2003, p. 147. Asimismo, véase del mismo autor, *La cara oculta de la prosperidad. Economía para todos*, Taurus, Madrid, 2003.

⁷ "La única forma de asegurar una vida digna para las próximas generaciones es actuar con equilibrio sobre el medio ambiente, en áreas específicas. (...) El Derecho ecológico es el de mayor dimensión vital en las contenidos normativos, precisamente porque el sujeto es el hombre en su conjunto y el objeto es la naturaleza en su totalidad". DRCOMI, Roberto. "Análisis ecológico", en DRCOMI, Roberto (director). *Cuadernos de EPOCA. Serie Servicios Públicos. Reparación ambiental*, número 4, Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires, 2002, pp. 14 y 16. Véase también Centro de Derechos Humanos y Ambiente. *Degradación ambiental y Derechos Humanos en la vida humana*, Córdoba (Argentina), CEDHA, 2003; BÀRCENA, Alicia. *La aberración ambiental en el desarrollo de América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2001; DEVIÀ, Leila. *La defensa del medio ambiente*, en DRCOMI, Roberto (director). *Cuadernos de EPOCA. Serie Servicios Públicos. Tutela ambiental*, número 8, Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires, 2002, pp. 11-23; BOFF, Leonardo. *El cuidado vitalicio. Ética de la humana, compañía por la Tierra*, Trócaire, Madrid, 2002. Los debates ecológicos han agudizado la cuestión de la responsabilidad que cabe atribuir a quienes toman las decisiones en la industria, no sólo con respecto a nosotros, sino también en relación con las generaciones futuras y el destino del planeta, en ese sentido, véase LIPOVITSKY, Gilles. *Metamorfosis de la cultura liberal. Ética, medios de comunicación, empresa*, Anagrama, Barcelona, 2003, pp. 64 y ss.

⁸ Para desarrollo filosófico a propósito de la *racionalidad del entendimiento*, véase HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 90 y ss., y su análisis de las "valores de la racionalidad" como "reflexión", como "saber o conocimiento", como "intención, acción o teleología" y como "comunicación" (pp. 102-109), para acceder a la verdad y su justificación real y pragmática. "Ser *ex se veritativo*" (p. 237). Por otra parte, CÁRCOVA sostiene que: "Los cambios puntuales en el derecho sólo son posibles conforme a la *flexión de su sistema jerárquico de fuentes* que funcionan como fundamento de validez de los textos, hitos o hitos compatibles con las normas superiores... Existe pues una especie de lo jurídico. El derecho, que actúa como una lógica de la vida social, como un libro, como una partitura, paradójicamente, no es conocido o no es comprendido por los actores en escena. Ellos cumplen ciertos rituales, imitan algunas conductas, reproducen ciertos gestos, con escaso o nula percepción de sus significados y alcances". CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*, Trócaire, Madrid, 2003, pp. 18 y 35. Asimismo, véase NIETO, Alejandro - Gordillo, Agustín. *Los límites del conocimiento jurídico*, Trócaire, Madrid, 2003, pp. 44 y ss.

participación de asociaciones de consumidores y usuarios, y la tutela de los intereses colectivos y difusos.⁹

1.7. La protección de los recursos de capital afectados al sistema, la inversión, la cultura y la producción deben ser asignadas eficientemente a la gestión de las potencialidades materiales y personales disponibles.¹⁰

2. Los propios de los servicios públicos para medir la calidad de la vida

La satisfacción eficiente de las *necesidades colectivas públicas y comunes* son la medida de la vida, su calidad y su verdad. La realidad del mundo que nos circunda pone la vida entre paréntesis, condicionada al acceso y a la calidad de los servicios públicos, como derechos fundamentales de la vida misma y sus circunstancias. Los propios para medir la calidad de los servicios como parte de la vida, son:

2.1. Como derechos fundamentales en la estructura del bienestar.¹¹ La *tipicidad y categorización jurídica* de los nuevos servicios públicos como *derechos fundamentales* radica en que tales derechos son razón de: i) "existencia" y "desarrollo", ii) "dignidad" y "excelencia", iii) "vitalidad" y "calidad social", iv) "convivencia solidaria" y "cohesión social", v) "sustentabilidad humana", vi) "integridad del ecosistema" y vii) "tutela y protección". Los derechos fundamentales tienen expresión constitucional directa en los "valores fundamentales" naturales y en los "valores constitucionales" normativizados y efectivización práctica en los "valores administrativos".¹²

⁹ En este sentido, Abramovich y Cortés señalan que los nuevos presupuestos del derecho asientan la jurisdicción de nuevas funciones; entre ellas se puede mencionar "la ampliación de las funciones estatales: el Estado agrega nuevas áreas permanentes de injerencia, a través de su gestión directa, de funciones de regulación y control, de la tutela de bienes colectivos o de su actuación como mediador y pacificador en ámbitos de negociación y de conflictos colectivos". ABRAMOVICH, Víctor - CORTÉS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, prólogo de Luigi Ferrajoli, pp. 55-56. Estos autores entienden que los derechos sociales son *derechos exigibles*, por ello elaboran la teoría del *gubernatio social* parangonable a la del *gubernatio liberal*, crucial para proteger la propiedad y la libertad (p. 177). Asimismo, véase FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 73-86. De la obra citada de Cortés y Abramovich véanse los capítulos II, sobre "Obligaciones del Estado en materia de Derechos económicos, sociales y culturales" y III, sobre "Estrategias de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", superadoras de los obstáculos para la *justiciabilidad* de tales derechos (pp. 65 y ss.), en ese orden, la construcción del *gubernatio social*, como lo califica Luigi Ferrajoli, en el prólogo a la citada obra de Abramovich y Cortés (p. 14), exigiendo obligaciones públicas de adoptar medidas inmediatas para la plena efectividad y garantizar niveles esenciales de los derechos (pp. 79 y 89) con su consecuente obligación de *progresividad* y *prohibición de regresividad* (p. 92); en ese marco, el control y la tutela judicial, no obstante la escasa tradición de control judicial, ya integran en el *debido proceso legal* la exigibilidad de los mismos.

¹⁰ La celebración de tratados de protección de inversiones ha tenido un crecimiento exponencial en los últimos tiempos, lográndose una rápida red mundial que, con algunos matices regionales, integran lo que se podría denominar *el algodon jurídico internacional de la inversión extranjera*. TEMPONE, Rafael Eduardo, *Protección de inversiones extranjeras*, Ciudad Argentina, Madrid - Buenos Aires, 2003, p. 30. Asimismo, véase VIVES CHILLIDA, Julio A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; IMAZ VIDELA, Esteban, *Protección de Inversiones Extranjeras*, Tratado Bibliotecario. Sin efectos en las Convenciones Administrativas, La Ley, Buenos Aires, 1999.

¹¹ Al comentar el Estado de Bienestar lo ha legado en línea: o *desarrollarse*, o *quedarse definitivamente perdido*. Al respecto señala Luciano Parejo que "existe una relación entre Estado y régimen de bienestar, pero éste deriva del dato elemental de que el primer hito de la nueva cultura necesaria es el que se ha fraguado el segundo al compás de la afirmación efectiva y plena a lo largo del siglo XIX y principios del XX del principio de asecundar. No consiste esa relación, sin embargo, en una identidad total entre el Estado social, como fórmula constitucional, y el llamado Estado de Bienestar... Aunque puede y debe ser cierto la afirmación *solo Estado social es un Estado de Bienestar*, no lo es en modo alguno, lo inverso, como es bien evidente. La citada relación, deriva de la existente entre el Estado y el sistema económico de capitalismo de mercado". PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y Estado de Bienestar a la luz del orden constitucional*, en MUÑOZ MACHADO, Santiago - GARCÍA DELGADO, José Luis - GONZÁLEZ SEARA, Luis (directores), *Las estructuras del bienestar*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 393-394.

¹² DROMI, Roberto, *Servicios públicos, derechos fundamentales y valores administrativos*, Conferencia dictada en el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 31 de marzo de 2005 (citado). La identificación

- 2.2. Como red económica esencial de prestaciones conexas en *interdependencia vital*.¹³
- 2.3. Como un conjunto de bienes por los que se accede a la mejor calidad vital, en condiciones de equidad y solidaridad.¹⁴
- 2.4. Como prestaciones compatibles con la naturaleza, para desarrollar la vida y sus circunstancias preservando la ecología, la biodiversidad y los patrimonios naturales, cultural e histórico,¹⁵ cuyo uso racional necesita del desarrollo jurídico administrativo de la nueva responsabilidad de "prevención" o "anticipación".
- 2.5. Como prestaciones compatibles con la justicia social, a través de la *regulación* y el *control*¹⁶ que permiten preservar la libertad de mercado y concebirlo como un medio para el bienestar.
- 2.6. Como prestaciones compatibles con el mercado en competencia, con libertad económica y de empresa para evitar las distorsiones y concentraciones económicas y lograr en beneficio

de los servicios públicos como una rama de los derechos humanos prevista de largo día, como se percibe en los debates que precedieron a la Constitución francesa de 1946. En efecto, "La présence d'une problématique limit service public à la garantie des droits et libertés dans les œuvres constitutives de 1946, qui connaît aujourd'hui un regain d'intérêt, s'explique essentiellement par le fait que les controverses liées à la notion de service public se développent dans le cadre de la proclamation des droits et libertés. Elle oppose, en 1946, ceux qui considèrent l'organisation de services publics comme le moyen de garantir l'efficacité des droits et des libertés reconnus, à ceux qui estiment que les services publics portent atteinte à certains d'entre eux". CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Le service public dans les débats constitutifs de 1946*, en GUIGLIEMI, Gilles J., *Histoire et Service Public*, PUF-Presses Universitaires de France, Paris, 2004, p. 243.

¹³ "En la práctica revisten particular importancia en este orden los grandes servicios esenciales que, por su naturaleza material, deben prestarse sobre la base de grandes infraestructuras en forma de *vías*, que, además, por afectar con frecuencia al dominio público, necesitan en su caso de su imposición a la propiedad privada por la vía, si es necesario, de la expropiación, y producen muchas veces una incidencia muy relevante en el medio ambiente, comportan una especial problemática, justificada por el interés general de evitar la multiplicación de tales infraestructuras y la consiguiente necesidad de arbitrar fórmulas de uso compartido, de modo que se consiga la mejor posible la máxima explotación posible de la libertad y del mercado con el mejor, más eficaz, justo y seguro servicio a todos". FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda, *Estudio jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, Ciudad Argentina - INAP, Madrid - Buenos Aires, 2003. Prólogo de José Luis Martínez López-Muñoz, p. 33.

¹⁴ "Comme certains services exigent une continuité générale et absolue, les personnels affectés à ces tâches ne disposent pas du droit de grève et en cas d'urgence, ils peuvent être réquisitionnés. Pour d'autres services ne conservant une stabilité que si leur fonctionnement demeure assuré même dans des proportions réduites, les personnels sont tenus de respecter le droit des usagers à un service minimal", en este último caso, "le législateur a pu permettre aux autorités administratives de développer une notion de "service minimum" qui consiste à limiter l'exercice de ce droit dans certains services publics pour certaines catégories de personnels, surtout pour des raisons de sécurité". GUIGLIEMI, Gilles J. - KOUBI, Geneviève, *Droit du service public*, MoutonLarousse, Paris, 2000, pp. 414-417. Asimismo, véase, GUIGLIEMI Gilles J., *La Gestión del Servicio Público por personas privadas*, en DRCMB, Roberto (director), *Cuadernos de EPOCA. Serie Servicios Públicos*, número 9, Ciudad Argentina, Madrid - Buenos Aires, 2004.

¹⁵ "Tanto la nueva sensibilidad social como la aparición de *desecotonías* y *costos sociales* han hecho entrar en crisis el concepto de la naturaleza como mero factor económico para configurar una acción preventiva capaz de salvaguardar los fundamentos de la vida, de conservar la naturaleza y de proteger al propio hombre contra su autodestrucción. *El uso racional de la naturaleza necesita la responsabilidad de proveer que es la base de existencia de generaciones futuras*". ALB ARANGUREN, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004, p. 288.

¹⁶ "Liberalización y regulación no son conceptos contrarios. Son conceptos complementarios. Ambos se necesitan mutuamente. No puede haber liberalización sin regulación porque la regulación hace posible que los agentes económicos concurrentes (todos) puedan desarrollarse con libertad con la certidumbre que los proporcione su propia capacidad competitiva. La liberalización, sin un marco regulatorio adecuado al sector de actividad en el que se aplica, conduce al desarrollo de posiciones de dominio y de prácticas colusivas que limitan la libertad de todos en beneficio solo de algunos... Son quienes *entran en el mercado* (y digo bien al decir *entran*) como un *fin* y no como un medio para alcanzar el bienestar, que no es otra cosa, al fin y al cabo, que el equilibrio en la asignación eficiente de los recursos disponibles y generados (el equilibrio en su más amplia y común acepción económica, jurídica política y social)". PADRA UTRAY, Jorge, *¿Liberalización o regulación? Un manual para la electricidad*, Manual Pons, Madrid, 2004. Prólogo de Luciano Parajo Alfonso y Tomás de la Quadra-Solís, p. 51.

del consumidor un abaratamiento de los bienes y productos que son objeto de las prestaciones públicas.¹⁷

Como prestaciones compatibles con el control ciudadano organizado, para fortalecer el estilo republicano de convivencia con la participación activa de asociaciones de consumidores en la construcción de los nuevos vínculos sociales de la "solidaridad".¹⁸

III. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PÚBLICO DE LA ECONOMÍA Y EL NUEVO RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Las "Transformaciones del Derecho Público", para adecuar valores, normas e instituciones a la altura de los tiempos tienen directa incidencia en materia de servicios públicos.¹⁹ Los fenómenos políticos y económicos contemporáneos, con la creación de "regiones económicas integradas en mercados comunes" y la instalación de una "red de organismos internacionales" con competencias supranacionales en cuestiones económicas, culturales y sociales, han dinamizado la renovación y mutación del régimen de los servicios públicos,²⁰ y han movilizado los resortes de la infraestructura, la inversión y la tecnología como atributos inexcusables de una economía de mercado para el desarrollo.

La mutación de la estructura institucional del Estado-Nación con el acceso a la región, y la mutación de la estructura funcional de la Nación con el tránsito del "país agrario" al "país industrial", y de allí al último modelo de "país de la tecnología y la informática", produce de suyo propio un cambio de los componentes ecuacionales de las prestaciones públicas y en su consecuencia una novación en el régimen jurídico de los servicios públicos.

¹⁷ "Sin libertad no se puede hablar de mercado, porque éste presupone transacciones y esto significa pactar precios, calidad, cantidad, en definitiva contraprestaciones, lo que sólo puede concretarse el medio libertad de los actores. No hay pacto válido sin libertad. Ergo, no hay mercado sin libertad (...) De igual manera la libertad real comprende la de contratar, de modo que la fijación de precios sea el resultado de la competencia, es decir, del esfuerzo competitivo por ganar en competitividad, mediante la operación de las variables que conforman los costos de producción, de modo que redunde en beneficio del consumidor por el abaratamiento del producto". DROMI, Roberto, *Competencia y asociación. Argentina, Mercosur y OMC*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pp. 21-22.

¹⁸ "El pueblo, que sabe organizarse espontánea y naturalmente en la comunidad nacional protagonista de este nuevo etnoesocial (la solidaridad), pide un lugar de consulta, acción y creativa participación en todos los ámbitos de la vida social que le incumben. Los dirigentes debemos ocuparnos esta vitalidad del nuevo vínculo". BERGGGLIO, Jorge María, *Hambre y sed de justicia*, Clarín, Buenos Aires, 2001, p. 30.

¹⁹ "Las transformaciones del derecho provienen de una diversa concepción, de una distinta actitud que el hombre assume frente a la ética, la sociología, la filosofía, la genética, la economía, la sociología, la historia, la ecología, la política y la informática. Es el mismo hombre, protagonista de la existencia quien promueve el decalón de los cambios. Es el derecho ético, creado por estas circunstancias, el que debe dar respuesta a los incógnitas del hombre". DROMI, Roberto, *Nuevo Estado. Nuevo Derecho*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pp. 75-85. Véase también CARRELL, Alexis, *La investigación del hombre*, Cláudio, Buenos Aires, 1938.

²⁰ "La crisis y renovación del derecho público, que tuvo Luciano Parajo Alfonso a fines del siglo XX, sigue en tránsito y emergencia, fruto de las transformaciones que el Derecho Público busca principios del siglo XXI. Requiere complejo pasar revista y dar jerarquía a fin de salutar, epificar y renovar estas agudas transformaciones registradas. Tanto la esfera privada del ser humano, como su inserción en lo público, a través de la organización social y del Estado, reciben los embates del vertiginoso mundo cívico postmoderno, que conjugado de un modo nunca antes visto el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, de la reconstrucción en general, de la cibernética y la biotecnología en particular, que invitan al desafío de *resistir al hombre en un siglo globalizado en el cual la vida en dos ámbitos se maneja coniente de la praxis humana*". DROMI, Roberto, *El tránsito al derecho público de la posmodernidad*, en DROMI, Roberto (dir.), *Colección de EFYCA. Serie Servicios Públicos número 7. Crisis y renovación en el derecho público*, Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid, 2003, p. 13-14. En el contexto contemporáneo, "la transición comienza desde de vista que el derecho no es solamente el instrumento más adecuado de tratamiento de irregularidades e injusticias del mundo en el que el Estado juega un papel de respaldo, sino que el derecho cumple una función socialmente inevitable: el de nacionalizador de poderes tanto políticos como económicos". BOLDÁN XORA, José, *Derecho público y modernidad*, Hubs, México, 1999, p. 14.

1. El modo vivenciado de los servicios públicos en la hipermodernidad del derecho público

Los dogmas de las instituciones y de las conductas, ante la incertidumbre del vacilar de las cosas, experimentan en estos tiempos hipermodernos²¹ un cambio de categorías, una rectificación de espacios, una corrección de límites, y una redefinición de códigos, a propósito del tránsito a las nuevas edades de la historia.²²

1.1. La relativización de la soberanía, con la mutación de la estructura institucional del "Estado-Nación", al "Estado-Región" y la mutación de la estructura económica del Estado, de "país agrario" a "país industrial, tecnológico e informático".²³ La soberanía²⁴ es también un atributo

²¹ Carlos Fuentes nos muestra a definir el momento histórico en que toma forma la modernidad cuando nos dice: "siempre ha respondido que, para mí, el mundo moderno empieza cuando Don Quijote de la Mancha sale de su aldea al mundo, y describe que el mundo no se parece a sus lecturas. Claramente, Don Quijote abandona una arquitectura cerrada de correspondencias exactas entre lo escrito y lo real, e ingresa a un campo abierto de diverso constante entre lo que se escribe y lo que se vive". FUENTES, Carlos, *Tres discursos para dos alójar*, FCE, Madrid, 1993, pp. 21-22. Se supone que el concepto postmodernidad había aparecido por la falta de tiempo de tres ejemplares de incógnitas transformaciones cada vez más aceleradas sobre todo en unas ciencias y un arte que, a pesar de lo positivamente asombroso de sus resultados, en el fondo no han hecho más feliz a nadie ni han mejorado la conducta humana. Véase MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción, *Postmodernidad y Derecho Público*, CEPC, Madrid, 2002, prólogo de Alejandro Nieto, p. 33. Sin embargo, el concepto de postmodernidad ya no es el correcto para describir la realidad. Este concepto describe el estado de situación propio de la década del ochenta en la que importaba solamente el goce del presente, sin atender las soluciones necesarias a la vulnerabilidad e incertidumbre que acompañan a ese tiempo. La hipermodernidad, por el contrario, es la respuesta del futuro, y esa es la gran paradoja: por un lado, es la sociedad de la postmodernidad, la que busca el placer inmediato. Pero, al mismo tiempo, no lo puede disfrutar porque le pesa una enorme ansiedad sobre el futuro, fruto de las crisis económicas, del desempleo, y un creciente temor por temas de salud, virus, epidemias, terrorismo y otros. Es la ideología de la provisión, no la del disfrute. Es la que se preocupa por su futuro profesional incierto y por la educación de los niños en un contexto conflictivo. Véase LIPOVETSKY, Gilles - CHARLES, Sébastien, *Los tiempos hipermodernos*, Grasset, París, 2004, pp. 72 y ss.

²² "El momento histórico, en lo que respecta al Estado de corte europeo occidental, es ciertamente aporético, pero contradictorio y caracterizado, en todo caso, por el desmoronamiento derivado del cambio y la incertidumbre por éste inducida. (...) Si de una parte está justificada la generalización de un sentimiento de satisfacción y plenitud históricas, siempre relativas obviamente, es porque se ha alcanzado un grado de desarrollo económico, social y cultural y, por tanto de riqueza, bienestar y calidad de vida, sin contar un perfeccionamiento del mecanismo de la convivencia política, del Estado, sin igual parangón en la historia. Pero lo están también, desde luego, la extensión y acentuación de otro fenómeno paralelo de insatisfacción, inseguridad e incertidumbre, basado en la paulatina quiebra del modelo de desarrollo económico y social". PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crítica y renovación en el derecho público*, en DRCOMI, Roberto (director), *Cuadernos de ÉPOCA, Serie Servicios Públicos, número 7. Crítica y renovación en el derecho público*, Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid, 2003, p. 77. Asimismo véase PAREJO ALFONSO, Luciano, *El Estado como poder y el derecho regulador de su actuación*, en: algunos de las transformaciones en curso, en RODRÍGUEZ-ARANA MURGOZ, Jaime - DEL GUAYO CASTIELLA, Hugo, *Foro jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI*, INAP-BOE, 2003.

²³ "El concepto de soberanía se ha ido modificando desde sus orígenes, en los que respondía al momento histórico de concentración del poder en cabeza del Estado, hasta la actualidad, en que no solo no es necesaria una dimensión aglutinadora del ejercicio del Poder, sino que, al contrario, se ha producido una diversidad de separaciones horizontales: interna, en los poderes locales y externos, en los poderes supranacionales; integraciones o comunidades, y en el medio de ambos extremos, poderes estatales nacionales que comparten sus competencias con otros y con otros... El trasiego de competencias soberanas, por un lado, y la reserva de soberanías nacionales, por el otro, conduce a la existencia de una doble soberanía: la interna en el ámbito propio de los Estados, que responde al concepto clásico y más abierta, integrada, participada, concertada, sociedad, la de la Comunidad, que importa un concepto moderno". DRCOMI SAN MARTÍN, Laura, *Derecho constitucional de la integración*, Marcial Pons - Ciudad Argentina - Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid - Buenos Aires, 2002, pp. 61-62, prólogo de Pablo de Vega García. La noción tradicional de soberanía se redefine porque el intenso dinamismo del cambio internacional lo exige. Por ello se afirma que la noción convencional de soberanía se fragmenta. Véase AYALA ESPINO, José, *Instituciones y Economía. Una introducción al Neoinstitucionalismo Económico*, FCE, México, 1999, p. 15.

²⁴ "Si antes teníamos un Estado judicial, ahora tenemos un Estado legislativo y administrativo. Sin embargo, esto no es suficiente para concluir la definición de la nueva forma de Estado. Falta todavía un elemento. Analizamos antes el aspecto del límite. En efecto, la soberanía que emerge con la revolución no puede describirse solo como una fuerza imparible, destructora de todo particularismo existente en el territorio por tanto única dueña de las relaciones sociales y políticas. Bien mirado, si el Estado postrevolucionario tiene tal fuerza es porque debe sustituir la antigua sociedad de los privilegios y de los derechos estamentales -de los nobles, de los ciudadanos burgueses, de los campesinos- por la sociedad de los derechos individuales, fundada sobre el principio de igualdad, es decir, sobre la unidad del sujeto de derecho: una sociedad en la que ya no existen derechos diferentes, en la que todos utilizan, en su vida jurídica, los mismos instrumentos, prestados de manera codificada, sólida y duradera por la ley del Estado, que es

- participado por las empresas de la tecnología privada, para sostener sus niveles de productividad y competitividad en el mercado global.
- 1.2. La redefinición del derecho a la paz, como valor a alcanzar por medio del Derecho²⁵, en desarrollo, bienestar y calidad vital, y por la acción de los organismos locales e internacionales. Valor paz que se convierte también en un objetivo finalista de la prestación y el acceso universal al uso de los servicios públicos.²⁶
 - 1.3. La internacionalización de la lucha contra males comunes. La corrupción, la droga, el terrorismo y la degradación ambiental hieren el *modus vivendi* y la calidad vital de las prestaciones públicas.²⁷ El agravio urbano cotidiano que experimenta el ciudadano por convivir en la *incertidumbre con poderes ocultos* ha deteriorado sensiblemente a la ciudad

igual para todos. La soberanía no es una fuerza dotada en sí de valor y de legitimidad para dirigir la sociedad hacia los más dignos resultados. Al contrario, la soberanía es una fuerza que hace olvidar en sí, pues existe para una finalidad principal o exclusiva: la de generar una ley positiva estatal que garantice los derechos de los individuos en cuanto tales, en condición de igualdad". TORREALBA, Maurizio (editor), *El Estado moderno en Europa*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 25-26.

²⁵ El jurista Hans Kelsen escribió en el año 1944 unas palabras que guardan profunda actualidad: "Hay verdades tan evidentes que ni mismas que deben ser proclamadas una y otra vez para que no caigan en el olvido. Una de esas verdades es que la guerra es un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura, y que asegurar la paz mundial es nuestra tarea política principal. (...) pero no es posible un progreso esencial mientras no se crea una organización internacional mediante la cual se evite efectivamente la guerra entre las naciones de esta Tierra". KELSEN, Hans, *La paz por medio del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, p. 36. Por ello, Massimo La Torre y Cristina García Pascual afirman que "es posible pacificar las relaciones internacionales utilizando el derecho, es posible construir un mundo nuevo fundado sobre un nuevo ordenamiento internacional. Para Kelsen el problema de la paz mundial no es un problema, pues, político, sino antes que un problema de técnica jurídica". Por eso, "Kelsen considera el principio de no agresión y el de resolución pacífica de las controversias como axiomas fundamentales del ordenamiento jurídico internacional. Ninguna guerra preventiva es desde esta perspectiva posible". LA TORRE, Massimo - GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Laranga evolutiva de Hans Kelsen*, en KELSEN, Hans, *La paz por medio del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 20 y 14.

²⁶ "La necesidad global, unida a la incertidumbre generada por los atentados de Nueva York y Washington y al conflicto bélico posterior ha puesto fecha de caducidad a los análisis hegemónicos neoliberales, el Estado reaparece como reparador de los desórdenes; el sector público adquiere protagonismo en la reasignación a través del aumento de los gastos de defensa y seguridad, y de las ayudas a las empresas y sectores en crisis". ESTEFANÍA, Joaquín, *Hijos, ¿qué es la globalización?*, Santillana, Madrid, 2003, p. 154.

²⁷ El orden jurídico internacional se encuentra cada vez más condicionado por diversos fenómenos macroeconómicos y sociopolíticos que oscurecen el clásico reparto de la competencia internacional entre los Estados y organizaciones internacionales por ellos constituidas. "On pense tout particulièrement ici au phénomène dit, trop indistinctement, de 'mondialisation'. ... Son incidence sur le système juridique international se traduit notamment par l'accroissement d'un processus déjà ancien: celui de la concurrence exercée à l'égard de l'Etat, personnel publique, par des personnes les plus souvent privées. ... Tel est le cas des marchés financiers, des organisations non gouvernementales, des multinationales de l'industrie, du commerce et des services mais, aussi, de la drogue et du crime". De ahí que el derecho internacional "s'affirme également comme un droit de la coopération, dans des domaines variés, en assistance expresse". DUPUY, Pierre-Marie, *Droit international public*, Dalloz, París, 1998, pp. 20-22.

"El derecho internacional ha debido enfrentar en las últimas décadas el fenómeno de la creciente internacionalización de problemas que, más de allá de su origen local o foráneo, históricamente eran combatidos por los Estados según sus propias normas y en la medida de sus capacidades, lo que limitaba los casos de cooperación internacional a ejemplos puntuales. (...) Probablemente, la corrupción ocupa el primer lugar entre las amenazas contra el desarrollo y el bienestar de los pueblos. En primer lugar, respone por definición de la participación activa del Estado, a través de sus agentes, además, es presupuesto y sostén de los restantes males que afectan a las democracias, a los que atacan desde dentro, minando la confianza en las instituciones y fomentando la desconfianza o el silencio de los ciudadanos. (...) Desde hace algunas décadas, el terrorismo ha sido objeto de numerosos instrumentos internacionales relativos a la seguridad en el tráfico marítimo y aéreo, a las plataformas marítimas, las zonas de refugio, el tráfico ilícito de armas, la migración de explosivos plásticos y la protección física de instalaciones nucleares, entre otros aspectos. (...) Esto resulta complejo en muchos casos por la interrelación existente entre el terreno y distintos factores, tales como los movimientos independentistas u otros de carácter político, religioso o la que, en muchos casos, debe indicárselo el narcotráfico, a veces tomado como medio de financiamiento por los grupos terroristas. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, firmada en Viena en 1988, reconoció "los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías legales y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados". DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, Capítulo I, "El derecho público en el siglo XXI. Transformaciones en la posmodernidad", Décima edición, Ciudad Argentina, Madrid - Buenos Aires, 2004.

como el hábitat excelso de la convivencia y ha reducido la libertad vecinal a espacios mínimos de calidad de vida plena.²⁸

- 1.4. La redistribución de las responsabilidades por la deuda pública, incorporando al clásico deber del deudor la carga del sacrificio compartido del acreedor, que por su culpa y negligencia en el conocimiento de las cuentas públicas del Estado tomador, ha permitido mayores endeudamientos, materialmente impagables²⁹, que agravan ilegítimamente el sistema de inversiones y el desarrollo tecnológico, imprescindibles para regular la continuidad de las prestaciones públicas esenciales al universo comunitario.³⁰
- 1.5. La revisión de la legalidad y el exceso tributario que tiene directa incidencia en la gobernabilidad social de las prestaciones públicas, para instalar un sistema de justicia tributaria que viabilice la equidad tarifaria en todas las relaciones de las partes comprometidas.³¹
- 1.6. La renovación del diálogo entre "la razón y la naturaleza", para evitar que el usuario de los servicios públicos sea una especie en peligro, y garantizar que la ampliación de la responsabilidad ambiental sea una nueva ética de la justicia ecológica en la convivencia global.³²
- 1.7. La reconversión de las fuentes del Derecho, poniendo en la producción policéntrica del Derecho el signo direccional de la revalorización de las fuentes extra-*legem*, con el origen convencional del derecho (contratos administrativos de concesión) y la creación unilateral reglamentaria de los "marcos regulatorios" de los servicios públicos.³³

²⁸ "El proceso de globalización, distribución y gestión, modifica profundamente la estructura espacial y social de las ciudades de todo el planeta. Éste es el sentido más directo de la articulación entre lo local y lo global. Los efectos socio-espaciales de esta articulación varían según los niveles de desarrollo de los países, su historia urbana, su cultura y sus instituciones. Pero es en esa articulación donde se encuentra en último término la fuente de los nuevos procesos de transformación urbana, y los puntos de incidencia de políticas locales y globales capaces de arveer el proceso de deterioro de la calidad de vida en las ciudades". BORJA, Jordi - CASTELLÉS, Manuel. *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, Séptima edición, Temis, Madrid, 2004, p. 35.

²⁹ Un problema acuciante es el de la deuda externa de los países pobres. En este sentido, *Crónicas Anuas* expone algunas reflexiones: "Es ciertamente justo el principio de que las deudas deben ser pagadas. No es lícito, en cambio, exigir o pretender su pago, cuando éste consista o imponer de hecho opciones políticas tales que lleguen al hambre y a la despenalización o poblaciones enteras. No se puede pretender que las deudas convalidadas sean pagadas con sacrificios insuperables". JUAN PABLO II, *Crónicas Anuas. Carta Encíclica del Sumo Pontífice en el centenario de la Beata Novaria*, Clementina, Buenos Aires, 1991, pp. 71-72. Asimismo, véase DIROMI, Roberto, *Nuevo Estado. Nuevo Derecho*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 241.

³⁰ "Argentina se anunció a hemisplanteo como el más aplicado discípulo de la reforma. A la vista del desastre que se cernió sobre Argentina, es lógico que los países en vías de desarrollo se pregunten: si ésto es lo que les pasa a los alumnos de subsaliente, ¿qué suerte nos espera a nosotros?". STIGLITZ, Joseph E., *Los felices nuevos. La venida de la destrucción*, Temis, Madrid, 2003, p. 55.

³¹ Véase ZORNOZA PÉREZ, Juan, "¿Qué podemos aprender de las experiencias europeas? Admisibilidad de los convenios, acuerdos y otras técnicas transaccionales en el derecho tributario español", en Elerraga Plautik, Gabriel, *Comercio y arbitraje en el derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

³² "Si las irremediables incógnitas manipulaciones que el hombre viene realizando sobre la biosfera determinan en las próximas centenas o milenios consecuencias catastróficas, nos extinguiremos ocupados de otras especies complejas". MARTÍN MATEO, Ramón, *El hombre: una especie en peligro*, Campesinos, Madrid, 1993, p. 93. Véase también el capítulo "La inclusión del ambiente entre los derechos humanos", pp. 90 y ss. "Los graves peligros que acechan al hombre y al ambiente en que se ubica, provienen sin duda del asimetrico desarrollo de la explotación de las leyes de la naturaleza y de las pautas de comportamiento social del hombre. (...) En consecuencia, pues, imagine los planteamientos y resultados de la tecnología, con los presupuestos y concepciones precisas desde el campo de la política, o la ética, la antropología y el Derecho que cada sector o profesión, no exentos de complejidad y frustración, detrás de los avances revolucionarios de otras ciencias". MARTÍN MATEO, Ramón, *El hombre: una especie en peligro*, Campesinos, Madrid, 1993, p. 83. Asimismo véase BÉTANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Instituciones de Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2001.

³³ Winfried Eberlin brinda el sustento doctrinario contemporáneo de la reprogramación de las normas creadoras del derecho a través de una especificación doctrinaria imaginativa de los contenidos creativos del nuevo derecho y en forma de producción y regulación

- 1.8. La rehabilitación de la concesión administrativa, como figura jurídica de tercera generación, con los "contratos de transformación administrativa", que efectivizan la delegación y la subsidiariedad de la acción administrativa, en materia de servicios públicos.²⁴
- 1.9. La reformulación del derecho como Sistema, instalando una metodología eficaz de "simplificación", "cognición", "subsunción", "integración" y "comunicación" del ordenamiento regulatorio del servicio público, para alcanzar un diálogo democrático y republicano entre los protagonistas: el Estado, el concesionario y el usuario.²⁵
- 1.10. La aplicación del Sistema de Derecho Administrativo, a la teoría y praxis de los servicios públicos²⁶, sumándole innovaciones axiológicas, ontológicas, gnosológicas y hermenéuticas *isapublicísticas*.²⁷

2. Los hitos jurídicos de la economía de los servicios públicos

El impacto del derecho de la economía, resulta de una serie de medidas de política económica que como herramientas operativas son juridizadas en base al principio de legalidad objetiva en

ante la reducida fuerza direccional de las leyes y su complementación por la Administración. BROHM, Winfried, *Administración y Jurisdicción Contencioso-Administrativa como mecanismo de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho* –artículo traducido por Luciano Parejo Alfonso–, sobre *El Derecho Administrativo en Alemania: Tendencias Actuales I*, en *Desarrollo Administrativo*, número 234, INAP, Madrid, abril-junio 1993, pp. 135-131. Asimismo, véase PAREJO ALFONSO, Luciano, *El Estado como poder y el derecho regulador de su actividad*, hoy: algunas de las transformaciones en curso, en *Revista del CIAD, Reforma y Democracia*, número 15, Caracas, octubre de 1999, pp. 13 y ss.

²⁴ "Este derecho sucesorio se manifiesta en que la empresa pública privatizada es heredera y sucesora de la empresa pública estatal. Los particulares, los prestadores de los servicios públicos suceden en la gestión estatal empresarial, preservándose la aplicación de normas de derecho público, en tanto se ha operado una cierta publicización de los entes privados, que están a cargo de la prestación de los servicios". DROMI, Roberto, *Expropiación pública de entes o personas*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 8.

²⁵ "Los axiomas de reducción de la complejidad pasan por la revisión de las estructuras y la reformulación de los axiomas, para simplificar el acceso administrativo a la cosa pública, y facilitar el vínculo comunicacional de la decisión de poder con el obligado o el beneficiario por ella... Es por esto que se debe lograr que el Derecho expreso sea sencillo el lenguaje de las relaciones sociales entre los individuos y el Estado. La sociedad sufre el replanteamiento excesivo, que debe ser simplificado por una ordenación única y simplificada del lenguaje del poder público. Realismo no quiere decir *inhumanismo dogmático*, sino *normalismo técnico*, simple y eficaz". DROMI, Roberto, *Sistema y valores administrativos*, Ciudad Argentina, Madrid - Buenos Aires, 2003, pp. 150-151. "El sistema o teoría de la acción administrativa ha de fundarse sobre un nuevo ordenamiento jurídico-público de la información, cuya construcción constituye una cuestión aún pendiente. (...) Las tareas de las formas de actuación jurídica, de la relación jurídica y de los criterios de la actuación de la Administración desarrollan en sus modelos de ordenación a los distintos elementos que forman el sistema de acción de la Administración". SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, INAP - Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 248.

²⁶ El Derecho administrativo no puede prescindir del análisis del contexto político, económico, social y cultural en que opera de modo dinámico en movimiento y realización, y que lo circunscribe históricamente en su concreción. Por ello, no se puede contentar un estudio del mismo sobre la única base del ordenamiento jurídico administrativo, antes bien, deben abarcarse también su fundamento y desarrollo, el modo en que se estructura, y las vicisitudes que provoca, prevaleciendo en sentido de actualidad. La construcción del sistema jurídico administrativo reconoce la *unidad de fundamento* de esta rama del Derecho, en cuyo virtud no pueden dividirse los elementos que de modo armónico lo componen así que ello implique atentar su esencia. En estos elementos radican las *propiedades* que conforman la identidad esencial del Sistema de Derecho Administrativo: su especificidad ontológica (de valoraciones y principios), ontológica (las instituciones y categorías que lo configuran), gnosológica (inclusiva al conocimiento) y saber jurídico-administrativo y hermenéutica (técnica o su interpretación).

²⁷ "El debate organizacional, la inflación normativa y las lagunas del obrar público solo pueden combatirse con la eficacia del pensamiento creativo y la acción eficiente del sistema administrativo. Si se reducen las imprevisiones y las improvisaciones gubernativas, y en la misma proporción crece la certeza jurídica y desaparecen las vocalizaciones administrativas, el producto final de la gestión pública se verá potenciado". DROMI, Roberto, *Sistema y valores administrativos*, Ciudad Argentina, Madrid - Buenos Aires, 2003, p. 150. Véase NIETO, Alejandro, *Estado de la Justicia y la Ley*, Tróika, Madrid, 2002 y del mismo autor, *Estudios de derecho y teoría de la administración*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001. *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1988; *La "nueva" organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1998. También, HAIBERMAN, Jürgen, *Facilidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Tróika, Madrid, 2001.

el Estado social de Derecho. En ese engranaje de hitos jurídicos históricos, debemos desentrañar aquellos vinculados a la prestación y gestión de los servicios públicos, a saber:

- 2.1. La privatización y la sucesión económica del Estado. Implica la transferencia, en un marco de transparencia, de bienes y empresas del sector público al sector privado de la economía.⁴³ Es un proceso "sucesorio" de la titularidad de empresas públicas y de servicios públicos delegados, transferidos y/o concedidos a particulares bajo tutela, regulación y control estatal permanente de "tarifas públicas", "inversiones privadas" y "vigencia tecnológica".⁴⁴
- 2.2. La desregulación y la nueva regulación de tarifas, inversiones y tecnología.⁴⁵ Significa la desburocratización y simplificación de los trámites y procedimientos administrativos vinculados al quehacer económico. Es una exigencia inexcusable de la eficacia, compatible con la privatización de actividades económicas⁴⁶, que exige una nueva regulación y control a medida de las obligaciones de los concesionarios y licenciarios de servicios públicos sobre "precios", "inversiones" y "tecnología".⁴⁷

⁴³ Haciendo un símil con el derecho privado, se puede inferir en el derecho público, que en el tema de las concesiones de servicios públicos (y el Correo no es la excepción), existe también un "derecho sucesorio". Ese "derecho sucesorio" se manifiesta en que la empresa pública privatizada heredera y sucesora de la empresa pública estatal. Los particulares, los propietarios de los servicios públicos suceden en la gestión estatal empresarial, preservando la aplicación de normas de derecho público, en tanto se ha operado una cierta "publicización" de los actos privados, que están a cargo de la prestación de los servicios. Véase DROMI, Roberto, *Empresas públicas de ciudades o privadas*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 8 y ss.

⁴⁴ En efecto, los servicios públicos tienen una deuda pendiente con la vigencia tecnológica, pues, en opinión de un experto en la temática, "todo problema de gran envergadura se convierte automáticamente en un problema de planificación tecnológica y científico". ORDÓÑEZ, Javier, *Ciencia, tecnología e Historia*, Segunda edición, FCE, Madrid, 2003, p. 57.

⁴⁵ La desregulación no importa la simple eliminación o reducción de regulaciones jurídicas imperativas por parte de los Poderes Públicos, o la "despublicación de los cometidos sociales". Lo más propio es que haya un "cambio en la regulación", una "nuevregulación" o una "re-regulación", que es la verdadera razón que impone el cambio con la creación de mercado, dando la competencia y la igualdad de posibilidades en igualdad de oportunidades o condiciones, deben ser sus reglas estrictas en el régimen jurídico de los servicios esenciales y universales. Véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *Nuevo sistema conceptual: privatización, desregulación, liberalización y despublicación de las empresas y actividades económicas*, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, BOE, Madrid, 1999, pp. 135-138.

⁴⁶ Con la privatización se obtienen resultados directos e indirectos, en ese orden y como observa Joaquín Trigo Portela, uno de los objetivos de las privatizaciones consiste en impulsar la eficiencia: "la investigación empírica pone de relieve que las empresas privatizadas son más eficientes y rentables que antes de la privatización y que ese resultado puede potenciarse si se acompaña de medidas de fomento de la competencia que refuercen su aportación al dinamismo económico". TRIGO PORTELA, Joaquín, *Veinte años de privatizaciones en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2004, pp. 29-29. La concesión del servicio público, traduce un contrato con efectos jurídicos definitivos, de fondo y estable, que hacen "como juzgado administrativo" diferente del *procurario administrativo*, propio de los *procurarios de uso o atribución sin estabilidad*. DESDENTADO BARROCA, Eva, *El Procurador Administrativo: un estudio de las limitaciones y autorizaciones en procuraría*, Anaya, Madrid, 1999, pp. 44-60. Asimismo, véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar - DE LA CLAYTARA, Juan Miguel y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997; MARTÍN MATEO, Ramón, *La cláusula de procuraría es la concesión de dominio público*, número 56, RAP, Madrid, 1968; BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel, *Intangibilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, Colsa, Madrid, 2000.

⁴⁷ La crisis energética por la que atraviesa actualmente la Argentina revela una conjunción de elementos que forman una auténtica "tormenta perfecta" en la cual se pone en evidencia la desinversión y la falta de previsión. "Si el Gobierno argentino y las empresas involucradas no hallan el camino idóneo para abordar el problema del gas, una crisis energética de proporciones se avecina en Argentina, algo que puede llegar a costarle al país una pérdida de entre el 1,5% y el 2% de su PIB durante 2004, según lo estimado por los analistas". DROMI, Nicolás, *El abastecimiento de gas en El País*, domingo 4 de abril de 2004, p. 13 (sección Negocios). En un contexto técnico cabe pensar que no es servicio público toda la actividad estatal, sino solo algunas tareas, misiones o actuaciones esenciales de servicio *subordinado obligación e interés general*. Es preciso diferenciar a las "actividades de interés público", con libertad de entrada y acceso al mercado, libertad de contratación y formación competitiva de precios y libertad de inversión, que se "regulan" por el régimen de "autorización reglamentada", por una parte, y las "servicios públicos" propiamente dichos. En consecuencia, deben haber dos tipos de regulaciones. Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar - DE LA CLAYTARA, Juan Miguel y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *El nuevo servicio público*, UAM, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 27-34.

- 2.3. La integración económica regional y los servicios esenciales en red.⁴³ Significa la sucesión del Estado-Nación al Estado-Región, la instalación de la ciudadanía comunitaria, de la soberanía compartida, de la prestación conectada de servicios públicos con economía a escala, de la consagración de una moneda única, de una constitución política común, y de regulaciones económicas con políticas públicas afines.⁴⁴
- 2.4. La creación convencional y multilateral de organizaciones internacionales a medida del comercio mundial, con autoridad regulatoria y sancionatoria inclusive en los servicios públicos supranacionales de interconexión. En el caso de la OMC, UPL, IATA, AIT, reguladores del comercio, y de los mercados postal, del transporte aéreo y de las telecomunicaciones en el ámbito internacional, como una nueva "instancia del poder".⁴⁵
- 2.5. La instalación y prestación de servicios en competencia, para evitar la concentración, la distorsión de los mercados y los monopolios, y como contrapartida garantizar la defensa de usuarios y consumidores y la organización de asociaciones representativas del interés colectivo.⁴⁶
- 2.6. La coparticipación tributaria de la renta pública y de la asistencia financiera internacional, en base a la "reformulación del contrato social", tanto a *escala social individual* como a *escala institucional estatal*, para viabilizar el desarrollo sostenido, equitativo y solidario, con un "nueva repartición de recursos".⁴⁷

⁴³ Para casos específicos con estudios multidisciplinarios en la materia, véase DROMI, Roberto (director), *Casos de EPOCA. Serie Servicios Públicos, número 5. Servicios esenciales*, Ciudad Argentina, Madrid - Buenos Aires, 2003.

⁴⁴ "El Estado-Nación se ha convertido en una unidad artificial, incluso disfuncional para la organización de la actividad humana y el manejo de los flujos económicos en el mundo sin fronteras. No representa una comunidad genuina, compartida, de intereses reconocidos, no define canales significativos de la actividad económica. De hecho, pasa por alto los lazos verdaderos y las sinergias existentes entre los sectores poblacionales desiguales o opuestos propósitos de la actividad humana con niveles de análisis erróneos". OMAE, Kenichi, *Del Estado-Nación al Estado-Región*, en *Revista de Ciencia Política*, 1993. Del mismo autor, véase *El fin del estado-nación. El ascenso de las economías regionales*, Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997. En el tema que nos atañe, podemos afirmar que "la fijación de reglas de juego por el Estado es la mejor garantía de inversión y de consumo. El Estado es la autoridad del Mercado. No hay soberanía por sobre el bien común. El Estado debe regular y controlar. El Estado debe ser regulador con regularidad, predictibilidad, equidad y continuidad sostenida". DROMI, Roberto, *Reglas para vivir y crecer. Reflexiones sobre el Mercosur - La Unión Europea a través de España*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

⁴⁵ "La primera consecuencia del desarrollo de la red de los poderes ultrastatales es ésta: los Estados son condicionados, en el ejercicio de la soberanía, por instituciones superiores. De hecho, cualquier decisión interna, está condicionada al respecto de estándares y criterios impuestos en sede internacional o supranacional. Derivando de ello que los organismos internos deben respetar no solo el derecho creado por el Estado, sino también aquel creado fuera del Estado". CASSESE, Sabina, *La entra del Estado*, Lexis Nexis - AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2003, pp. 88-89.

⁴⁶ "Por ello, una razón se afirma que el derecho de la competencia protege más la competencia misma que a los competidores y/o consumidores, con lo cual se legitima una presencia moderada y razonable del Estado, vía políticas públicas de competencia. Las normas de competencia precisamente buscan evitar los abusos de la libertad de empresa y de la libertad de pactos a favor del bienestar del grupo social". WITKER, Jorge, *Derecho de la competencia en América*, ICE, México, 2000, p. 21. Asimismo véase: COLOMA, Gerardo, *Defensa de la competencia*, Madrid - Buenos Aires, 2003; DROMI, Roberto, *Competencia y monopolio. Argentina, Mercosur y OMC*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999; AGUILAR ÁLVAREZ, Javier, *La libre competencia*, Oxford University Press, México, 2000; CORREA, Carlos M. (director), *Revista de Derecho Industrial y de la Competencia. Número 4 Derecho de la Competencia*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2006; IMMENGA, Ulrich, *El mercado y el derecho. Estudios de Derecho de la Competencia*, tirat in blank, Valencia, 2001; PEREZNIETO, Linaul - Guerrero, Renato, *Derecho de la competencia económica*, Oxford University Press, México, 2002; SÁNCHEZ RICHARDO, Alberto C., *La competencia de nivel*, Porrúa, México, 2003.

⁴⁷ Véase GARCÍA BILSUNCE, Horacio A. - DÍAZ, Vicente, O. (directores), *Tratado de tributación*, 3 tomos, 4 vols., Amec, Buenos Aires, 2004.

- 2.7. La transparencia⁴⁸ de las conductas públicas y privadas de interés colectivo⁴⁹ y la reconstrucción del "poder de control"⁵⁰; por vía de auditorías, sindicaturas, tribunales de cuentas, contralorías generales, bolsas de valores, organismos de regulación, entidades de superintendencia, entre otras.
- 2.8. La participación de usuarios y consumidores de servicios públicos como nuevos actores de la estructura social, a través de los canales procesales específicos: asociaciones de usuarios, agencias de regulación, audiencias públicas y otros escenarios del protagonismo social⁵¹.
- 2.9. La asignación de fondos fiduciarios y presupuestos específicos, con destino social concreto para la mejora de la calidad y cantidad de prestaciones públicas básicas de interés colectivo universal; por ejemplo: en los servicios de agua potable, de transporte público, de salud pública y de educación pública.
- 2.10. La declaración de emergencia pública, para adecuar y atenuar las crisis económicas, en base a remedios de excepción que regularmente comprenden también a las contrataciones

⁴⁸ Sobre el valor transparencia véase la orientación señalada por la Encíclica *Vestire Spem*, de Juan Pablo II, que en su párrafo 101 indica que "en el ámbito público se debe constatar que la veracidad en las relaciones entre gobernantes y gobernados; la transparencia en la administración pública; la integridad en el servicio de la cosa pública; el respeto de los derechos de los administrados políticos; la tutela de los derechos de los usuarios contra procesos y condenas sumarios; el uso justo y honesto del dinero público; el rechazo de medios capciosos o ilícitos para conquistar, mantener o aumentar a cualquier costo el poder, son principios que tienen su base fundamental -así como su urgencia singular- en el valor trascendente de la persona y en las exigencias morales objetivas de funcionamiento de los Estados" en Capítulo V, número 5: "Transparencia administrativa", DROME, Roberto, *Normas y valores administrativos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid, 2003, pp. 218-220. Al respecto véase también GORDILLO, Agustín, *La administración paralela*, Capítulo I, "Los valores del sistema jurídico administrativo", Civitas, Segunda edición, Madrid, 1997, pp. 21-34 y "Deber de transparencia y la regulación jurídica de la ética pública", en COMADIRA, Julio, *Derecho Administrativo*, Capítulo XXIII, Segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 591-603.

⁴⁹ Antiguamente la ética, en una visión liberal, se presentaba como un freno o como un obstáculo para la eficacia económica. Ahora está cambiando: "El respeto de los principios de la moral tiende a aparecer como la condición para el éxito a largo plazo de los negocios, como el motor de una empresa rentable, como la necesidad de los intercambios. Es una inversión ideológica fundamental lo que debemos tratar de comprender". LPOVETSKY, Cifuentes, *Metamorfosis de la cultura liberal. Ética, medios de comunicación, espejismo*, Anagrama, Barcelona, 2003, pp. 64-65. "El conocimiento diáfano de los contenidos y las formas de la gestión pública es un valor administrativo fundante del sistema jurídico democrático... La transparencia administrativa exige la concurrencia de ciertos elementos-paños, que hacen a su composición ontológica, y que configuran un conjunto de conocimiento, conciencia, comunicación y control. Son tales la existencia de una publicidad real; la participación activa de los administrados en el quehacer público; la información efectiva de los actos de la Administración; la celebración de audiencias públicas; el libre acceso a la documentación administrativa; la legislación colectiva sectorial o supraindividual; la competencia pública; la actividad económica y financiera de todos los actos del poder administrativo; las defensas públicas o sociales; y el control eficaz de los actos estatales". DROME, Roberto, *Normas y valores administrativos*, Madrid - Buenos Aires, 2003, p. 219. Asimismo véase, "Deber de transparencia y la regulación jurídica de la ética pública", en COMADIRA, Julio, *Derecho administrativo*, Segunda edición, Abeledo-Perrot, 2003, cap. XXIII, pp. 591-603; GORDILLO, Agustín, *Buenos Aires, Dic. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2005/098, p. 26; VANGROSSI, Jorge R., "El hábitat ético: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa", en *Revista Jurídica El Derecho*, Tomo 159, Buenos Aires, p. 948.

⁵⁰ En ese mismo orden de ideas sobre la publicidad y privacidad del servicio público de control registral, fiduciario y probatorio, véase el estudio de DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás *El servicio público registral entre la privacidad y la publicidad*, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tomo I, Urut G. March, Valencia, 2000, pp. 1281 y ss.

⁵¹ Las organizaciones de consumidores fueron atribuido en todo caso, no solo por Ley sino por la propia Constitución, una función esencial en la política de defensa de los consumidores. Esa función tiene varios vertientes o facetas. Pero todas parten de dos ideas básicas: la primera que la debilidad institucional del consumidor aislado solo puede compensarse, siquiera sea parcialmente, mediante la creación de organizaciones y, más concretamente, mediante su asociación; la segunda, que además del interés individual de cada consumidor y del interés general o público en el buen funcionamiento del mercado en el que los consumidores obtienen los productos y servicios que necesitan, hay un interés que no se identifica exactamente con los anteriores, el interés colectivo o "difuso" de toda la categoría de consumidores y usuarios, interés cuyo representación y defensa debe atribuirse y se atribuye a sus propias organizaciones" Rebollo Páez, Manuel, *La defensa de los consumidores*, En: MUÑOZ MACHADO, Santiago - GARCÍA DELGADO, José Luis - GONZÁLEZ SEARA, Luis (directores), *Los contenidos del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Civitas, Madrid, 2002, p. 400.

de servicios públicos. El sistema de emergencia⁵² habilita la "revisión", "readecuación", "renegociación" y "reconversión" de las contrataciones públicas sobre las siguientes normativas⁵³:

- a) El impacto de las tarifas: la medida del precio público.
- b) La calidad de los servicios: la medida de la prestación debida.
- c) El desarrollo de los planes de inversión: la medida de los costos.
- d) El interés de los usuarios: la medida de los beneficiarios.
- e) La accesibilidad a los usos: la medida de la posibilidad del consumo.
- f) La seguridad de los sistemas de prestación: la medida de la operación.
- g) La rentabilidad de la empresa: la medida del interés privado.

IV. LA REALIDAD ADMINISTRATIVA Y LA FENOMENOLOGÍA ECUACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Enfoque tecnocientífico de los servicios públicos en la *praxis* de la cotidianidad administrativa: política, administración, derecho y economía de las prestaciones públicas.

1. La ecuación política de los servicios públicos

La Ciencia Política incorpora las prestaciones públicas al *contenido finalista* de la acción de la Administración Pública, en tanto integran el "bien común temporal". En consecuencia, desde la dogmática constitucional les reconoce su categoría de *derechos fundamentales*, y como parte de la filosofía política les da la categoría de *valores superiores*. De ahí que, en la instancia operativa y aplicativa del Derecho administrativo, su régimen jurídico sea predominantemente *publicístico*, por las *prerrogativas especiales* que confiere y por las *garantías propias* que otorga.

1.1. Los servicios públicos como ejercicio de los derechos fundamentales⁵⁴

⁵² "Si la normalidad prevista en la regulación se ve entorpecida por una situación 'emergente' que no puede ser encuadrada en la situación prevista en el Derecho para los casos comunes, si el conflicto que se presenta no puede ser resuelto de conformidad con la norma, al compararla con el modelo previsto, por la ruptura de la lógica del caso planteado en el antecedente, es posible concluir que nos enfrentamos a una emergencia o una crisis legal, que afecta el funcionamiento del sistema jurídico". DROMI, Roberto (director), *Renegociación de contratos públicos en emergencia*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 15.

⁵³ "En la emergencia pública se ven alteradas, en mayor o menor medida, las distintas variables accesorias de los contratos públicos, lo que torna imposible la continuación de su ejecución en las condiciones convenidas. La relación contractual debe ser reequilibrada. Este *negocio de nuevo* implica producir ajustes sobre la base del contrato, lo que repercutirá en la situación originaria. Así, las renegociaciones contractuales "extraordinarias" hallan sustento en la emergencia pública, y pretenden la 'rehabilitación' y subsistencia de los contratos de obras y servicios públicos, puestos en rigor por la crisis. La necesidad de devolverles a estos contratos su viabilidad se impone en la medida de su compatibilidad con el interés público, para superar las circunstancias sobrevinientes, excepcionales e imprevistas que los distorsionaron". DROMI, Roberto (director), *Renegociación de contratos públicos en emergencia*, Ciudad Argentina, Madrid - Buenos Aires, 2003, pp. 9-10.

⁵⁴ "Los derechos fundamentales derivan de la dignidad del ser humano, destinatario último y principal de la protección del Estado... se consideran de primera generación los relativos a las libertades públicas; de segunda generación, los derechos sociales, y de tercera generación los que conciernen a la sociedad considerada en su conjunto, que no tienen una utilidad individualizada sino que corresponden al colectivo humano, como los derechos que se refieren al medio ambiente, a las relaciones de consumo o al desarrollo sustentable. (...) Los derechos sociales y económicos son consecuencia de la evolución de la sociedad y del efecto expansivo del progreso tecnológico. Entre factores han determinado a su vez la renovación de la noción de derechos que se perciben como fundamentales, en la medida en que son necesarios para alcanzar un desarrollo integral del hombre, en un contexto que propiciara igualdad de oportunidades". DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, Capítulo III, "Libertad y autarquía. El diálogo del poder".

- a) Los derechos de usuarios y consumidores de servicios públicos son una "especie" del "género" de los derechos humanos.²⁶
- b) La *fuerza de protección* de estos derechos derivan de tratados y protocolos internacionales con jerarquía superior a las leyes.²⁷
- c) El derecho fundamental radica en el *acceso directo e irrestricto al uso y goce del "servicio"*.
- d) Los derechos fundamentales garantizan su eficacia con la axiología administrativa, *limitan* las inmunidades e impunidad del poder, *tienen efectos vinculantes* para la conducta administrativa, *son el reflejo de las garantías fundamentales*, *expresan la axiología de la verdad, tienen en la axiología su principio de razón y fundamento*, *son el soporte para la reconstrucción del Derecho Administrativo en el Estado Democrático de Derecho*.

1.2. Los servicios públicos como manifestación de los valores superiores²⁸

- a) La equidad: acceso posible sin exclusiones arbitrarias. Lo justo en el caso concreto a través de la equivalencia real, y el equilibrio razonable y competitivo de las potencialidades de cada usuario en sentido individual y universal.²⁹
- b) La solidaridad: la colectivización del costo social y del sacrificio compartido. Un estilo de convivencia, de beneficios y sacrificios que requiere la distribución equitativa de la renta, la seguridad de los que menos tienen, la defensa de los más débiles, la carga compartida

Décima edición, Ciudad Argentina, Madrid - Buenos Aires, 2004. Véase DROMI, Roberto, *Servicios públicos, derechos fundamentales y valores administrativos*, Instituto de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 31 de enero de 2003. (inédito); CORTINA, Adela - GARCÍA-MAZÁ, Domingo, *Razón pública y ética aplicada. Los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista*, Tecnos, Madrid, 2003. Para un estudio histórico de los derechos fundamentales véase PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio - FERNÁNDEZ GARCÍA, Encelón (directores), *Historia de los Derechos Fundamentales*, 2 tomos, Dykinson, Madrid, 2002; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona humana desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.

²⁶ En este orden, los jueces en la República Argentina han considerado a los servicios de gas y de agua como prestaciones que, en la sociedad actual, pertenecen al *utmosto necesario del hábitat humano* (Cám. Vta. y Com., San Carlos de Bariloche, 15/11/01, "Riqualtas, Rosa y Amparo" y Juzgado de Paz de Moreno -Provincia de Buenos Aires-, 22/8/02, "Ranero Edgardo Mario y otro c/ Agros del Gran Buenos Aires S.A. s/ Acción de amparo", respectivamente).

²⁷ Los servicios públicos son de por sí derechos humanos, y por eso son reconocidos en los ordenamientos jurídicos internos e internacionales. En este orden, la prevalencia del interés público se ve reflejada en los tratados internacionales sobre derechos fundamentales, en la medida en que promuevan y promuevan, una profesión que incluye a los usuarios de servicios públicos. Se destaca en esta materia el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* ("Protocolo de San Salvador"), cuyo artículo 11 enuncia el *derecho de toda persona "a contar con servicios públicos básicos"*. Por lo demás, y en tanto sólo puede procurarse la libertad del hombre si se crean condiciones que permitan a cada persona *gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales*, tanto como de sus derechos civiles y políticos, debe considerarse también que los Estados Partes en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos se han obligado a garantizar la vigencia igualitaria de todos esos derechos. Véase GORDILLO, Agustín y otros, *Derechos humanos*, Cuarta edición, Facultad de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.

²⁸ "Porque la vida cotidiana fluye, y no espera a que existan acuerdos o normas para presentar situaciones que reclaman justicia, casos que precisan solidaridad, circunstancias que ponen en peligro el respeto a la dignidad humana. No solo plantea "dilemas morales" ni siquiera plantea sólo "problemas morales", sino que exige vivir las actividades, las instituciones y las organizaciones desde valores compartidos, para poder decir que convivimos, y no solo coexistimos". Cortina, ADELA - GARCÍA-MARZÁ, Domingo (directores), *Razón pública y ética aplicada. Los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista*, Tecnos, Madrid, 2003.

²⁹ Rawls observa que el principio de la *diferencia de oportunidades* significa *valorar las consideraciones particularizadas por el principio de compensación*. "Este principio afirma que las desigualdades inherentes requieren una compensación, y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotación son inevitables, habría de ser compensadas de algún modo... la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables". RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, FCE, Buenos Aires, 1993, p. 123.

de la asistencia social sostenida y sentida.⁵⁸ En esa medida, el servicio público es la prestación necesaria para el crecimiento social común en un marco de fraternidad *real* y *ampliada*.⁵⁹

- c) La participación: la intervención de usuarios que ratifican el principio de pertenencia⁶⁰ en la necesaria satisfacción del interés comunitario imprescindible a través de cauces de acción, comunicación e integración en la organización de los servicios.⁶¹

1.3. Los servicios públicos como satisfacción social del interés público.

- a) Intereses de usuarios y consumidores, que comprende los siguientes derechos: i) a la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos; ii) a la libre elección, trato equitativo y digno en la relación de servicio; iii) a la información; iv) a la educación para el consumo; v) a la defensa de la competencia y control de los monopolios; vi) a la participación y a la organización de entidades de protección de consumidores; vii) al acceso libre al consumo en el mercado de servicios; viii) a la regulación⁶² y el control a través de entes públicos, con participación de las asociaciones de consumidores; ix) al reparto equitativo y solidario para un desarrollo equivalente con igualdad de posibilidades en todo el territorio; x) al abaratamiento efectivo de las tarifas; xi) a la facturación directa de la tarifa a los usuarios individuales y no al consorcio de propietarios; xii) a la calificación de la obligación tarifaria como deuda personal y no como obligación ambulatoria o *“propter rem”*; xiii) a la satisfacción eficiente de la necesidad pública.⁶³

⁵⁸ Como lo expresó Juan Pablo II, “en la tutela de estos derechos de los individuos, se debe tener especial consideración para con los débiles y pobres. La *clase rica*, por lo tanto, tiene menos necesidad de ser protegida por los poderes públicos; en cambio, la *clase proletaria*, al carecer de un propio apoyo tiene necesidad específica de bienestar en la protección del Estado. Por tanto es a los obreros, en su mayoría débiles y necesitados, a quienes el Estado debe dirigir sus preferencias y sus ayudas”. Juan Pablo II, Juan Pablo II, *Comentarios Anonim. Carta Encíclica del Santo Pontífice en el centenario de la Revolución Novorosa*, Clarifiana, Buenos Aires, 1991, p. 21.

⁵⁹ “La *solidaridad administrativa* hace jugar en conjunto los valores de libertad, igualdad y fraternidad... La solidaridad se la convierte en un valor jurídico prioritario en la gestión administrativa. Su incorporación con arraigo constitucional es ahora una práctica cotidiana en la acción administrativa tanto estatal como no estatal, en áreas de los servicios públicos, las funciones públicas y las actividades de interés público, que debe cumplir la organización administrativa. Así lo demuestra el compromiso del sacrificio compartido como fórmula de justicia administrativa y reconocimiento analógico, que exige la participación en los esfuerzos comunes de asistencia individual y colectiva”. DROMI, Roberto, *Sistemas y valores administrativos*, Ciudad Argentina, Madrid - Buenos Aires, 2003, pp. 210-212. “La solidaridad implica el reparto orgánico de la riqueza de un país con la intención de crear riqueza común en servicio de infraestructuras, de bienes y servicios considerados necesarios o indispensables para el buen funcionamiento y el buen desarrollo de la *solidaridad*”. PETRELLA, Riccardo, *El bien común. Eligo de la solidaridad*, Temas de Debate, Madrid, 1997, p. 30.

⁶⁰ En este sentido, “... la participación es uno de los presupuestos para que la idea democrática avance en pleno desarrollo... Sin participación *quién* la democracia y uno de los valores éticos de la idea democrática queda en entredicho...”. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *La dimensión ética*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 117.

⁶¹ “En el caso del derecho social... pueden señalarse también tendencias hacia la precodificación (...). Contemporáneamente, el derecho del consumo ha adaptado parte de estos institutos, estableciendo reglas procedimentales de creación y reconocimiento de las asociaciones de consumidores y de participación en el planteo y en la solución de conflictos de consumo, así como en el control de la prestación de los servicios públicos y en la modificación de regímenes contractuales o tarifarios”. ABRAMOVICH, Víctor-COURTIS, Christian, *Los derechos nacidos como derechos cívicos*, prólogo de Luigi Ferrajoli, Tróika, Madrid, 2002, pp. 62-63.

⁶² Cabe mencionar la definición de regulación que cita Muñoz Machado, tomándola de Ph. Salansky, para quien la regulación “debe entenderse como ‘un control prolongado y localizado, ejercido por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social’. Regular no es, pues, producir normas, sino una actividad continua de seguimiento de una actividad”. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Tomo 1, Civitas, Madrid, 2004, p. 1173.

⁶³ “Si bien es cierto que en la relación con la gestión de servicios públicos hay una tendencia a abandonar los atributos propios de lo público para sustituirlos por los que pertenecen a la autonomía de la voluntad, también existe una tendencia a que el Estado fortalezca su presencia como ente *autoritario* en lo que se refiere a garantizar protección al consumidor, al trabajador o a los grupos excluidos del desarrollo; aportar ventajas de orden social y otras tareas propias de la actividad gubernamental”. VALLS HERNÁNDEZ, Sergio - MATUTE GONZÁLEZ, Carlos, *Nuevo derecho administrativo*, Porrúa, México, 2003, pp. 118-119.

- b) Intereses de trabajadores, empleados y socios, que comprenden el derecho a los programas de propiedad participada de los trabajadores de las empresas privatizadas.
- c) Intereses colectivos, generales, comunitarios o difusos,⁶⁵ que confieren legitimación colectiva y supraindividual al ministerio público, a los contralores generales, al defensor del pueblo y a las asociaciones de consumidores.

2. La ecuación administrativa de los servicios públicos

La Ciencia de la Administración incorpora las prestaciones públicas al *contenido modal* de la acción administrativa y como parte de la *causa formal* de la *organización* y de la *estructura*. En ese orden, prevalece el estudio de la *gestión* y el *gerenciamiento* de la "cosa pública",⁶⁶ con especial énfasis en las *modalidades de operación*: pública o privada; estatal o no estatal; centralizada, descentralizada o descentralizada; y en los principios administrativos implicados con las prestaciones públicas: *eficacia, transparencia y subsidiariedad*.

2.1. La gestión privada: contrato de concesión

- a) Principios: subsidiariedad y libre competencia.⁶⁷
- b) Límites: regulación y control.⁶⁸

2.2. La eficacia como valor administrativo del servicio público⁶⁹

- a) Satisfacción concreta y plena de la necesidad con la que se alcanza la finalidad del servicio en acción y resultado.⁷⁰

⁶⁵ Véase CIANCARDI, Juan, *El constitucionalismo en los derechos fundamentales*, Capítulo 3.4: "Los límites de los derechos fundamentales", EUNSA, Pamplona, 2002, pp. 223-250.

⁶⁶ "Lo público se dice de lo que es o le corresponde a la gente, al núcleo colectivo, al pueblo, a los miembros de la *polis*, de la *politeia*, de la ciudad del Estado y, hoy, de la Región. Lo público se encuentra en el *conjunto*, en el *todo*, demanda una especificidad propia a la ontología, a la organización, a la técnica, a la administración, a la representación y a la toma de decisión. Lo público se lo *advierte* con criterios distintos, atendiendo al fin que le da la identidad, jerarquía y perpetuidad: el *bien común* o el *bien público temporal*". Dami, Roberto, *Los límites de la globalización*. En Decan, Roberto (director), *Conferencia de EPOCA. Siete integraciones Económicas sinera 2. Mercosur y Empresas*, Ciudad Argentina, Madrid - Buenos Aires, 2002, p. 22. Véase LONGO, Manuel - Zafra, Manuel (coordinadores), *Presar lo público*, ESADE-UIB, Madrid, 2000.

⁶⁷ En los servicios públicos "parece necesario hacer prelación a la participación, ya que a través de ella será posible también conocer las necesidades de los individuos... Por otro lado... en el servicio de determinados bienes que afectan a la seguridad del Estado la intervención de los ciudadanos debe ser mayor...". De ASÍS ROIG, Rafael, *Servicio público y poder privado*. En: De ASÍS ROIG, Rafael - FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio, y otros, *Valores, Derechos y Estado a finales del Siglo XX*, Universidad Carlos III - Dykinson, Madrid, 1996, p. 52. La *garantía de supervivencia* es un requisito de la *seguridad jurídica* y la *seguridad jurídica* es un requisito esencial del sistema jurídico del Estado de *Derecho democrático*. Por ello, la *competencia* no significa "ausencia de normas" sino *interacción de derechos* en el mercado, una *seguridad jurídica* en sus agentes. Libre *competencia* no quiere decir "transparencia en el país". ARIÑO ORTIZ, Gaspar - DELACUÉTARA, Juan Miguel y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis, *El nuevo servicio público*, IAM, Madrid Ptas. Madrid, 1997, pp. 132-133.

⁶⁸ Para una actualización en esta temática véase *Organización, contenido y régimen jurídico de la función de regulación*. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1172-1247.

⁶⁹ "Si el concepto de eficiencia (considerado un valor) carece de valores, y considera que lo social no existe y que la sociedad sólo es una suma de individuos, surge la necesidad de un replanteamiento en el cual los sujetos o agentes económicos, así como los consumidores, y principalmente el *interés público* coexistan con un concepto de eficiencia que no trampa con la equidad. En este escenario, el derecho de la competencia emerge como disciplina instrumental que organiza y reordena los mercados nacionales y regionales, utilizando la indispensable ecuación que deriva de su orden público económico que jerarquiza los intereses de los consumidores por sobre los corporativos privados". WITKOP, Jorge, *Derecho de la competencia en América*, FCE, México, 2000, p. 1.

⁷⁰ Un listado razonable y bien argumentado de necesidades básicas es el que ha propuesto la profesora Martha Nussbaum en estrecha colaboración con el economista indio y premio Nobel, Amartya Sen. Véase NUSSBAUM, Martha, *Capacidades humanas y justicia*

- b) Población universal con acceso equitativo al uso y consumo público.⁷⁰
 - c) Prestación con costos razonables y en tiempo oportuno.
 - d) Obtención de una mejora en la calidad de vida de los usuarios como situación convergente de crecimiento y desarrollo.⁷¹
 - e) Transparencia ética y seguridad⁷² física y jurídica en el uso de las prestaciones públicas.
- 2.3. La protección de la competencia contra los abusos del mercado.

- a) La *libre competencia*, libertad de empresa y participación privada como presupuesto en la *economía de mercado*.
- b) El *control de monopolios, exclusividades y concentraciones* naturales y legales para garantizar la *apertura económica y el interés público*.⁷³
- c) La *libertad de elección* de los consumidores entre los posibles prestadores.

3. La ecuación jurídica de los servicios públicos

La Ciencia del Derecho incorpora las prestaciones públicas al contenido material de las *regulaciones normativas* (legales y reglamentarias) y del *control público* (por entes y agencias de regulación, por auditorías, sindicaturas, defensorías y otros organismos públicos, estatales y no gubernamentales, con atribuciones específicas en la fiscalización de la legalidad, gestión, oportunidad y mérito de las prestaciones públicas).

3.1. Los marcos normativos de regulación

- a) Regulaciones jurídicas de diversa jerarquía: constitucional, legal y reglamentaria.

social. En: RIECHMANN, Jorge (coordinador), *Necesites, deseos, véris. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*. Los Libros de la Catarata, Madrid, 1998, pp. 43-104.

⁷⁰ "Una sucesión de años en los que crecen el PIB y la renta per cápita indica que se está produciendo un proceso de crecimiento económico del país en cuestión, pero ello no garantiza, en rigor, que esa actividad se esté desarrollando, puesto que el crecimiento puede haberse producido de una manera tan desigualada, desigualativa e injusta que ese aumento de los recursos no haya beneficiado al conjunto de la población, y por lo tanto no implica desarrollo propiamente dicho". MARTÍNEZ NAVARRO, Emilio, *Ética para el desarrollo de los pueblos*, Trotta, Madrid, 2000, p. 51.

⁷¹ "La idea de calidad de vida da también imagen de conjunto al resultado esperable de la acción estatal. La calidad de vida resulta de la actividad pública promotora de los bienes sociales constitucionales. Pero la calidad de vida siempre es mejorable: primero, porque haya más medios financieros para robustecer la acción promotora del Estado; segunda, porque la ponderación entre los diferentes bienes que forman la calidad de vida sea más acertada; y, tercero, porque surjan más bienes susceptibles de protección jurídica". CANOSA USERA, Raúl, *Constitución y Medio Ambiente*, Ciudad Argentina - Dykinson, Madrid - Buenos Aires, 2001, p. 54.

⁷² "De conformidad al objeto al que se otorga, la seguridad puede ser visto desde la situación del hombre en su yo, en cuyo caso la seguridad es privada; y puede ser analizado en relación a su circunstancia, entonces la seguridad es pública. La seguridad pública es la que trasciende lo privado, lo personal e íntimo del hombre. En este orden, la seguridad del hombre en su circunstancia se corresponde con la seguridad en las relaciones de naturaleza "comunitaria" (particulares) y en las relaciones de naturaleza "distributiva" (sociales). La seguridad pública comprende prioritariamente la situación del hombre en la relación ciudadana, como sujeto de la ciudad, de la polis (el hombre ciudad), en la relación *martha, gregal o social, de encuentros o firmamentos colectivos* (el hombre masa) y en la relación de *comunicación y de información* (el hombre diálogo)". PAREJO ALFONSO, Luciano - DROMI, Roberto, *Seguridad Pública y Derecho Administrativo*, Marcial Pons - Ciudad Argentina, Madrid - Buenos Aires, 2001, p. 203.

⁷³ "La eficacia de la públicos de defensa de la competencia no depende solo de su capacidad para sancionar determinadas conductas como infracciones y para resolver determinados problemas de eficiencia a través de condicionamiento estructural o de conducta. También tiene que ver con la posibilidad de generar un ordenamiento jurídico que sea aceptado y respetado por los agentes económicos, y de contar con instituciones que sean capaces de aplicar dicho ordenamiento". COLOMA, Germán, *Defensa de la Competencia*, Ciudad Argentina, Madrid - Buenos Aires, 2003, p. 378.

- b) Régimen de obligaciones básicas y universales de la prestación.⁷⁶
- c) Régimen de derechos y obligaciones de concedente y concesionario.
- d) Régimen de los bienes afectados a la prestación.
- e) Régimen de rentabilidad adecuada y de garantías de inversión.
- f) Régimen de cantidad de inversión y de calidad de servicios.
- g) Régimen de responsabilidad subsidiaria del Estado.

3.2. Entes de fiscalización y control

- a) Organismos técnicos instituidos por ley.
- b) Organismos profesionalizados e independientes.
- c) Organismos de composición pluri-institucional.
- d) Organismos de regulación y control.
- e) Organismos con estabilidad funcional.
- f) Organismos vinculados al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo.
- g) Organismos con control específico.

3.3. Prerrogativas y garantías. El derecho de huelga

- a) Prerrogativas del concedente para la modificación, extinción e interpretación del contrato.
- b) Garantías del concesionario sobre las ecuaciones contractuales.
- c) El derecho de huelga frente al deber de continuidad y a la obligación de la prestación de servicios mínimos esenciales.

4. La ecuación económica de los servicios públicos

Las Ciencias Económicas incorporaron las prestaciones públicas al contenido material de las *actividades económicas*; por ello analizan desde diversos enfoques la *viabilidad* de la prestación, tanto para el prestador como para el usuario, a través de la *fijación de precios y tarifas* y de la preservación de las *inversiones en infraestructura* y en el mantenimiento *tecnológico*.⁷⁷

4.1. Componente tecnológico y ambiental

⁷⁶ No es vano en Europa se ha afirmado que la liberalización del mercado de los servicios públicos "debe acompañarse de restricciones insuperables para que se garantice el servicio universal". Muñoz Machado, Santiago. *Servicio Público y Mercado*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1998, p. 209. La Comisión Europea lo entendió así que: "El servicio universal es un conjunto de exigencias de interés general a las que deberían someterse en toda la Comunidad las actividades que se desarrollan en un sector determinado, como el de telecomunicaciones, o el de correos, por ejemplo". MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio Público y Mercado*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1998, p. 323.

⁷⁷ Indira Valero Ferrizos en un ensayo de *actualidad* sobre los nuevos *tecnológicos* en el ámbito de la Administración Pública, que es extensible a la administración *concentrada* o delegada, enseña que el derecho-deber de la vigencia *tecnológica* es una exigencia de la garantía y de la eficacia de la gestión pública y que las nuevas *tecnologías* debe llevarse también a la comunicación que tiene el ciudadano con la Administración Pública, lo cual presuppone el mismo derecho a la comunicación digital privado o al

a) Vigencia tecnológica, infraestructural y comunicacional en red. Ecuador compensado entre el deber de *vigencia tecnológica* y el derecho al *desarrollo industrial*.

b) Conservación y remediación ambiental. Ecuador compensado del equilibrio para el progreso entre la *conservación de la naturaleza* y el *crecimiento de las actividades productivas*.

4.2. Componente financiero y tributario

a) Previsiones presupuestarias de ingresos, gastos e inversiones, para mantener la estabilidad financiera y las garantías de inversión.⁷⁷

b) Previsiones de gravámenes, cargas e impuestos directos e indirectos. Garantía de igualdad, equidad, legalidad y justicia tributaria en las relaciones económicas públicas y privadas.⁷⁸

4.3. Componente comercial (de precio y mercado)⁷⁹

a) Equilibrio estable del valor ponderado de las prestaciones con la equivalencia proporcional de precios y tarifas.⁸⁰ *Intangibilidad de precios en competitividad*.⁸¹

llamado derecho privado de internet (véase el trabajo del autor, *Administración Pública, ciudadanía y nuevas tecnologías*, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tomo 3, *travaux de la recherche*, Valencia, 2000, pp. 2943-2960; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., *Derecho privado de internet*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 38 y ss.; Martínez Nadal, Apolonia *La fibra óptica electrónica*, Civitas, Madrid, 2000). En Iberoamérica, la situación tecnológica es una deuda pendiente. Por ello, "como primer paso debe hacerse un diagnóstico adecuado. El mismo parte de una realidad ostensible: solo una escasa porción de las expectativas de manufacturas iberoamericanas corresponden a la categoría de bienes de alta tecnología". Véase DROMÍ, Laura, *Iberoamérica*, Ciudad Argentina - Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid - Buenos Aires, 2002, p. 152.

⁷⁷ "La celebración de tratados de protección de inversiones ha tenido un crecimiento exponencial en los últimos tiempos, legítimamente una típica mundial que, con algunos tratados multilaterales, integran lo que se podría denominar el *régimen jurídico internacional de la inversión extranjera*", TEMPCONE, Rubén Eduardo, *Protección de inversiones extranjeras*, Ciudad Argentina, Madrid - Buenos Aires, 2003, p. 30.

⁷⁸ "La igualdad proporcional, por su parte, responde a la fórmula "lo mismo a los iguales"; es decir, debe tratarse de modo igual a quienes se hallan en idéntica situación y de modo desigual a quienes están en situación distinta. De aquí que la igualdad proporcional atañe un problema ulterior: ¿en qué consiste un trato desigual entre quienes se hallan en situación distinta? Esta pregunta admite, a su vez, dos respuestas: si incrementando el beneficio o la carga en la misma medida de incremento de la diferencia (proporcionalidad en sentido estricto), o si incrementando el beneficio o la carga en mayor medida del incremento de la diferencia y como medio de neutralizar esta última (proporcionalidad). La legislación fiscal ofrece abundantes ejemplos de ambas clases de igualdad proporcional". DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2002, p. 179.

⁷⁹ Una interpretación distinta, una consolidación del desequilibrio de prestaciones, sus raptus de la *recaudación económica* del contrato, por incumplimiento de la concedente, importa una *lesión a la propiedad contractual*, un *enriquecimiento sin causa* del concesionario que "paga por lo que no recibe", y un enriquecimiento ilícito del Estado que "cobra por lo que no presta". Véase REBOLLO PUIG, María, *El enriquecimiento ilícito de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995; Barro, Rodolfo, *Enriquecimiento sin causa y contrato administrativo*, en *ED*, 109-390 y, *La intangibilidad de la remuneración del contratista particular en los contratos administrativos*, en *ED*, 62-727. Este derecho nace del contrato, que le habilita a denunciar los *contraprestaciones o equivalencias del precio administrativo conculcadas o contractual a cargo del concesionario, que solo "puede y debe" cumplir si recibe las "contraprestaciones" proporcionales ponderadas a la magnitud del canon sus cargos*, por cuanto sólo ellas le permiten satisfacer las prestaciones públicas comprometidas. VILLAR ROBLES, Tarjón, *canon, precio y precios administrativos*, Comares, Granada, 2000, pp. 136-184; Torno Mas, J., *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con las peajes y las tarifas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1982 y Ranzallo Massaret, J., *Tomos, precios públicos y precios privados*, Revista Española de Derecho Financiero, número 90, Madrid, 1996.

⁸⁰ La idea jurídica es el equilibrio del canon que paga el concesionario y los cargos del *servicio universal básico* de prestaciones públicas a que se obliga, en su vertebación con las *garantías públicas equivalentes y condicionadas* del servicio. En síntesis, la concesión es una obligación de *prestación con garantía pública*. Seguimos a ARIÑO ORTIZ, Gaipar - DE LA CUÉTARA, Juan Miguel y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis, *El nuevo servicio público*, pp. 152-156, que describen en doctrina la *recaudación de contrato* en los servicios públicos. Asimismo, véase doctrina y jurisprudencia de aplicación en MORENO MOLINA, José Antonio, *Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 567-568.

⁸¹ En virtud de esta garantía, el concesionario del servicio público tiene derecho a la *compensación económica* del concedente, cuando conculca obligaciones de servicio al público no pueden ser costeadas por sus destinatarios. El concedente debe asumir su

b) Equilibrio de las dimensiones del perímetro comercial del servicio o espacio de desarrollo de las prestaciones. *Estabilidad de mercados locales, integrados y globales.*

V. LOS SERVICIOS PÚBLICOS: UN DESAFÍO CONTINUADO A LA GOBERNABILIDAD POLÍTICA, A LA SUSTENTABILIDAD ECONÓMICA Y A LA EQUIDAD SOCIAL

De nuestra exposición podemos concluir, a escala parcial por lo hasta aquí visto, que los servicios públicos se debaten entre los fines y los medios del Estado, entre la acción de gobierno y la acción de empresa, entre la gestión burocrática y el desempeño gerencial eficaz, entre las prestaciones para algunos con intentos de universalidad socializante para otros, con el dilema eterno del límite de las tarifas posibles para compensar la inversión de unos y para satisfacer la necesidad de todos.

Por ello el desafío, aún a nivel de teoría, tiene un marco de continuidad. No hay recetas mágicas, ni universales, ni abstractas para que las prestaciones públicas tengan un régimen global de *orientación* o de *norte a sur*. Globalización mediante, la apariencia muestra una mejor imagen de los servicios públicos, pero no alcanza para definir la suerte cotidiana de cada usuario y de cada gobernante; el servicio público sigue siendo casi todos los días una sorpresa, y por lo general no de las más agradables. Las protestas públicas de usuarios o empleados, las huelgas, las desinversiones, la suspensión o paralización de los servicios, entre otros datos fenomenológicos comunes, muestran en el día a día que los servicios públicos son el *centro mismo de la problemática de la vida pública*.

Es que a decir verdad, es por los servicios que reciben, que los ciudadanos logran consuelo cuando tienen que pagar los impuestos, por los servicios que reciben que logran consuelo en explicar los despropósitos del tamaño del Estado, por los servicios que reciben que finalmente entienden el pacto o *contrato social de convivencia*. Hemos querido acotar esta suerte de relativismo en nuestro desarrollo poniendo en la realidad fenomenológica todo un *sistema ecuacional público, jurídico, administrativo y económico* que compense con *adecuación* las pretensiones e intereses de todos los sectores comprometidos. Ese juego ecuacional es el que sirve de sustento para concertar políticas públicas comunes en la materia. Una técnica muy recomendable de consenso, comunicación y diálogo para que todos comprendan la medida de la responsabilidad pública comprometida con la suerte de los servicios públicos.

En suma, *gobernabilidad, sustentabilidad y equidad* son una misma cosa, o partes de una misma cosa. No alcanzan los servicios si no tienen en concurrencia conjunta estos tres presupuestos que hacen a la política, para gestionar; a la economía, para sustentar, y a la sociedad, para satisfacer. Por ello, *gobernabilidad política, sustentabilidad económica y equidad social* son propios inseparables de una entidad indivisible.²⁹

Acercando una aproximación final, estimamos posible señalar parámetros científicos y técnicos objetivos, para salir de la vacilación y darle certeza a la organización del servicio y para

justicia la flexibilidad de los servicios universales distributivos, por cuanto lo contrario atentaría contra el principio de igualdad ante las cargas públicas. Véase ARIÑO LIBERTIZ, Gaspar - DE LA CUÉTARA, Juan Miguel y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUSAZ, José Luis. *El nuevo servicio público*. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 33; VILLAR Rojas, Trifoxa, *taras, peajes y peritos administrativos*, Cívitas, Granada, 2000, p. 249.

²⁹ "La seguridad jurídica y el progreso económico no son conceptos antagónicos sino complementarios. Aún cuando hoy no podamos compartir ese feliz optimismo que tenían los autores clásicos, de la teoría económica, que consideraban a la seguridad jurídica como una condición suficiente para que se diera el crecimiento económico, sí, en cambio, podemos afirmar que hay un mínimo de seguridad jurídica que es condición necesaria para el crecimiento, y que la disminución de la seguridad jurídica disminuye la capacidad de crecimiento del sistema". DALLA VÍA, Alberto Ricardo, *Derecho constitucional económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 439.

concluir con el desencanto social y para preservar la alta moral de la esperanza republicana, homologando políticas públicas estables y de Estado.

1. De las vacilaciones y definiciones organizativas de los servicios públicos

En el marco de la estructura funcional de los servicios, el Derecho y la Economía pueden definir el espacio institucional de los servicios de un modo regular y continuo que *preserve los valores que la sociedad le ha confiado temporalmente en custodia a los gobiernos de turno.*

En el decálogo que sigue, marcamos algunas *definiciones explícitas* sobre los *mínimos organizacionales* a tener en cuenta:

- 1.1. **Por la escala del Estado:** *sistema de coexistencia* local, regional, estadual y global.
- 1.2. **Por el tamaño de la organización pública:** *estructura compartida del poder:* horizontal y vertical.
- 1.3. **Por los límites fronterizos entre lo público y lo privado:** las medidas de la descentralización pública no estatal.
- 1.4. **Por el rescate de los valores.** Las nuevas dimensiones de la *verdad* administrativa y de la *eficacia* integral de las prestaciones públicas.⁵³
- 1.5. **Por la formación de los agentes sociales.** La realidad de la *participación de los "interesados"* individuales y colectivos.
- 1.6. **Por la estabilidad de las reglas de regulación y control.** Signo inequívoco de la *seguridad jurídica*⁵⁴ y condición necesaria del *crecimiento*.
- 1.7. **Por el juego de la competencia:** iniciativa privada, libertad de empresa y control de monopolios, como presupuesto esencial para la *radicación de inversiones* y el consiguiente desarrollo tecnológico.⁵⁵
- 1.8. **Por los cambios de la cultura en la gestión:** la *confianza pública* en la delegación, concesión, descentralización, desburocratización, nueva regulación y fiscalización permanente,

⁵³ Como afirma Luciano Parejo, "la eficacia no se agota aquí enpero en su significado de *eficiencia*. En los servicios públicos y las demás prestaciones existe, en efecto, un fin legal, cuya consecución no se satisface adecuadamente con la simple optimización de la relación entre medios y objetivos. Ese fin legal es sustantivo o cualitativo, formando parte de la definición normativa del interés general a realizar y conociendo –por su propia naturaleza– de la flexibilidad propia para dar juego a los términos de la eficiencia en términos de productividad. La Administración está obligada a alcanzar su realización efectiva precisamente en los términos de su fijación legal". PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y administración. Tres estudios*, INAP - BOE, Madrid, 1995, p. 133.

⁵⁴ Pérez Luño distingue dos acepciones básicas del término seguridad jurídica: "En lo primero, que responde a la seguridad jurídica *stricto sensu*, se manifiesta como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. En la segunda, que representa su faceta subjetiva, se presenta como *certeza del Derecho*, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva". PÉREZ LUÑO, Antonio-Bartolomé, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 21-22.

⁵⁵ "Las tesis que nos ha legado el viejo capitalismo siguen, como antes, presentes. Hoy, como antes, es necesario evitar que lo llamado económico alcece un tirano total sobre la vida cultural. Hoy, como antes, es necesario que las actividades del comercio sean localizadas, si no ya en el mercado de un Estado nacional, por lo menos en uno internacional, específicamente acordado a las empresas por negociaciones y acuerdos que dimitan de diversos Estados políticos. Hoy, como antes, es necesario evitar que el lujo, o consumo sumario, sea la única fuerza directriz de los mercados. Hoy, como antes, es necesario encontrar los puntos equidistantes entre el *puro estatalismo*, cuya burocracia más ejemplar se dio en el derrumbe de los gobiernos comunistas de Europa del Este (equivalente al derrumbe de los gobiernos despóticos absolutistas que comenzaban a prescribir Montesquieu) y el *puro liberalismo* comercial, cuya burocracia se está viviendo en los países latinoamericanos con católicas intencional". MIBES, Fernando, *Libertad. Teoría política de la postmodernidad*, Trotta, Madrid, 2001, p. 75.

significan en su conjunto una *ampliación de la red social de los comprometidos en la "cosa pública"*, que se traduce auténticamente en una *democracia ampliada con eficacia republicana*.

- 1.9. **Por la adopción y adaptación de nuevas tecnologías:** compatibilización, actualización y oportunidad de compartir la fenomenología contemporánea de la *inmersion tecnológica y creativa* que produce mejoras en la calidad, economía en la gestión y complementación con la *infraestructura física para el desarrollo pleno*, en todas las áreas del quehacer social.
- 1.10. **Por la planificación estratégica:** una *exigencia de la certeza política, económica y jurídica en la definición objetivada de planes, proyectos y programas de acción pública*, que en el sector de los servicios traducen la comunidad, continuidad, regularidad, igualdad y universalidad en las posibilidades reales de uso y acceso.

2. El tamaño de la esperanza o la medida de las políticas públicas comunes

Los desafíos de la esperanza importan "esperar haciendo" o rogar pero trabajando. Hacer y trabajar para un *reencuentro con la identidad*, con las *diferencias específicas del ser*, en la inmensidad, en la globalidad, en la universalidad, en la humanidad, en la regionalidad. El futuro exige recuperar la propiedad de los modos, tradiciones, culturas y creaciones de los pueblos. En *ese orden*, se debe concertar: i) *un nuevo contrato social redistributivo* que acerque las distancias y repare las fracturas sociales, acortando las longitudes del poder; ii) *una nueva propiedad participada*, la del conocimiento y desarrollo tecnológico, de *todos al "saber" para "crecer"*; iii) *una nueva vida local* que reinstale la *aldea* en el mundo global como partes del *todo* y las *regiones* económicas como alternativa viable de la vida federal autonómica.⁶⁶

Estamos ante una nueva *oportunidad de hacer en solidaridad, con fe y razón, pensando y dejando hablar a las cosas en la política* para hacer de los servicios públicos una *realidad vivencial* caracterizada por:

- a) La *gobernabilidad* efectiva.
- b) La *igualdad* posible.
- c) La *equidad* actualizada.
- d) La *esencialidad* compartida.
- e) La *competitividad* eficaz.
- f) La *integración* alcanzada.
- g) La *prosperidad* esperada.

⁶⁶ "La unidad empieza por casa y lo primero que los latinoamericanos debemos preguntarnos es ¿cómo qué recursos contamos para sostener las bases de un desarrollo que, a partir de la aldea local, nos permita, al cabo, ser factores activos y no víctimas pasivas del refluxo movimiento global en el siglo XXI? La globalización es si no se paraceca para la América Latina. No seremos excepción a la verdad que se perfila con claridad cada vez mayor. No hay globalidad que vulgo sin localidad que viva. En otras palabras no hay participación global sana que no parta de gobernanza local sana". PUENTES, Carlos. *Ex isto erit*, Sixt Baral, Barcelona, 2002, p. 103.