

ESCUELA DE ABOGADOS
ESPECIALIZACION EN DERECHO
ADMINISTRATIVO MUNICIPAL

UNIDAD 27:

ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE
PRESTACIÓN: LOS SERVICIOS PUBLICOS

Dra. Guillermina Cinti
2 de agosto de 2018

NOCION O CONCEPTO

Hace de un siglo y medio que se viene analizando y debatiendo formalmente la temática de los servicios públicos y su regulación.

- ✓ España: Ley de 1845 sobre Competencias de la jurisdicción contencioso- administrativa
- ✓ Francia: jurisprudencia del Consejo de Estado Francés (1873). Fallo en el Caso Blanco dictado por el Tribunal de Conflictos

Una aproximación conceptual

El **SERVICIO PUBLICO** es la **ACTIVIDAD DESARROLLADA** por los **PODERES PUBLICOS** para atender **NECESIDADES DE INTERES GENERAL** que los individuos no pueden satisfacer individualmente y cuya **ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO** se somete a un **REGIMEN JURIDICO DE DERECHO PUBLICO**.



tres elementos:

- a) **Objetivo o funcional:** actividad que satisface necesidades colectivas
- b) **Subjetivo u orgánico:** persona pública que desarrolla o controla la act.
- c) **Normativo:** reglas exorbitantes de derecho público

Calificación de una actividad como servicio público debe ser hecha por LEY formal.

- ▶ **Caracteres de los Servicios Públicos**
- ▶ **Formas de Prestación.**
- ▶ **Concesión, Licencia y Permiso.**

▶ CARACTERES DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

La doctrina en general reconoce la siguiente enumeración:

CONTINUIDAD
REGULARIDAD
UNIFORMIDAD
GENERALIDAD

Otros autores, además de ellos, consideran como tales:

OBLIGATORIEDAD (Marienhoff - Cincunegui)
CALIDAD y EFICIENCIA (Dromi)
NECESIDAD (Cincunegui)
CONTROL ESPECÍFICO (Cincunegui).

CARACTERES DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

- **CONTINUIDAD:** significa que la prestación además de ser ininterrumpida, satisfaga la necesidad que cubre toda vez que ésta se presente, es decir que se efectúe oportunamente contribuyendo así a la eficiencia de la prestación.
Puede ser: absoluta (SP permanentes- energía eléctrica, provisión de agua, gas) o relativa (SP intermitentes -bomberos, educación primaria)
- **REGULARIDAD:** Significa que el SP debe ser prestado conforme a reglas, normas o condiciones preestablecidas. Las condiciones establecidas en los denominados Marcos Regulatorios, con más las establecidas en los pliegos de bases y condiciones generales -legales y técnicas- más las contempladas en el acto administrativo o título habilitante (concesión, licencia, permiso) conforman el sistema reglamentario básico del servicio

CARACTERES DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

- ▶ **UNIFORMIDAD O IGUALDAD:** Implica la igualdad de trato en la prestación, el derecho de exigir y recibir el SP en igualdad de condiciones, sin discriminación ni privilegios. No impide que existan distintas categorías de usuarios siempre que se les de el mismo tratamiento a todos los que están en la misma situación. La igualdad consiste en el mismo trato a todos los que integran la misma categoría (misma situación y condiciones).
- ▶ **GENERALIDAD:** Significa que el SP es para todos, no para determinada persona. Todos los habitantes tienen derecho de exigir y usar el SP, sin exclusión alguna, con arreglo a la Ley del mismo y a sus reglamentaciones. Tiene Jerarquía Constitucional: se deduce en forma indirecta de los arts. 42 y 75 inciso 23, en especial cuando éste último habla de “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato” y directamente de los Marcos Regulatorios.

CARACTERES DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

- ▶ **OBLIGATORIEDAD** (Marienhoff, Cincunegui): Se refiere al deber que pesa sobre quien debe prestar el SP y no a la obligación del usuario de utilizar el servicio. Según Marienhoff es un carácter fundamental inherente a todo tipo de SP, ya que de nada valdría que el SP sea continuo, regular, uniforme y general si quién debe prestarlo o realizarlo no está obligado a hacerlo.
- ▶ **CALIDAD Y EFICIENCIA** (Dromi): Significa que los usuarios tienen derecho a que el SP sea prestado con calidad y eficiencia (conforme art. 42) ya que ello tiende a mejorar la calidad de vida y el desarrollo humano (art. 75 inciso 19).
- ▶ **NECESIDAD** (Cincunegui): Todo SP es necesario porque ello hace a la entronización de una actividad en dicha categoría. La necesidad deviene como consecuencia del objetivo sustancial perseguido por la prestación del SP. Es un presupuesto para que una determinada actividad sea considerada como tal (SP), originándose de él los demás caracteres del SP.
- ▶ **CONTROL ESPECÍFICO** (Cincunegui): Todo otorgamiento a determinada persona o sociedad, para explotar una actividad que constituye un SP, implica un privilegio, y como tal, debe asegurarse el control de su utilización por quién es el beneficiario del mismo.

FORMAS DE PRESTACION O GESTION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

▶ FORMAS ESENCIALES :

- ▶ SERVICIO PUBLICO PROPIO : es el prestado por el ESTADO donde conserva la titularidad y la gestión, perdurando en el tiempo.

Puede ser prestado en forma

- **DIRECTA** : por la propia adm u órgano específico sin personalidad jurídica, mediante la asignación de tareas a las que ya tiene : Servicios culturales, museos, bibliotecas, salud, seguridad, educación primaria
- **INDIRECTA** lo presta el propio estado a través de órgano con personalidad jurídica propia, con asignación de funciones mediante su ley de creación : entes autárquicos, o sociedades del estado . AGOSBA; ABSA; BAGSA; AUBASA
- ▶ SERVICIO PUBLICO IMPROPIO: es el prestado a través de los particulares
 - Con transferencia de potestades (Concesión)
 - Sin transferencia de potestades (Licencia: Taxis, Farmacia)

CONCESION-LICENCIA-PERMISO

- ▶ **TÍTULOS HABILITANTES:** complementan la actividad legislativa y reglamentaria. Instrumentos por los cuales se habilita a un sujeto diferente del Estado para que se haga cargo de la prestación efectiva del Servicio Público.

Ley Nacional 23.696: contempla, entre otros, la CONCESION,
la LICENCIA y
el PERMISO

- ▶ Los marcos regulatorios en la Provincia de Buenos Aires (energía eléctrica - agua potable y desagües cloacales) establecen CONCESION

CONCESION

- ▶ -Es constitutiva de derechos, implica el nacimiento de un derecho no preexistente, es decir ex -novo.
- ▶ -Naturaleza Contractual: Estado celebra el Contrato como sujeto de Derecho Público
- ▶ -Implica la transferencia de una atribución y/o potestad que pertenece “iure proprio” al Estado, dándose en aquellos supuestos donde existe “publicatio”
- ▶ Forma de prestación indirecta del SP: a través del Concesionario quién actúa por su propia cuenta y riesgo.
- ▶ Activos. Sólo se transfiere la potestad de operar el SP incluyendo la tenencia de los bienes afectados al servicio.
- ▶ Activos del Estado, vuelven al Estado. Activos del Concesionario afectados a la prestación, pertenecen al Concesionario, y revierten al Estado al finalizar la concesión (con o sin indemnización-amortización).
- ▶ El Estado tiene la facultad de RESCATE y de sustitución directa del concesionario, cuando razones de interés público lo ameriten.

LICENCIA

- ▶ **Es una forma de AUTORIZACIÓN.** (Doctrina Italiana): acto por el cual el Estado, remueve un límite legal existente para el desenvolvimiento de una actividad, naciendo así para el estado una obligación negativa consistente en no obstaculizar el ejercicio de un derecho.

La **AUTORIZACION** pueden ser de dos clases:

- ▶ A) Licencia: es la autorización que incide sobre un derecho subjetivo privado (Licencia de policía)
- ▶ B) Habilitación: autorización que se otorga previo examen técnico de idoneidad para el ejercicio de una actividad determinada por parte del Habilitado con efecto declarativo (licencia p/conducir)

LICENCIA

- ▶ Juan Carlos Cassagne: la define como ACTO ADMINISTRATIVO DE NATURALEZA BILATERAL. Es “Una TECNICA CONCESIONAL que confiere un derecho nuevo y que, a diferencia de la Concesión, no se constituye por mecanismos contractuales sino a través de un acto bilateral, encontrando su campo de aplicación en aquellas actividades que corresponden al ámbito de la libertad de los particulares. (SP Impropios).
- ▶ ES CONSTITUTIVA DE DERECHOS. (Cassagne) El derecho del licenciatario constituye un derecho ex novo que nace con el acto Adm. de otorgamiento, a diferencia de la Autorización que, por configurar derechos preexistentes, es un acto declarativo.
- ▶ HAY TRANSFERENCIA DE ACTIVOS (BIENES), además de la operación del Servicio. En virtud de ello frente a un incumplimiento del licenciatario el Estado debe declarar la Caducidad. El Estado cedente no conserva la titularidad de la actividad que licencia sino que la abandona en forma definitiva en manos de los particulares sin posibilidad de retomarla, transformándose así en un arbitro, en un controlador del cumplimiento de las condiciones impuestas.

LICENCIA

- ▶ TIENDE A ASEGURAR LA COMPETENCIA DE MERCADOS, mientras que la Concesión está destinada a exceptuar dicha actividad del régimen de competencia resultando por ello aplicable -la concesión- a los supuestos de monopolio natural (distribución de energía) o monopolio económico (provisión de agua potable y desagües cloacales).
- ▶ NO TEMPORALES: destinadas a perdurar un lapso indefinido.
- ▶ STATUS LEGAL INDEFINIDO: MARIENHOFF define a la LICENCIA como “UNA FIGURA HÍBRIDA”, ambigua, de contornos jurídicos imprecisos y aún no definidos por el derecho que fluctúa entre la Concesión y el Permiso, acercándose, por sus características más a éste último, razón por la cual considera que no es plausible otorgar la prestación de un SP trascendente mediante ella ya que en este caso el colaborador del Estado estaría actuando sin mayor certeza y estabilidad jurídica, expuesto a diversidad de opiniones acerca de su Status Legal.

PERMISO

PERMISO:

- ▶ -MATA: tolerancia que no crea ningún derecho subjetivo, naturalmente revocable y sin reconocimiento de indemnización alguna (precario)
- ▶ -DROMI: acto que autoriza a una persona el ejercicio de un derecho, en principio prohibido por el orden jurídico.

CARACTERÍSTICAS:

- ▶ PRECARIO: esencialmente revocable sin indemnización
- ▶ TOLERA EL USO DE UN DERECHO: No autoriza ni delega nada sino que tolera realizar algo determinado (**permiso para estacionar, permiso para portar armas**). Más que otorgar un derecho, tolera su uso.
- ▶ INTUITU PERSONA: Se otorga en consideración a los motivos del mismo y a la personalidad del beneficiario, estando prohibida su cesión o transferencia.

PERMISO

- ▶ **SITUACIÓN JURÍDICA INDIVIDUAL:** crea una situación jurídica individual condicionada al cumplimiento de la Ley. Su incumplimiento determina la caducidad del mismo.
- ▶ **DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA:** su otorgamiento depende de la discrecionalidad administrativa: es decir la administración está habilitada para apreciar si el permiso que se solicita está o no de acuerdo con el interés público.

REGULACION ECONOMICA DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

- ▶ Existen actividades libres donde la maximización de eficiencia minimizando precios se pueden lograr por la competencia y una adecuada vigilancia de la misma
- ▶ Hay otras actividades que por su naturaleza monopólica para alcanzar la eficiencia es necesario regularlas y es ahí donde estamos ubicados cuando hablamos de los servicios públicos.

- **Monopolio Natural:** el costo de abastecer al mercado es menor al ser realizado por una sola empresa que al ser abastecido por más de una empresa.

Ello se produce por la ineficiencia en la duplicación de servicios de redes por la alta inversión en infraestructuras.

- **Monopolio Legal:** es el poder coactivo del Estado el encargado de impedir la competencia por otras empresas. Es el caso de la concesión para la prestación de un servicio público.

MODELOS REGULATORIOS

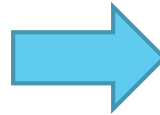
Price cap

Costo plus

Empresa Modelo

ASPECTOS COMUNES

Remuneración de -



LOS GASTOS PARA BRINDAR EL
SERVICIO



CAPITAL PUESTO A DISPOSICION



COSTOS DE EXPLOTACION (OPERACION Y MANTENIMIENTO)
COSTOS COMERCIALES Y DE ADMINISTRACION

PARTICULARIDADES DE CADA METODO

COST PLUS: implica una revisión anual con remuneración del valor contable de los activos.

VENTAJA: control cercano a la ejecución del gasto

DESVENTAJA : asimetría de información, sobrevaloración de costos y subsidios cruzados, falta de incentivo a mejorar la eficiencia.

PRICE CUP (REGULACION POR INCENTIVOS)

Se fijan tarifas máximas con revisiones tarifarias quinquenales y se utiliza la metodología de la comparación con la empresa modelo, con la fijación de un valor inicial.

VENTAJA: incentivo a mejorar la gestión, a realizar inversiones eficientes para que sean correctamente remuneradas, ajuste de precios con índices de actualización.

DESVENTAJAS: asimetría de información, riesgo del regulador al establecer un nivel de costos hipotético que la empresa no puede alcanzar .

VARIANTE DE LA EMPRESA MODELO

- Se determina el valor nuevo de reposición (VNR) de los activos necesarios para la gestión eficiente del servicio, comparable con la vida útil de las instalaciones.
- Se calcula el VNR en forma anual con una tasa adecuada.
- Fijación de los costos de operación y mantenimiento comerciales y de administración de una empresa de gestión eficiente.
- Fijación de otros costo operativos (pérdidas).
- Cálculo de remuneración anual (TIR).
- Fijación de tarifas máximas al usuario final.
- Revisiones tarifarias cada 4/5 años.

MODELO REGULATORIO DESEABLE

1. División clara de responsabilidades de diseño / legislación, regulación y prestación de servicios públicos
2. Diseño y legislación tendientes a regular segmentos monopólicos y permitir / propiciar competencia en el resto
3. Regulación orientada a replicar mercados competitivos (minimización de costos, no abuso de poder de mercado)
4. Externalidades positivas (ej., cobertura en saneamiento) atendidas vía subsidios explícitos sin distorsionar competencia
5. Regulación técnica y ceñida a contratos y marcos regulatorios con procesos transparentes
6. Prestación privada según claros derechos y obligaciones, con penalidades que repliquen incentivos del mercado, incluyendo la correcta asignación de distintos riesgos

Conclusiones

- ✓ El desarrollo sostenido de los servicios públicos requiere un enfoque de mediano plazo, tanto en sus aspectos regulatorios y de planificación, como de consideración de su financiamiento de mediano-largo plazo. Es necesaria una mejora continua en la capacidad técnica regulatoria de las dependencias del Estado.
- ✓ Una adecuada planificación estratégica para el desarrollo de ciertos servicios públicos no sólo contribuye a optimizar el presupuesto público sino a apalancar el crecimiento económico.

NUESTRO ROL ...

- ✓ La revalorización constante de los derechos de los usuarios y en general de la participación ciudadana, así como la creciente conciencia ambiental son factores adicionales que plantean nuevas cuestiones técnicas, legales y económicas que se agregan a los clásicos análisis sobre modelos de prestación y roles del Estado y entes privados.

Muchas gracias por su atención !!

Dra. Guillermina Cinti
guillerminacinti@yahoo.com.ar

CONSTITUCION NACIONAL Y PROVINCIAL

CN. Art. 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, **y a condiciones de trato equitativo y digno.**

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, **al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos,** y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los **marcos regulatorios** de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

CP. ART. 38.- Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz.

La Provincia proveerá a la educación para el consumo, al establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos y promoverá la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores.