LUCIA TECHERA TEALDI

Universidad Católica del Uruguay, Uruguay

lucia.techeraa@hotmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0003-1220-9311>

Recibido: 27/05/2025 - Aceptado: 21/06/2025

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Techera Tealdi, L. (2025). ¿Son las actividades declaradas de interés general por la ley, un nuevo tipo de servicio público?

Revista de Derecho, 24(47), Artículo e4710. <https://doi.org/10.47274/DERUM/47.10>

¿Son las actividades declaradas de interés general por la ley, un nuevo tipo de servicio público?*

1

Resumen: En este Trabajo Final de Máster se realiza un breve análisis sobre algunas actividades comerciales e industriales declaradas por el legislador como de “interés general” a los efectos de determinar si éstas pueden implicar una nueva categoría dentro de la clasificación de cometidos estatales de Sayagués Laso.

Para ello, el trabajo aborda de forma sucinta, conceptos relevantes para entender qué implica esta declaración legal, tales como: interés general, interés público, bien común, etc. A la vez, se analiza (de forma conceptual y a través de ejemplos) si las características que poseen este tipo de actividades las asemejan a la categoría de cometidos estatales de “regulación de la actividad privada a cargo del Estado” o a la de “servicio público” de forma de comprender qué régimen jurídico les aplica.

Finalmente, como reflexión final, pero a modo de puntapié inicial para continuar con el estudio del tema, se concluye que estas actividades reúnen características de ambas categorías, pero se asemejan más a un servicio público (sin declaratoria legal) por la regularidad, continuidad, etc., con la que se prestan y podrían alterar la clasificación de Sayagués y ser consideradas como un “servicio público impropio”.

Palabras clave: interés general; servicio público; actividad privada; cometidos estatales; regularidad; continuidad; declaración; servicio público impropio.

* Trabajo final de carrera presentado para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo Económico en la Universidad de Montevideo. Director: Graciela Ruocco. Montevideo, Uruguay, 2024..

Are activities declared by law to be of general interest a new type of public service?

Abstract: In this Master's Final Project, a brief analysis is conducted on certain commercial and industrial activities designated by the legislator as being of "general interest," with the aim of determining whether these can imply a new category within the classification of State functions proposed by Sayagués Laso.

To this end, the project succinctly addresses relevant concepts to understand what this legal declaration entails, including: general interest, public interest, common good, and others. At the same time, it analyzes (in general and through examples) whether the characteristics of these activities align them more closely with the category of State functions involving "regulation of private activity by the State" or with that of "public services," in order to determine the applicable legal framework.

Finally, as a final reflection, and also serving as a starting point for further study of the topic, it is concluded that these activities possess characteristics of both categories but more closely resemble a public service (without formal legal declaration) due to their regularity, continuity, etc., with which they are carried out. As such, they could alter Sayagués's classification and potentially be considered as an "improper public service."

Keywords: general interest; public service; private activity; state functions; regularity; continuity; declaration; improper public service.

2

As atividades declaradas de interesse geral por lei constituem um novo tipo de serviço público?

Resumo: Neste Trabalho de Conclusão de Curso de Mestrado, é realizada uma breve análise sobre algumas atividades comerciais e industriais declaradas pelo legislador como de "interesse geral", com o objetivo de determinar se estas podem implicar uma nova categoria dentro da classificação das funções estatais de Sayagués Laso. Para isso, o trabalho aborda de forma sucinta, conceitos relevantes para entender o que esta declaração legal implica, tais como: interesse geral, interesse público, bem comum, etc. Ao mesmo tempo, analisa-se (de forma conceitual e por meio de exemplos) se as características dessas atividades as aproximam da categoria de funções estatais de "regulação da atividade privada a cargo do Estado" ou da de "serviço público", a fim de compreender qual regime jurídico lhes é aplicável. Por fim, como reflexão final — mas servindo como ponto de partida para o aprofundamento do tema — conclui-se que essas atividades apresentam características de ambas as categorias, mas se assemelham mais a um serviço público (sem declaração legal), em razão da regularidade, continuidade, entre outros aspectos, com que são prestadas, podendo alterar a classificação de Sayagués e ser consideradas como um "serviço público impróprio".

Palavras-chave: interesse geral; serviço público; atividade privada; funções estatais; regularidade; continuidade; declaração; serviço público impróprio.

1. Introducción

1.1 Objetivos

El presente trabajo tiene como objetivo realizar un breve análisis sobre las características de ciertas actividades comerciales o industriales que han sido declaradas por las leyes que las regulan como “actividades de interés general”, con el fin de entender si las mismas pueden constituir un nuevo tipo de cometido estatal, dentro de la clásica clasificación de cometidos estatales realizada por Sayagués Laso.

En particular, el interés central que motiva este trabajo es saber si las actividades mencionadas ut supra, ingresan dentro de la categoría de cometidos “regulación de la actividad privada a cargo del Estado” o si, por el contrario, sus características exceden dicha categoría y se asemejan a los “servicios públicos”.

Para el caso de que se concluya que dichas actividades se asemejan a los servicios públicos, se analizará si pueden ser incluidas dentro del clásico concepto de servicio público acuñado, en nuestro país, por Sayagués Laso, o si, por el contrario, estamos en presencia de un nuevo “tipo” de servicio público.

1.2 Metodología e interés del trabajo

Para lograr lo anterior, el análisis estará organizado de la siguiente forma. Primero, se realizará una aproximación al concepto de “interés general”, con las limitaciones que un concepto de tal envergadura supone. Segundo, se hará un breve repaso de la clásica clasificación de cometidos estatales sostenida por Sayagués Laso, a la vez que se tratarán los aportes realizados por otros encumbrados autores, tales como Delpiazzo y Durán Martínez, sobre el tema. Tercero, se abordarán algunos conceptos utilizados en ordenamientos jurídicos comparados o aportados por doctrina comparada que pueden ser útiles para este estudio. Cuarto, se analizarán las características comunes que algunas de las actividades declaradas de interés general poseen; puntualizando algunos ejemplos concretos. Finalmente, una reflexión final, de acuerdo con todas las nociones abordadas.

El tema elegido para este estudio tiene motivo en el ejercicio profesional que quien escribe desarrolló durante años. En efecto, habiendo trabajado en una multiplicidad de casos donde la creciente regulación del Estado de diversas actividades privadas ha hecho que su régimen, en los hechos, sea tan exigente como el que poseen los servicios públicos, y que el límite entre ambos tipos de cometidos sea borroso, quien escribe se ha cuestionado qué tipo de cometido son en realidad estas actividades, y, por ende, qué régimen jurídico les resulta aplicable.

Como consecuencia de ello, mediante el presente, se busca entender qué consecuencias jurídicas pueden generarse a partir de la declaración del legislador de que una determinada actividad es de “interés general”.

Se busca generar un puntapié inicial para saber si existe una nueva tendencia a dejar de declarar actividades como servicio público, y en lugar de ello, sancionar leyes que incluyan la declaración de “interés general” mencionada.

Partiendo de la base de que el Derecho es una herramienta para solucionar, regular, prevenir, fomentar, desestimular, etc., determinadas conductas y actividades, una vez realizado el análisis mencionado, se reflexionará sobre si esas condiciones de la realidad, han hecho que el legislador encuentre una “nueva forma” de mantener un intenso control sobre determinado tipo de actividades, que considera esenciales para la sociedad, para asegurarse que las mismas sean prestadas en determinadas condiciones y bajo sus lineamientos.

2. Cuestiones preliminares

En primer lugar, en cuanto al alcance de este trabajo, cabe aclarar que el mismo no pretende ser un análisis acabado del tema, dada la complejidad, vastedad y envergadura que posee, sino simplemente un tímido comienzo, para continuar discutiendo sobre esta realidad jurídica a la que nos enfrentamos como profesionales del Derecho y también, como administrados.

En segundo lugar, vale transparentar que, si bien este estudio referirá a los conceptos de “interés general” o similares, lo hará basándose en los aportes realizados por valiosa doctrina y jurisprudencia al respecto, pero no estará enfocado en desentrañar el significado propio y conceptual de estas nociones y todo lo que ellas conllevan.

En tercer lugar, corresponde mencionar qué normas se han utilizado como punto de partida del presente análisis. En este sentido, tal como se adelantó, una serie de leyes han declarado que determinadas actividades reguladas por el Estado son de “interés general”.

A través del mecanismo establecido en la Ley N°18.381, se realizó una petición ante la Cámara de Senadores, solicitando acceso a un listado de leyes que incluyen la declaratoria de “interés general” o “interés nacional” desde el año 2000 hasta la fecha de presentación de dicho acceso (29 de diciembre de 2023).

El mencionado listado no contiene la totalidad de leyes existentes con dicha declaración, por lo que, al mismo, se le agregaron otras leyes que quien escribe conoce con motivo del ejercicio de su profesión y que resultan de particular interés para este estudio.

En este trabajo no se mencionarán ni tratarán todas las leyes contenidas en dicho listado, en tanto, luego de un análisis preliminar se concluyó que muchas de ellas no refieren a la temática que se tratará; ya sea porque la declaración de “interés general” que realiza el legislador no refiere a una actividad comercial o porque la norma no regula (en el sentido de limitar) la actividad en cuestión, sino que se centra en fomentarla, regulando los beneficios que el Estado asignará a la misma y la forma de obtenerlos.

En otros casos, lo que se declara de “interés general” son cuestiones accesorias a la actividad. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de la Ley N°19.666 mediante la cual se declara de “interés general” la designación de centros de referencia en salud para patologías complejas, entre otras; o se faculta al Poder Ejecutivo y otras entidades a hacer diversas declaraciones de interés general, pero no hay en la ley, una declaración particular.

Por estos y otros motivos, el listado inicial se vio reducido a unas cuantas leyes que efectivamente realizan esta declaratoria con relación a actividades comerciales o

industriales, y que, como consecuencia de dicha declaración, prevén una regulación de la actividad, ya sea en referencia a las condiciones de prestación, precios, condiciones de ingreso, control, etc., de las mismas, determinando a la vez, severas limitaciones a derechos fundamentales.

Ejemplo de esto son, por mencionar algunas, la Ley N°17.598, que, en el marco de la determinación de las competencias de la URSEA, establece que el aprovechamiento de los recursos provenientes de los hidrocarburos, energía eléctrica y agua es de interés general, o la Ley N°15.939 que hace lo propio con relación al mejoramiento, ampliación, creación de los recursos forestales, desarrollo de las industrias forestales y, en general, de la economía forestal, entre otras. Sobre estas y otras leyes volveremos más adelante.

En cuarto lugar, si bien la petición de acceso se realizó de forma amplia, contemplando no sólo las declaratorias de “interés general” sino también aquellas que refieren al “interés nacional”, luego del análisis preliminar mencionado, se identificó que la declaración de “interés general” parecería ser diferente a la de “interés nacional” (en la mayoría de los casos), ya que esta última no hace referencia, en general, a actividades comerciales que por su relevancia deban seguirse de un determinado régimen regulatorio, sino más bien a determinadas áreas, aspectos o proyectos a los cuales el Estado quiere mostrar su apoyo, resaltar su importancia, conmemorarlas o fomentarlas, por ejemplo, a través de exoneraciones tributarias. Por ello, la mayoría de estas leyes no serán tratadas, con excepción de algunas pocas.

A vía de ejemplo, la Ley N°19.713 declara de “interés nacional” los 100 años del Palacio Legislativo, la Ley N°20.210 hace lo propio con relación a los actos conmemorativos de los 150 años del Liceo N°1 del Departamento de Salto y la Ley N°20.219 lo hace con respecto al desarrollo de proyectos científicos que se presenten por medio de clubes de ferias o ciencia con participación del Ministerio de Educación y Cultura y la Administración Nacional de Educación Pública.

Sin perjuicio de lo que viene de decirse, en el estudio de aquellas leyes que sí serán tratadas aquí, el análisis no se limitará al concepto de “interés general”, ya que, en muchas ocasiones, en las discusiones parlamentarias de las mismas, se utilizan estos conceptos como sinónimos; como es sabido, dichas discusiones no siempre se limitan a conceptos técnico- jurídicos.

3. Análisis

3.1 Sobre las nociones de interés general, interés público y similares.

Como se verá a continuación, en términos generales, la doctrina tiende a diferenciar los conceptos de “interés público”, “bien común” e “interés general”, por nombrar algunos.

Con relación al interés público, Durán Martínez (2017) entiende que se relaciona con la dimensión social y política, que trasciende lo meramente privado (pp. 171).

Respecto a este interés, sostiene Ruocco (2021) que se identifica: “con los intereses secundarios [de la doctrina italiana] reservando la expresión interés público para referirnos -entre otros- al interés del Estado. En este sentido identificamos este último

término con las finalidades concretas que deben realizar los órganos y entes públicos” (pp. 140).

Rotondo (2019) por su parte, ha expresado:

El interés público se expresa, entre otras manifestaciones, en la satisfacción de necesidades colectivas, de manera regular y continua, pero en virtud de principios y normativa constitucional, tal satisfacción debe ser compatible con la protección de los derechos individuales, los inherentes a la personalidad humana o los que se deriven de la forma republicana de gobierno... Tal el interés ‘primario’ al cual debe estar dirigido el interés directo de la propia entidad estatal, que es un interés público ‘secundario’ (pp. 87-102).

Con relación al bien común, Durán Martínez (2017) sostiene que es un estado de hecho base para el desarrollo integral de cada quién, que no coincide con el fin de cada entidad estatal, aunque se relacionan (pp. 146).

Así, se ha sostenido que:

La satisfacción del interés público y privado, se logra a través de la creación de una situación de hecho necesaria para el desarrollo de la persona humana, esto es el bien común; que no coincide exactamente con el fin específico de cada una de las entidades estatales. De manera que es de interés general el logro del bien común, que este no es otra cosa que el ‘conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección’ ... El bien común debe comprender el conjunto de los valores humanos compartidos por la sociedad, incluyendo los derechos y deberes (Durán Martínez, 2017, como se cita en Ruocco, 2021, pp. 43).

De las sentencias y opiniones consultivas de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) surge que el criterio utilizado por ésta para definir al “bien común” es coincidente con lo que explican los autores citados, en tanto la CIDH entiende que refiere a condiciones de la vida en sociedad, que permiten el desarrollo de los individuos y grupos que la conforman (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 6, 1986).

Ahora bien, el interés general por su parte, según Durán Martínez (2017) vendría a ser el motor y límite del actuar administrativo (pp. 171).

Roucco define el interés general determinado lo que claramente no es, lo que claramente sí es, y brindando lineamientos para acercarnos a la zona gris que lo rodea.

Ruocco define al interés general determinando lo que claramente no es, lo que claramente sí es, y brindando lineamientos para acercarnos a la zona gris que lo rodea.

En referencia a lo que no es, sostiene:

La antigua forma de concebir al interés general de forma aritmética, es decir, mediante la suma de los intereses individuales de la sociedad, no debe ser considerada ya válida... tampoco es el interés o deseo de la mayoría. Tampoco es el interés de una parte de la sociedad, por importante o relevante que sea, ni siquiera es el interés de la mayoría social política. Tampoco es el que pertenece a la mayoría que hace posible un gobierno

determinado. No sería correcto identificar al interés general con las decisiones que toma la autoridad pública (Ruocco, 2021, pp. 38).

Con relación a lo que sí es, la autora explica que en tanto el centro de todo el sistema y sus herramientas reposa en la protección de los derechos de las personas, es de interés general la protección del sistema único e integral de derechos humanos. Además, entiende que ese núcleo de certeza positiva, como lo llamaba García de Enterría (1996, pp. 82) está compuesto por los valores contenidos en la Constitución, y por los derechos y garantías fundamentales, como se mencionó precedentemente; y que, en definitiva, la cuestión del interés general es una cuestión de interpretación¹.

En la misma línea se expresa Risso (2005):

La exigencia de razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del bien común, concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad (pp. 12).

Rotondo (2015) relacionando también el interés general con la protección de los derechos fundamentales, ha dicho:

El Derecho administrativo no se enfoca hoy como el Derecho del poder o de su organización o de los servicios públicos, sino que se centra en la prosecución del interés general, el cual es realmente operativo si se respetan los derechos fundamentales de las personas en su vida cotidiana. El Estado es instrumental para dicho interés y sobre todo y, ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas (pp. 87- 102).

Así, Ruocco (2021) para poder construir un acercamiento al concepto, sobre todo respecto de su zona gris (propia de un concepto jurídico indeterminado) expresa que el interés general posee una estructura general (valga la redundancia) en el sentido de que posee contenidos que aplican para cualquier sistema jurídico político y otros elementos que califica como variables (pp. 54).

Sostiene que, en términos muy generales, este concepto puede ser definido como:

El conjunto de condiciones de la vida en el seno de una sociedad, que permiten a cada uno de los individuos que la integran y a las organizaciones que la componen, alcanzar su mayor desarrollo posible, de acuerdo a sus propios patrones antropológicos y culturales. Podríamos además definirlo como una síntesis de los derechos individuales y no simplemente como la sumatoria de ellos... Siguiendo a Risso Ferrand, construimos la noción de interés general respetando en primer lugar los principios generales de Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que las razones de interés general no pueden destruir los grandes principios (Ruocco, 2021, pp. 54)

¹ Cuyo mecanismo puede variar dependiendo de la postura filosófica del operador jurídico que realice la operación interpretativa, ya sea que se trate del positivismo jurídico extremo, pospositivismo o iusnaturalismo. No se ahondará en estas diferencias, en la medida en que no es el objetivo del trabajo y la extensión de éste, no lo hace posible.

A nivel comparado, en España, Rodríguez Arana (2020) ha entendido que:

El interés general en el Estado social y democrático de Derecho tiene un significado que ayuda a comprender su alcance y funcionalidad en el entero sistema del Derecho Administrativo. Entre sus características se encuentran la participación social, la transparencia o la publicidad, la motivación, la precisión y, por su puesto, su destino a la protección de los derechos fundamentales... En el Derecho Administrativo Constitucional, en el Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho, el interés general no puede ser, de ninguna manera, un concepto abstracto, desde el que se justifique cualquier tipo de actuación administrativa. En otras palabras, la simple apelación genérica al interés general no legitima la actuación administrativa. Esta precisa, para actuar en el marco del Estado social y democrático de Derecho, de una razonable proyección concreta sobre la realidad en virtud de normas que permiten laborar a la Administración pública. El interés general, desde una aproximación democrática, es el interés de las personas como miembros de la sociedad en que el funcionamiento de la Administración público repercute en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos (párrafo primero).

A nivel jurisprudencial, nuestra Suprema Corte de Justicia (SCJ) ha seguido diversas posturas. Podría decirse que antes del año 2016, entendió que el interés general no puede definirse como el interés de toda la colectividad, sino que hay que atender a los sujetos o categorías de sujetos, a los que la ley (dictada por razones de interés general) refiere.

Asimismo, la SCJ analiza en sus sentencias la razonabilidad del motivo por el cual se limita el derecho (invocando esas razones de interés general) y no la conveniencia o razonabilidad de la ley misma. Agrega la Corte en sus fallos, que para determinar si existe o no interés general, debe atenderse también a los hechos sociales o exigencias naturales que llevan a dictarla.

En el mismo pronunciamiento, la Corporación expresó: “varían con la evolución de cada medio y cada época, de ahí que las soluciones legislativas no resulten coincidentes, y lo que importa, en definitiva, es que las nuevas disposiciones consulten el interés general del momento en que se dictan, ajustándose a las condiciones políticas, económicas y sociales existentes” (Suprema Corte de Justicia, Sentencias 12, 2018, 69, 1982, 404, 1985, 237, 1987, 234, 1995).

A partir del año 2016, la SCJ comienza a utilizar el principio de proporcionalidad (además del de razonabilidad) a la hora de examinar si se cumplen con esas razones de interés general, para limitar derechos (Suprema Corte de Justicia, Sentencias 12, 2018, 69, 1982, 404, 1985, 237, 1987, 234, 1995).

La ya mencionada CIDH (1986) por su parte, ha expresado que se trata de un concepto jurídico indeterminado peligroso porque se ha prestado para ser interpretado como garantía de los derechos humanos o para limitar los mismos, pero que debería ser siempre visto en el primero de los sentidos y no como una habilitación al legislador para cercenar derechos (Opinión Consultiva 6, 1986).

Por su parte, englobando y analizando todos los conceptos antes mencionados y considerándolos como sinónimos, Cajarville (2013) ha explicado:

En doctrina se ha señalado la existencia de dos tradiciones en cuanto a la concepción del interés público... La tradición angloamericana considera el interés público como una combinación de los intereses particulares de todos los ciudadanos, de todos los habitantes... Por otro lado se señala la existencia de una tradición europeo continental, que concibe el interés público como un interés diferente, y además superior, a la mera combinación de los intereses privados... ciertos intereses existen porque la comunidad existe, que en ese sentido pueden decirse intereses de la colectividad o de la comunidad... no estamos hablando de un interés de una entidad colectiva, transpersonal, sino de intereses coincidentes de todos los individuos que forman parte de la colectividad: el interés que todos los individuos tenemos precisamente en formar parte de la colectividad... Es así que, por esta doble vía, se satisface la inquietud de Gordillo, que Rotondo ayer recogía, cuando sostiene que el interés público o bien común 'es sólo la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes' y que 'el 'interés público' en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia'... El cotejo con todos estos autores, que son las cumbres que más respeto, nos lleva a una conclusión: todos ellos coinciden en que siempre subyace al interés general, lo sustentan y constituyen, los intereses de la generalidad de los miembros de la colectividad, individual y subjetivamente considerados, intereses personales de cada uno de ellos como partícipes del interés general. A todas estas concepciones... se aplica la conclusión que Bandeira de Mello extrae de la suya, que traduzco casi literalmente; dice Bandeira de Mello que esta concepción permite 'fácilmente desenmascarar el mito de que los intereses calificados como públicos son insusceptibles de ser defendidos por particulares (salvo en acción popular o civil pública) aun cuando su desatención produzca agravio personalmente sufrido por el administrado, pues aniquila el pretendido sustento teórico que le proporcionaría: la indebida suposición de que los particulares son extraños a tales intereses' (pp. 139-156).

De la doctrina y jurisprudencia citada emerge que existen al menos tres conceptos diferentes (sin perjuicio de la salvedad hecha por Cajarville), todos vinculados con el bienestar del Estado (en sentido amplísimo) o de alguna parte del mismo: el interés general, el interés público y bien común.

Existen también, conforme veremos a continuación, otros conceptos que parecerían ser similares o que podrían subsumirse en alguno de éstos, utilizados por el legislador (no siempre técnicamente), tales como el interés nacional, la utilidad pública, etc.

De acuerdo a los desarrollos precedentes, podríamos decir que el interés público vendría a coincidir con los cometidos que cada entidad estatal tiene asignados. Estos cometidos, y, por ende, el interés asociado a ellos, puede variar de acuerdo a diversas condiciones históricas, culturales, sociales y a las políticas fijadas por el Poder Ejecutivo para el país; está directamente relacionado con el interés general, puesto que (aunque sea) de forma mediata, las entidades públicas deben defenderlo y procurarlo. Ello, visto desde una óptica actual que coincide con la evolución de la concepción del Estado y la Administración, entendiéndolo a éstos como un medio, como instituciones instrumentales, serviciales, en pos del interés general y no como fines en sí mismos.

El bien común por su parte, radicaría en un estado de hecho, objetivo, la base imprescindible para que todas las personas puedan realizarse por sí, y como parte de

los grupos a los que pertenecen. Este concepto también está vinculado al interés general, puesto que es de interés general, la protección de los derechos humanos y para su satisfacción, como se mencionó, es necesario que previamente exista ese estado de hecho objetivo que permita su pleno desarrollo.

Cuando pensamos en interés general, inmediatamente pensamos en el artículo 7 de la Constitución, en la medida que establece que la única forma de limitar el goce de los derechos fundamentales allí mencionados (puesto que no todos se pueden limitar), es a través de una ley dictada por razones de interés general. De aquí la importancia de poder acercarnos a su definición, puesto que es necesario saber qué es, para determinar si las limitaciones que realiza el legislador de diversos derechos y actividades son jurídicamente válidas.

En este sentido, podría afirmarse que el interés general es un concepto jurídico indeterminado evolutivo (al igual que los que vienen de referirse), y como tal no puede ser conceptualizado a priori o en abstracto, puesto que adquiere determinación en el caso concreto y, por ende, puede variar dependiendo el tiempo y el lugar.

Asimismo, es relevante distinguirlo, como concepto jurídico indeterminado qué es, de la discrecionalidad; a diferencia de ésta, que implica la existencia de un abanico de opciones, todas jurídicamente válidas, el concepto jurídico indeterminado contiene una única solución válida, pero resulta extremadamente complejo saber cuál es.

Lo que si puede sostenerse es que resulta de interés general la protección de los derechos fundamentales puesto que no son éstos los que están subordinados al interés general, sino todo lo contrario. La solución siempre está orientada hacia los derechos humanos:

La solución de principio es la protección de los derechos... ‘Razones de interés generales un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido será definido desde la Constitución, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de los principios generales, de los valores, del sistema único de derechos humanos. Las razones de interés general implican aquellas razones que son necesarias para asegurar la eficacia de todo el sistema de derechos humanos. No es un concepto a que arbitrariamente se decida limitar un derecho u otro, sino que el horizonte tiene que ser siempre la protección del sistema único e indivisible (Ruocco, 2021, pp. 49).

De la mano con lo que viene de decirse y con los prestigiosos autores que vienen de citarse, es posible expresar que para construir la noción de interés general también debe atenderse al postulado de que no alcanza con la existencia de una finalidad a cumplir; para poder decir que ese interés general existe y, en consecuencia, limitar el derecho, esa finalidad debe estar en consonancia con la Constitución.

A la hora de acercarnos a una definición de este concepto, también debe acudir al principio de razonabilidad, en la medida que las “razones de interés general”, son eso, razones; si no hay razonabilidad, la limitación no será válida.

Asimismo, cuando hablamos de limitaciones realizadas en pos de ese interés general, éstas deben ser analizadas a la luz del principio de proporcionalidad, de forma de determinar si la limitación cumple con la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que dicho principio implica, tal como ha expresado nuestra SCJ al analizar las limitaciones legislativas:

Toda limitación o restricción legal de derechos fundamentales debe satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad... Son tres las manifestaciones del principio mencionado: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida restrictiva o limitativa ... La idoneidad supone que la restricción es apta para alcanzar el fin perseguido por la ley que la contempla; es un criterio fáctico en el sentido de que debe existir un cierto grado de probabilidad de que, mediante la restricción, se logre el objetivo de la ley restrictiva ... La necesidad, apunta Casal Hernández, se satisface cuando no existe una medida alternativa menos gravosa para el derecho, que sea a la vez idónea para alcanzar, con igual grado de efectividad, el objetivo propuesto ... La proporcionalidad en sentido estricto conduce a un examen de la razonabilidad de la medida legalmente prevista considerada en su globalidad, mediante la ponderación de la limitación o restricción sufrida por el derecho, por un lado, y del fin que se busca alcanzar, por el otro. Si el acortamiento de las posibilidades de goce o ejercicio sufrido por el derecho resulta excesivo en relación con el objetivo propuesto, la medida es desproporcionada y, por consiguiente, ilícita. De ahí que el juicio sobre la proporcionalidad en sentido estricto se centre en la relación medio-fines, que debe ser balanceada o proporcionada (Suprema Corte de Justicia, Sentencia 576, 2016).

Tal como se indicó al comienzo de este trabajo, todo el desarrollo anterior es importante para entender a qué refiere el legislador cuando declara una actividad de interés general, con las limitaciones explicadas en el Capítulo 2 “Cuestiones preliminares” del presente

3.2 Breve referencia a las clasificaciones nacionales tradicionales y modernas de cometidos estatales y concepto de servicios de interés económico general.

Para comenzar, se hará referencia a la clásica y siempre vigente clasificación de cometidos estatales diseñada por Sayagués Laso (2010), universalmente adoptada, según la cual aquellos pueden ser sistematizados en las siguientes categorías: cometidos esenciales, servicios públicos, servicios sociales, actuación estatal en el campo de la actividad privada y regulación de la actividad privada por parte del Estado (pp. 71).

En opinión de quien escribe, no puede dudarse de la utilidad de esta clasificación, la que, además, desde el punto de vista didáctico, continúa siendo la más clara a los efectos de que los estudiantes puedan entender y diferenciar los diversos cometidos, porque de ello depende su régimen jurídico. Sin perjuicio de lo dicho, desde el estudio de la práctica profesional y considerando nueva normativa que se ha dictado con el paso del tiempo, reconocidos autores nacionales como Cajarville, Delpiazzo y Durán Martínez han realizado contribuciones muy valiosas a esta clasificación de Sayagués Laso.

Considerando el objeto de este trabajo, sólo referiremos a las categorías de servicios públicos y a regulación de la actividad privada por parte del Estado.

En cuanto a los servicios públicos, Sayagués (2010) los definió (en sentido restringido; no utilizaremos la acepción amplia de la doctrina francesa), como el: “conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas imposterables mediante prestaciones suministradas directa e

inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público” (pp. 70). En cuanto a sus rasgos esenciales, explica el autor que:

En los estados liberales las necesidades de los individuos son satisfechas corrientemente por el esfuerzo particular, desenvolviéndose en el campo de la libertad de trabajo, industria y comercio. Pero en ciertos casos la satisfacción de dichas necesidades tiene tal trascendencia que se convierte en una tarea de interés general, requiriendo procedimientos especiales que aseguren su realización en todo momento. Aparece así la noción del servicio público como medio de satisfacer una necesidad colectiva de gran interés social...Dada la naturaleza y trascendencia de las necesidades colectivas que satisfacen, los servicios públicos deben prestarse en todo momento en forma continua, ininterrumpida. La paralización de los servicios públicos puede acarrear grave daño a la colectividad y por ello se sanciona severamente todo acto tendiente a su interrupción parcial o total (Sayagués Laso, 2010, pp. 68).

directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público” (pp. 70). En cuanto a sus rasgos esenciales, explica el autor que:

En los estados liberales las necesidades de los individuos son satisfechas corrientemente por el esfuerzo particular, desenvolviéndose en el campo de la libertad de trabajo, industria y comercio. Pero en ciertos casos la satisfacción de dichas necesidades tiene tal trascendencia que se convierte en una tarea de interés general, requiriendo procedimientos especiales que aseguren su realización en todo momento. Aparece así la noción del servicio público como medio de satisfacer una necesidad colectiva de gran interés social...Dada la naturaleza y trascendencia de las necesidades colectivas que satisfacen, los servicios públicos deben prestarse en todo momento en forma continua, ininterrumpida. La paralización de los servicios públicos puede acarrear grave daño a la colectividad y por ello se sanciona severamente todo acto tendiente a su interrupción parcial o total (Sayagués Laso, 2010, pp. 68).

Asimismo, indica el autor que estos cometidos se encuentran regulados por normas de derecho público porque las normas de derecho privado por si solas, no son útiles para satisfacer una necesidad de estas características, y nombra algunos ejemplos de las potestades que deben concederse a los órganos públicos que las regulan o realizan, entre las que se encuentran las limitaciones a la propiedad, potestad de imponer sanciones administrativas, etc. (Sayagués Laso, 2010, pp. 69).

Con relación a la forma de prestación de la actividad, expresa que:

La noción de servicio público debe incluir la intervención estatal como uno de sus elementos esenciales. Esto no significa que sea forzosa la explotación directa por una entidad estatal pues caben diversas formas de ejecución (v. infra, N.º 34). Pero corresponde a las entidades estatales competentes, asegurar por una u otra vía el correcto cumplimiento de dichos servicios (Sayagués Laso, 2010, pp. 70).

Continúa el autor indicando que:

Los servicios públicos deben prestarse con regularidad, en condiciones razonables de buen funcionamiento. Precisamente, si se acude al régimen de derecho público, es para

asegurar la correcta actuación del servicio... está dirigido directa e inmediatamente al público, pudiendo todas las personas utilizarlo en igualdad de condiciones...pero debe mantenerse estricta igualdad para todos los que estén en una misma situación. La prestación del servicio es una obligación, debiendo efectuarse sin distinción de personas (Sayagués Laso, 2010, pp. 59).

Con respecto al cometido de regulación de la actividad privada por parte del Estado, Sayagués (2010) explica que:

Para que sea posible la convivencia social es indispensable la existencia de normas que regulen dicha actividad privada de los particulares, delimitando la esfera de acción de cada cual y precisando el alcance de sus respectivos derechos... Generalmente el Estado no se limita a la mera formulación de normas reguladoras de la actividad privada, sino que realiza ciertas tareas concretas, prácticas, con el propósito de controlar, encauzar, etc., esa misma actividad. Es una actividad complementaria de la regulación de la actividad privada y requerida para obtener el mejor resultado (pp. 59).

Continúa el autor ejemplificando cómo el Estado regula la actividad privada:

Así, con fines de constatación crea registros y exige la inscripción de ciertos actos realizados por los particulares; algunas veces, con propósitos de estímulo acuerda privilegios, subvenciones, primas, etc.; en otros casos, para lograr determinada orientación de la actividad privada, establece procedimientos diversos: controles, autorizaciones, etc.; asimismo, por razones de fiscalización condiciona el ejercicio de la actividad individual al previo cumplimiento de ciertos requisitos: autorizaciones, inspecciones, etc. (Sayagués Laso, 2010, pp. 60).

13

De estas definiciones, es posible observar que, si bien Sayagués refería a la posibilidad de limitar determinados derechos y actividades, lo hacía enfocándose en el fomento o control de las mismas, pero no incluía como características de este cometido, la regularidad, calidad, continuidad, eficiencia, igualdad, obligatoriedad, etc., como si sucede en el caso de los servicios públicos.

Delpiazzo por su parte, al estudiar este tema, refiere a la imposibilidad de distinguir teóricamente a los servicios públicos de los sociales, en tanto se desdibujan en ciertos casos sus diferencias y su categorización puede, muchas veces, quedar en manos del legislador. En este sentido, reflexiona sobre la idea de servicio universal y de servicio de interés económico general.

Esta dificultad de distinción que menciona Delpiazzo (2015) se produce, en buena medida, porque existe una tendencia en las regulaciones actuales a no declarar como servicio público ciertas actividades y dejarlas en el ámbito privado, lo que además puede generar confusión, en tanto:

Mientras que la actividad de carácter netamente económico asumida por la Administración no pierde por ello su condición original de privada cumplida originariamente por particulares en el ámbito de la libertad, la actividad prestacional ordinariamente responde a fines públicos concretos y descansa - con independencia de

su forma de gestión (directa o indirecta) – en un régimen jurídico público, que a veces se despliega en régimen de concurrencia con la iniciativa privada (pp. 579-580).

Esta tendencia o como lo llama Delpiazzo (2010): “apertura de los servicios a la competencia ya las leyes del mercado” (pp. 583) se caracteriza según el autor:

Básicamente por las siguientes notas: a) la no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto... b) el abandono del concepto de reserva, con todo el régimen jurídico que este concepto lleva consigo...c) la sustitución de un régimen cerrado (de exclusividad) por uno abierto a la entrada en el sector ... y de imposición (unilateral o contractual) de cargas u obligaciones destinadas a garantizar determinadas prestaciones mínimas al público, que se impondrán de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector (con la consiguiente compensación económica (pp. 583-584).

Tal como sostiene el referido autor, en la actualidad y desde hace varios años, existe una tendencia a extraer del ámbito público determinadas actividades, o que, al regularlas por primera vez, se las mantenga dentro del ámbito privado (Delpiazzo, 2010, pp. 583-584). Sin perjuicio de que jurídicamente se puedan analizar las características de dichas actividades para saber qué naturaleza deberían tener, debe tenerse presente que muchas veces, es el legislador el que establece a través del dictado de las normas, qué tipo de cometido serán, siguiendo también la política pública fijada por el Poder Ejecutivo para cada sector de actividad.

En virtud de ello, la doctrina ha ahondado en conceptos como el servicio universal y los servicios de interés económico general, de forma de poder explicar por qué actividades que reúnen características para ser servicio público, normativamente no lo son.

En este sentido, Delpiazzo (2010) expresa con relación al servicio universal:

El disfrute de los servicios de interés general (tanto públicos como sociales) por todos los ciudadanos debe ser garantizado sobre la base de principios como la no discriminación o la transparencia. Ello ha llevado a que la distinción entre las prestaciones de mercado y las prestaciones de servicio universal se funde en que éstas últimas son modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo al que todos tienen derecho. No puede ser distinta la situación de una familia radicada en la ciudad a la de otra que vive en el medio rural, ni en orden al acceso al servicio de energía eléctrica ni respecto al acceso a la escuela para sus hijos (pp. 583).

Con relación al concepto de servicio de interés económico general, expresa el autor:

Singularizado por tratarse de actividades comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades competentes y sujetas por ello a que su prestación se realice con continuidad, igualdad de acceso, universalidad y transparencia, es decir, cumpliendo los atributos del servicio público, pero sin ‘publicatio’ y sin exclusión de la competencia (Delpiazzo, 2010, pp. 583).

Durán Martínez (2015), con su usual claridad, refiere a estos nuevos conceptos de la siguiente forma:

Por eso y por las nuevas ideas impulsadas por el neoconstitucionalismo que han configurado un nuevo modelo de Estado, el Estado Constitucional de Derecho, no es de extrañar que se hable de crisis de la noción de servicio público y se procure una nueva terminología. Servicios de interés económico general o servicios económicos de interés general es una terminología que tiende a imponerse en Europa en lugar de la clásica expresión servicio público... De esta observación se desprende que estos servicios responden a necesidades colectivas que deben ser satisfechas mediante prestaciones *uti singuli*, y que actúan en el mercado, sin que importe si el prestador posee o no ánimo de lucro y cuál es el titular de la actividad. De la enumeración efectuada por Díez-Picazo se percibe que estos servicios comprenden actividades que en la concepción de Sayagués Laso configuran servicios públicos en sentido estricto (actividades de naturaleza privada por su origen pero que la ley torna estatales y solo son susceptibles de ser prestadas por particulares mediante concesión), servicios sociales (actividades de naturaleza privada que puede asumir el Estado en ayuda de los particulares pero sin desplazarlos) y actividades privadas a cargo del Estado (actividades de naturaleza privada, normalmente de carácter industrial o comercial, que el Estado asume en concurrencia o excepcionalmente en forma monopólica) (pp. 45).

Cajarville (2012) por su parte, refirió a estos conceptos y a su vinculación con el concepto doctrinario clásico y normativo de "servicio público", realizando la siguiente aclaración:

Por supuesto, la ley puede limitar la libertad de comercio, industria y trabajo por razones de interés general... Existiendo para ello razones de interés general, se trate o no de actividades cumplidas por entidades estatales, la ley puede someter cierta actividad cumplida por particulares a un régimen jurídico con algunas o todas las características que la doctrina dominante atribuye al de los que llama 'servicios públicos', sin relación alguna con esa noción... Así, puede condicionar la posibilidad de desempeñar ciertas actividades al dictado de actos estatales discrecionales (autorizaciones, permisos o concesiones); puede someter actividades libradas a la competencias a regulación y control y a potestades de dirección de entidades estatales, imponiéndolo directamente en la ley, o por la vía de someterlas a concesiones, autorizaciones o permisos condicionados, o discrecionalmente revocables, o bien por vía convencional, puede imponer el principio de prestación regular, continua, igualitaria y de calidad, en actividades libradas a la competencia; puede someter las tarifas o precios de actividades en competencia a fijación o aprobación por la Administración. Soluciones como las expuestas, han estado o están vigentes en nuestro derecho para determinadas actividades ... todas en libre competencia. Todo ello, sin depender de que esas actividades sean o no desempeñadas además por entidades estatales, ni por supuesto de su adecuación a la definición de 'servicio público' de la doctrina dominante. Denominar a las actividades así reguladas 'servicio público', 'servicio público competitivo', 'servicio de interés público', 'servicio universal' o de alguna otra manera más o menos ingeniosa que se imagine, es desde el punto de vista doctrinal cuestión meramente terminológica... Cuando cualquiera de esas denominaciones se utilice por el derecho positivo, se trata de interpretar debidamente el régimen jurídico consagrado en cada caso (pp. 219-220).

También respecto a la relación entre el clásico concepto de servicio público y los servicios de interés económico general, el autor explica de forma muy clara que la causa de los mismos se halla en el modelo de Estado actual, en la servicialidad de la Administración y en el principio de subsidiariedad. Todo ello implica que el foco no esté en el órgano prestador del servicio sino en los usuarios y por tanto en las características de la prestación que éstos reciben y que está dirigida a satisfacer sus necesidades. Esto, de la mano con las fases positiva y negativa del principio de subsidiariedad, podría explicar la existencia de nuevas actividades que, si bien no son servicio público, reúnen muchas de sus características y siguen estando en la esfera de la actividad privada.

En este sentido, sostiene el autor:

El usuario se ha convertido en el centro de atención del tratamiento jurídico. Es que la persona es el principal protagonista del mundo del derecho... Por eso se comprende la receptividad que ha tenido la conceptualización del derecho administrativo de González Navarro como el derecho del poder para la libertad... El principio de subsidiariedad tiene una faz positiva que lleva a la acción del Estado y otra negativa, la de principio, que impide o limita su actuación, con lo que el equilibrado ejercicio de la acción estatal en función de estas facetas, conforme a las concretas circunstancias, revelan la presencia de la solidaridad (Durán Martínez, 2015, pp. 49).

En el mismo sentido, Ruocco (2019) explicó:

El principio de subsidiariedad es un principio de división de la competencia entre el Estado y los particulares, que se expresa en un doble sentido: negativo, porque el Estado no debe ejercer aquellos roles que pueden realizar las sociedades intermedias o los individuos; y positivo, porque al Estado le corresponde dirigir, vigilar, urgir, castigar, controlar, fomentar, estimular, ayudar, coordinar, integrar y hasta suplir a los particulares cuando exigencias del bien común así lo imponen (pp. 95-119).

Al respecto, Ferrés (2008) destaca que lo que debe tenerse presente cuando se habla del viejo concepto de servicio público y de todas las nuevas modalidades del mismo, es que necesariamente se trata de actividades prestacionales y nombra como ejemplos, algunas de las que pueden verse en las leyes mencionadas en el capítulo anterior: agua potable, hidrocarburos, etc. (pp. 344).

De lo que viene de verse, surge que por diversas razones asociadas a cambios sociales, económicos y jurídicos (la globalización, la crisis del Estado benefactor, etc.), se han dictado y continúan dictándose regulaciones que tienden a referir a actividades prestacionales, dejando a muchas de ellas en el ámbito de la iniciativa privada, permitiendo la libre competencia, la financiación privada, pero asociándolas con el antiguo concepto de servicios públicos, es decir, exigiendo que se presten en condiciones de igualdad, accesibilidad, eficiencia, regularidad, continuidad, etc., e imponiendo severas responsabilidades y sanciones a quienes incumplen estas obligaciones.

En este sentido, Ferrés (2008) expresa que:

En el nuevo escenario, las empresas (públicas, privadas o mixtas) que tengan a cargo la prestación de un servicio en régimen de libre competencia deberán cumplir con determinadas obligaciones de servicio público que son necesarias para proteger el

interés general. En efecto, el carácter obligatorio de la prestación, la prestación en forma regular y continua deben seguir siendo características indispensables en el nuevo servicio público (pp. 354).

Así, por decirlo en términos coloquiales, se obtiene lo mejor de los dos mundos. Se abre el camino para captar capitales privados, se apuesta a la eficiencia en el sentido de que el particular piensa su negocio con “cabeza empresaria” y a su vez, se asegura que la actividad se va a cumplir con las características antes descriptas, en pro de la satisfacción de los derechos de las personas.

3.3 Breve referencia a las clasificaciones de la doctrina comparada sobre cometidos estatales

Esta crisis de la noción de servicio público a la que hacen referencia los autores nacionales antes citados, trasciende fronteras porque viene de la mano de un cambio en la concepción del Estado.

En México, Cortiñas Pelaez (1986) reflexionó sobre los cometidos estatales denominados por él como *‘cometidos del Poder Público’*.

Específicamente con relación a los servicios públicos, siguiendo la línea de Sayagués, sostuvo que:

Siguiendo casi puntualmente los requisitos de la doctrina y Derecho comparados, el Derecho de la Administración Pública mexicana estatuye que serán características de la prestación de los cometidos de servicio público, la continuidad, la uniformidad, la regularidad, la permanencia y la satisfacción de necesidades de carácter colectivo, las cuales son irrenunciables porque la prestación de estos servicios es de interés público... La concesión de un cometido de servicio público será regida por vigilancia y reglamentación intensas por parte de la autoridad administrativa... (pp. 156-157).

17

Salvando las distancias referidas a la forma de organización estatal y política de México y nuestro país, el autor indicó: “la determinación de que un cometido del Poder Público constituye un servicio público, sólo puede efectuarse respecto de la Administración Pública mexicana mediante un acto legislativo, ley federal o ley estadual o local, según los casos” (Cortiñas Peláez, 1986, pp. 157)”.

En Argentina, por ejemplo, la doctrina ha analizado el concepto clásico de servicio público comparándolo con la situación actual. En este sentido, han expresado que:

En su acepción clásica, el servicio público como herramienta o técnica jurídica tiene sustento en la idea de asegurar una prestación de un servicio esencial bajo condiciones abiertas, continuas, regulares y sujetas a control permanente de precios y calidad por parte de la autoridad estatal. Estos caracteres, que históricamente han sido notas diferenciadoras, en la actualidad se encuentran en conflicto y en muchos servicios públicos declarados como tales, alguno incluso no se presenta ... Gordillo ha sostenido que la definición de servicio público deviene formal, puesto que no resulta posible definirlo por su esencia o por sus notas funcionales de manera independiente a la declaración formal de reconocimiento como tal por parte del Estado (Stinco, 2018, pp. 1).

Cassagne (2002) por su parte, en términos coincidentes, afirma que:

La historia del servicio público...demuestra que, si bien la institución ha subsistido, sobreviviendo a las distintas crisis que la acechan, la técnica que, en definitiva, configura su régimen jurídico ha ido adaptándose a los sistemas y realidades prevalecientes en cada época histórica... El servicio público, como construcción dogmática no es un producto de ciencias exactas, sino de la realidad y, como tal, adolece de la imprecisión que, en mayor o menor medida, acompaña a todas las instituciones jurídicas y por ser una institución que se apoya en la realidad antes que en la ideología ha podido subsistir y evolucionar, sin que se resienta su contenido esencial, que es, en definitiva, la satisfacción de las necesidades que una comunidad considera primordiales o esenciales, sometiéndolas a un régimen jurídico especial (pp. 472).

Pérez Hualde (2017) haciendo referencia a la doctrina italiana señala que:

Por su parte desde la doctrina italiana, SCOTTI expresa una idea más cercana a nuestra percepción; así las obligaciones de los SP o universales corresponden a prestaciones que la comunidad o los Estados miembros tienen como objetivo garantizar a los ciudadanos independientemente de las condiciones del mercado y según un programa determinado por las autoridades públicas – con respecto a la prestación, a su calidad y a sus tarifas y toda otra condición de la oferta considerada relevante (pp. 16- 17).

El autor basándose en las consideraciones anteriores, propone una serie de lineamientos para dilucidar si estamos en presencia de un régimen propio de los servicios públicos:

Como consecuencia de estas reflexiones, proponemos las siguientes notas como pautas que indican la presencia del régimen propio del SP...1) Decisión de naturaleza política de inclusión socioeconómico- cultural con consecuencias jurídicas de imposición. La decisión como dijimos, es estrictamente política y de alta significación jurídica, pero no se agota en la sola formulación normativa y continúa haciendo referencia a las notas de continuidad, regularidad, igualdad, generalidad, obligatoriedad, calidad y eficiencia (Pérez Hualde, 2017, pp. 18-45)

Asimismo, analizando la jurisprudencia, indica que, en algunos países como Perú, se ha hecho énfasis al definir a los servicios públicos, en la obligación de garantizar el servicio a los usuarios y no en la titularidad estatal del servicio, lo cual va de la mano con lo expresado por la doctrina nacional moderna:

Alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú ha señalado, con acierto, el rol del Estado frente a los SP; así, 'lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado... de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población' (Pérez Hualde, 2017, pp. 33)

Balbín (2008) ahonda en las clasificaciones de los servicios públicos y en particular, en lo que interesa a este trabajo, menciona a los servicios públicos propios e impropios:

Otros autores han intentado dar mayor precisión conceptual sobre este objeto, y en tal sentido han distinguido entre los servicios públicos propios e impropios “entendiendo por servicio público propio aquel que presta el Estado directamente o por concesionarios y por servicio público impropio aquel que tiene de común con el propio la satisfacción, más o menos continua, de necesidades colectivas, pero no es el Estado quien lo presta ni lo concede sino que tan sólo lo reglamenta”...Por su parte, el servicio impropio supone un derecho preexistente de las personas, y el Estado sólo debe darles un permiso con el objeto de que puedan ejercer entonces los derechos ya reconocidos por el ordenamiento jurídico (pp. 907).

Asimismo, Balbín (2008) diferencia los elementos o componentes subjetivos y objetivos de los servicios públicos, indicando que el único elemento vivo luego de la revolución que ha sufrido, es el del interés público que se persigue:

Veamos cómo se desató esa crisis. Por un lado, el elemento subjetivo, es decir el sujeto estatal, fue claramente desvirtuado por la transferencia de los servicios públicos en términos de gestión y prestación hacia el sector privado por medio de la concesión de aquéllos, tal como ha ocurrido en casi todos los países y en diferentes momentos históricos y políticos. Por otro lado, el servicio público no supone, según nuestro criterio, un régimen exclusivo de Derecho Público; sin desconocer que ciertos aspectos sí están regulados necesariamente por el Derecho Administrativo. Por ejemplo, cuando el servicio es prestado por el Estado mediante las empresas del Estado y no por el propio ejecutivo, entonces, el Derecho Privado irrumpe con fuerza, aunque luego termine replegándose frente al Derecho Público ... Entonces, ¿cuál de los elementos constitutivos del servicio público quedó enteramente en pie? El interés público (pp. 908).

Incluso, el ya citado autor Cortiñas Pelaez (1986), hace décadas destacó que existen determinadas actividades desarrolladas por particulares que revisten una importancia mayor para el Estado. Si bien las incluyó dentro de los “cometidos privados”, subrayó que, en un futuro, probablemente serían estudiadas como un cometido independiente; las llamó “*actividades individuales de interés público*” y las caracterizó de la siguiente forma:

En el conjunto de estas actividades, las hay las que intereses meramente individuales y otras que llenan necesidades colectivas más intensas o que por sus características propias ponen en juego intereses más trascendentales... Dada la importancia de estas actividades individuales, además de su intervención directa mediante los organismos o empresas públicas competentes, el Estado las somete a una regulación y fiscalización más intensas determinando minuciosamente la forma cómo deberán ser ejercidas, preceptuando condiciones técnicas, efectuando severos controles, imponiendo regímenes sistemáticos de aprobación y aún de autorización, etc.... El régimen jurídico especial de estas actividades justificará, quizás con el tiempo, que se las examine separadamente, distinguiéndolas de los cometidos privados corrientes de la Administración. En este sentido, se ha sugerido, atendiendo a los intereses generales colectivos que afectan, que se las califique como actividades individuales de interés público (pp. 165).

Y continua, aclarando que esta denominación:

Destaca la posición de los particulares que explotan estas actividades, la cual es algo diversa de los cometidos puramente privados, pero sin que quepa de modo alguno equipararlas a la especie de los cometidos de servicios público. En efecto, los particulares que actúan en este tipo de negocios, lo hacen en el ejercicio de un derecho constitucional de libertad individual, cualquiera sea la severidad de las condiciones y limitaciones a las que los someta la Administración Pública (Cortiñas Peláez, 1986, pp. 165).

Si bien podría pensarse que el autor está haciendo referencia a la categoría de cometidos diseñada por Sayagués y llamada “regulación de la actividad privada por parte del Estado”, las notas caracterizantes que resaltan, van más allá de la mera orientación y fomento a que hacía referencia Sayagués Laso.

3.4 Referencia a algunas actividades declaradas de “interés general” o similar, por la ley 21

En base a lo que viene de reseñarse, parecería que en la actualidad no sería acorde a la realidad jurídica, definir a los servicios públicos de la forma en que lo hacemos hace algunos años atrás. La clásica definición de servicio público sigue siendo por demás útil para dos situaciones: (i) para las actividades declaradas como servicio público ya hace algunos años y cuyo régimen jurídico no haya cambiado (como puede ser hoy en día, el ejemplo del suministro de agua potable, de acuerdo al artículo 47 de nuestra Constitución) y (ii) para las actividades que en el futuro se declaren servicio público y cumplan las notas típicas del mismo. Podríamos llamar a estos, servicios públicos propios si seguimos la doctrina comparada antes citada.

Sin embargo, varios autores señalan que, desde hace algún tiempo, la evolución de la concepción de Estado, ha impactado en el concepto de servicio público; esto ha determinado que el Estado no vea como compartimentos estanco dos ideas que son esenciales para la sociedad: (i) la prestación de actividades económicas a cargo de quien está en mejores condiciones de prestarla (que en ocasiones suelen ser los particulares) y

(ii) que dichas prestaciones cumplan con determinadas exigencias de calidad, accesibilidad, eficiencia, igualdad, regularidad, continuidad, etc., por la importancia que revisten. Si conjugamos ambas ideas obtenemos a los servicios públicos impropios: actividades que continúan en el ámbito privado, que implican un derecho preexistente de los particulares, pero cuyo ejercicio se encuentra supeditado no a una concesión (como en el servicio público tradicional) sino a autorizaciones o habilitaciones. Pero para conceder dichas autorizaciones, el Estado exige el cumplimiento de altos estándares, y, además, el control de la actividad por parte de los entes competentes es continuo, siendo cualquier incumplimiento severamente castigado.

Las preguntas que se imponen son dos. La primera: ¿en Uruguay, las actividades declaradas de interés general cumplen con estas condiciones? Y la segunda: ¿Estas actividades pueden ser categorizadas como un nuevo tipo de cometido estatal o quedan incluidas dentro de los conceptos transversales de “servicio universal” y “actividad de interés económico general ya señalados?

Corresponde ahora, en honor a la tan valiosa y mundialmente aplicada clasificación de cometidos de Sayagués Laso, analizar dónde y cómo caben las actividades declaradas de interés general por la ley.

3.4.1 Algunos ejemplos

Sólo por nombrar algunas, encontramos las siguientes leyes. La Ley N°16.811 declara de interés nacional la obtención, producción, circulación y comercialización interna y externa de las semillas y creaciones fitogenéticas. Ley N°16.858 por su parte, declara de interés general el riego con destino agrario, la Ley N°17.283 que declara tal, la protección del medioambiente, la Ley N°17.598 realiza la misma declaración respecto del aprovechamiento de hidrocarburos, energía eléctrica y agua, la Ley N°18.593 hace lo propio con relación al uso eficiente de la energía eléctrica, la Ley N°19.253 para la actividad turística y la Ley N°19.784 en referencia a la actividad desarrollada en los parques industriales y parques científico-tecnológicos, entre otras.

Todas estas leyes son diversas ya que algunas regulan directamente actividades económicas o empresariales, otras protegen derechos de tercera generación como el medioambiente, etc. Pero todas tienen elementos en común: directa o indirectamente contienen limitaciones a esos u otros derechos, o regulaciones que al final del día restringen la forma en que se ejercen determinadas actividades comerciales, siendo, además, intensamente reguladas por el Estado.

Incluso aquellas que a primera vista podrían parecer más alejadas del área económica, como las leyes de protección del medioambiente, incluyen previsiones que refieren a aspectos económicos, lo cual es acertado si consideramos que el actual concepto de “desarrollo sostenible” engloba aspectos sociales, culturales y económicos, tal como sostiene Ruocco (2018):

Ello deja en evidencia que el concepto se origina a partir de las preocupaciones relativas al medio ambiente, pero en la actualidad no se circunscribe al Derecho Ambiental. Proyectado a nuestros días, comprende también el desarrollo económico y el desarrollo social –en los que incluimos la administración del territorio y la protección de áreas que se ven amenazadas-, además de la salvaguarda del medio ambiente... es indudable que el Desarrollo Sostenible es un verdadero principio general de Derecho, inherente a la personalidad humana que se traduce en importantes prescripciones y mandatos ordenados hacia un nuevo paradigma de la sostenibilidad, en sus diversas facetas ambiental, social y económica (pp. 155-175).

Veamos las leyes en cuestión:

La Ley N°17.283, llamada “Ley de protección del medioambiente” en su artículo 7 establece como instrumento de gestión ambiental, el “sistema de áreas protegidas” y el artículo 14, bajo el nombre de “Medidas Complementarias” establece que el Ministerio de Ambiente (antes Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente) podrá, entre otros: “Dictar los actos administrativos y realizar las operaciones materiales para prevenir, impedir, disminuir, vigilar y corregir la depredación, destrucción, contaminación o el riesgo de afectación del ambiente”.

Dentro de estos actos, se encuentra por supuesto, la competencia de dictar reglamentos. Un ejemplo de ello es el Decreto N°60/2020 dictado por el Poder Ejecutivo, para ampliar un área, dentro del Sistema de Áreas Protegidas (SNAP). En el artículo 2 de este reglamento, se indican los padrones que quedan comprendidos en dicha ampliación y en el artículo 3, se prevén medidas de protección para el área señalada.

Entre estas medidas se encuentran la urbanización, determinadas construcciones, instalación de parques eólicos y tendidos de alta tensión, plantaciones forestales de especies exóticas, introducción y reproducción de determinadas especies de flora y fauna, feedlot, emisión de determinados niveles de ruido o intensidad de luz, entre muchas otras.

Estas medidas de protección conllevan limitación de una serie de derechos tales como la propiedad, la libertad, etc., en la medida en que, en aras de proteger el medio ambiente, se limita la posibilidad de los propietarios de los padrones definidos en el artículo 2 de disponer y explotar libremente sus inmuebles. Esto, a la vez que la actividad se ha vuelto intensamente regulada y que cualquier incumplimiento acarrea graves sanciones.

En efecto, es posible observar que si bien la Ley N°17.283 regula cuestiones vinculadas al medioambiente, de forma indirecta regula, restringe o limita otras actividades comerciales y derechos fundamentales y su relación con el medioambiente.

Si bien referiremos a varias de estas leyes en el transcurso del trabajo, a continuación, nos centraremos en la Ley N°17.598 y sus posteriores modificaciones, porque contiene todos los elementos necesarios para poder realizar el análisis propuesto.

22

3.5 La Ley N°17.598 y la regulación estatal sobre el funcionamiento del mercado de combustibles

Ahora bien, centrándonos en la actividad de comercialización y distribución de combustibles, la Ley N°17.598, en su redacción actual prevé:

Declárase de interés general el aprovechamiento de los recursos provenientes de los hidrocarburos, energía eléctrica y agua, a los efectos de su utilización o consumo de forma eficiente, con el objetivo de contribuir con la competitividad de la economía nacional, la inclusión social y el desarrollo sostenible del país (artículo 1).

En el mismo artículo, se crea la actual URSEA que hoy en día tiene naturaleza de servicio descentralizado, y se le asigna competencia en las materias relativas a la energía eléctrica, gas natural, comercialización y distribución de agua potable, petróleo y sus derivados, agrocombustibles, etc.

Asimismo, el artículo 2 asigna una serie de poderes jurídicos a la URSEA, entre los que se encuentran los de establecer requisitos a cumplir para el desarrollo de actividades vinculadas a las materias definidas en el artículo 1, dictaminar preceptivamente en los procedimientos de otorgamiento de “concesiones, autorizaciones, permisos u otros actos jurídicos habilitantes para la prestación de servicios comprendidos dentro de su competencia”, controlar el cumplimiento de estos requisitos, ejercer la potestad normativa mediante el dictado de actos administrativos, determinación técnica de tarifas, fiscalizar, aplicar sanciones, entre otros.

El artículo 15 por su parte, establece que la URSEA podrá:

- C) En materia de petróleo, de combustibles, de otros derivados de hidrocarburos y agrocombustibles: 1) Velar por el cumplimiento de las normas sectoriales específicas. 2) Formular regulaciones en materia de calidad y seguridad de los productos y de los servicios, así como de los materiales, instalaciones y dispositivos a utilizar. 3) Fijar las condiciones mínimas para la autorización de la prestación con seguridad de actividades del sector, tanto por entidades públicas como por empresas privadas, controlando su cumplimiento.
- 4) Regular el mercado, contemplando las políticas que pueda encomendarle el Poder Ejecutivo... posible fijación de precios máximos intermedios, posibles limitaciones de participación en más de una de las etapas de la distribución de combustibles, así como plazos máximos en las vinculaciones entre agentes, u otras condiciones de estructuración o prestación que razonablemente lo justifiquen conforme al interés público.

Muchas de estas competencias han sido asignadas por leyes posteriores, y siempre con tendencia a incrementarse.

De la lectura de estos artículos se advierte que la URSEA tiene intensos poderes jurídicos con relación a las materias que comprenden su competencia. En particular, dada la potestad normativa, sancionatoria, de fijación de precios que la ley le ha otorgado y los actos administrativos que ha dictado, se puede ver con total claridad como esta actividad se vuelve cada vez más regulada o intervenida por el Estado; y como las exigencias para la prestación de la misma aumentan.

Para entender cómo se ha ido incrementando e intensificando la intervención estatal en esta actividad, corresponde hacer una breve mención al funcionamiento del mercado de combustibles y a los actos administrativos dictados por la URSEA y el Poder Ejecutivo respecto de éste, en los últimos años.

En el mercado de combustibles, pueden identificarse tres etapas claras:

Una primera etapa dada por la adquisición de combustible de las distribuidoras mayoristas a la Administración Nacional de Combustibles, Alcoholes y Portland (ANCAP), ya que éstas sólo lo pueden obtener el combustible de dicho ente estatal puesto que tiene el monopolio de importación y refinación del mismo (dejamos afuera el combustible de aviación que tiene un régimen diferente).

Una segunda etapa o tramo que refiere a la venta de dicho combustible por parte de las distribuidoras mayoristas a las distribuidoras minoristas, que son los llamados puestos de venta o estaciones de servicio de cada sello comercial.

Y una tercera y última etapa, en la que se produce la venta de ese combustible a los consumidores, por parte de las distribuidoras minoristas.

Quien fija la política nacional de hidrocarburos es el Poder Ejecutivo, en la medida en que se trata de un cometido esencial inherente al Estado en su condición de tal.

El ente regulador y fiscalizador de esta actividad es, como se adelantó, la URSEA.

ANCAP que antes también fijaba una serie de reglas para la actividad (sobre todo a través de contratos que celebraba con las distribuidoras mayoristas), actualmente (además

de tener el monopolio de la importación y refinación) pasó a ser una parte más dentro de este mercado, es decir que ejerce la actividad en régimen de libre competencia con el resto de las distribuidoras de combustible privadas (DUCSCA – Distribuidora Uruguaya de Combustibles S.A, es sociedad anónima constituida en un 99,77 % por ANCAP y en un 0,23 % por Petrouuguay S.A.U). De hecho, las estaciones de servicio de su cadena llevan el sello ANCAP. A continuación, se nombrarán algunas de las normas dictadas por el Estado para regular cada una de estas etapas, que van desde aspectos de seguridad y suministro hasta la fijación de precios. En todas ellas, se hace expresa referencia a Ley N°17.598.

En cuanto a las previsiones en materia de seguridad y suministro, la URSEA dictó la Resolución N°164/2019 mediante la cual se aprobó el Reglamento de Seguridad de Instalaciones y Equipos Destinados al Expendio de Combustibles Líquidos.

En este reglamento se prevén una serie de obligaciones y responsabilidades de gran intensidad a cargo de las distribuidoras mayoristas y minoristas referentes a las condiciones que deben cumplir las instalaciones, el despacho y distribución de combustible, lo que implica por supuesto, grandes inversiones. Regula desde las instalaciones edilicias y mecánicas, hasta la señalización que deben tener las estaciones de servicio, la capacitación de sus empleados, las maniobras para la carga y descarga de combustible, la documentación con la que deben contar, etc.

A vía de ejemplo, el artículo 7 establece que los distribuidores mayoristas serán responsables en su cadena de distribución por los incumplimientos al reglamento. El artículo 8 por su parte, expresamente impone a las distribuidoras mayoristas, la obligación de abstenerse de suministrar combustible a sus puestos de venta si se constataran incumplimientos muy graves a la reglamentación, de realizar controles “*propios, oportunos y razonables*”, de conceder permisos, etc.;

En la Sección IX, titulada “CRITERIOS DE EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA URSEA” se establece la posibilidad por la parte de la reguladora de imponer sanciones que van desde apercibimiento, hasta multas de 4.000.000 Unidades Indexadas y cuyos criterios de aplicación no resultan claros de la normativa.

En relación a los precios, en el primer tramo de la cadena, el Estado ha dictado normativa en base a la cual, ha fijado el llamado Precio Ex Planta (PEP) que es aprobado por el Poder Ejecutivo² y refiere al precio por el cual las distribuidoras mayoristas adquieren el combustible de ANCAP.

Una vez obtenido el combustible por la distribuidora mayorista, ésta lo vende a las estaciones de servicio de su red (distribución secundaria). Allí tenemos un segundo precio: el PI, que también es fijado por el Estado (URSEA) de conformidad con lo dispuesto por el Decreto N°137/020 y el artículo 4° del Decreto N°201/021 dictado por el Poder Ejecutivo. Este Precio Intermedio (PI) en una primera instancia es fijado de forma transitoria, que es el Precio Máximo Intermedio Transitorio (PMIT). Ambos, ya

2 Ley N°19889, Resolución de Directorio de URSEA N°227/020, Resolución de Directorio de URSEA N°257/020, Resolución de Directorio de URSEA N°258/020, Resolución de Directorio de URSEA N°260/020, Decreto del PE N°137/021, Decreto N°201/2021 dictado por el PE, Decreto N°205/2021 dictado por el PE, Decreto N°245/2021 dictado por el PE, Resolución N°141/2021 de la URSEA, Resolución N°142/2021 de la URSEA, entre otros. clausuras de los puestos de venta.

sea de forma definitiva o transitoria, constituyen el precio al que la distribuidora vende el combustible a sus estaciones de servicio.

Cuando las estaciones de servicio reciben el combustible de las distribuidoras mayoristas, lo venden al público con la finalidad de abastecer a la población. Aquí hay un tercer precio relevante: Precio de Venta al Público (PVP), que sería el tercer precio fijado por el Estado (Poder Ejecutivo).

Por tanto, es el Estado quien determina toda la cadena de precios del mercado de combustibles; es él también quien ha establecido una serie de normas que inciden en las inversiones y costos que deben asumir quienes desarrollan la actividad (condiciones de las instalaciones, capacitaciones, etc.).

A su vez, recientemente, la URSEA dictó la Resolución N°246/2022 mediante la cual se aprobó el Reglamento de Suministro de Información Contable con Fines Regulatorios del Sector de Distribución de Combustibles Líquidos. En este reglamento, nuevamente, la URSEA asigna a las distribuidoras mayoristas y minoristas una serie de obligaciones y responsabilidades, esta vez referidas a cuestiones contables, económicas y de facturación determina una serie de sanciones aplicables.

En el año 2022, la URSEA también aprobó el Reglamento de Condiciones de Suministro de Combustibles Líquidos mediante el cual se regula la venta, suministro y despacho de combustibles.

También, en el mismo año, la URSEA dictó la Resolución N°377/22 que complementa la Resolución N°141/21 y regula las solicitudes, autorizaciones, aperturas, traslados y A todos estos actos administrativos debe sumarse, entre otros, el Reglamento de Especificaciones Técnicas de Calidad de Combustibles Líquidos vigente desde el año 2008.

Basta una simple lectura de estas normas para concluir que absolutamente todos los aspectos de esta actividad están regulados por el Estado y que las exigencias para la prestación de la actividad son muy intensas.

Si bien esta ley es, al entender de quien escribe, el ejemplo moderno más claro en nuestro país, de la forma en que el Estado regula estas actividades, es sólo una de las tantas actividades de interés general que se caracterizan por estar altamente reguladas, como ya se ilustró.

Asimismo, en las leyes antes mencionadas que utilizan el término “declaración de interés nacional” o “declaración de utilidad pública” como sucede con la Ley N°15.939 o la Ley N°19.253, entre muchas otras, se pueden observar las mismas características, con mayor o menor intensidad.

3.6 Algunas de las características de la actividad de comercialización y distribución de combustibles

Hasta aquí las referencias a la regulación de cometidos y poderes jurídicos que han ido en aumento conforme hemos descrito. Ahora corresponde analizar la actividad de prestación, su naturaleza y alcance, para lo que debe advertirse que actualmente la ley, en general, ya no establece en forma expresa que la actividad que regula es –o no- servicio público. Ello impone analizar la regulación en sí misma, para definir si estamos o no frente a un servicio público en la clasificación de Sayagués.

Para comenzar, la Ley N°17.598 en su artículo 1, al declarar de interés general la actividad, establece que el uso de los hidrocarburos y demás mercados regulados debe hacerse de forma eficiente y competitiva.

El artículo 2 continúa diciendo que uno de los aspectos que la URSEA deberá regular y controlar es la “extensión y universalización del acceso a los servicios”.

La misma disposición establece que la prestación de esta actividad debe hacerse de forma “igualitaria, con regularidad, continuidad, calidad y eficiencia de los servicios”.

En el numeral 8 de este artículo, se establece además que la prestación del servicio debe hacerse de forma segura. En el artículo 15, literal c), la ley establece que en materia de petróleo y sus derivados, la URSEA deberá: “2) Formular regulaciones en materia de calidad y seguridad de los productos y de los servicios, así como de los materiales, instalaciones y dispositivos a utilizar”.

Por otra parte, el ya mencionado Reglamento de Condiciones de Suministro de Combustibles Líquidos que se basa en la ley antes citada, establece en sus artículos 3 y 4, al regular la figura del suministrador de combustible, que:

La venta y suministro de Combustibles Líquidos en las plantas de despacho ... requerirá de la suscripción de los contratos respectivos entre las partes. Los cuales, deberán ajustarse a lo dispuesto en la presente reglamentación, no quedando condicionada la aplicabilidad de la misma a la suscripción de los referidos contratos... El Suministrador deberá realizar la venta, así como prestar el servicio de suministro de Combustibles Líquidos en sus Plantas de Despacho, con base en principios de eficiencia (como ser, minimizar los tiempos de espera y los trámites a ser realizados en las plantas de despacho), regularidad, seguridad y continuidad, en condiciones no discriminatorias en cuanto a su calidad, oportunidad, cantidad y precio.

En esta norma, así como las restantes mencionadas, se establecen poderes jurídicos en cabeza de la URSEA para requerir información vinculada a sus mercados regulados y la obligación de los sujetos que desarrollan la actividad, de brindarla.

Asimismo, algo curioso, es que la Ley N°17.598 regula con la misma intensidad y de forma casi idéntica, actividad y mercados diferentes. En otras palabras, la misma regula de la misma forma actividades que son servicio público (suministro de agua potable, transmisión de energía eléctrica, etc.) y otras que son actividad privada (comercialización de hidrocarburos y gas).

De las normas que vienen de reseñarse surge que la comercialización y distribución de combustible debe ser prestada de forma regular y continua, debe ser accesible, universal, las prestaciones deben cumplir determinados estándares de calidad y que no es posible excepcionarse de la normativa dictada por el Estado a través de la celebración de contratos entre las partes, la cual se aplica aun ante la ausencia de éstos.

Los poderes de fiscalización y control del organismo regulador son muy intensos y no se limitan a cuestiones técnicas, sino que engloban incluso, aspectos contables, tarifarios, edilicios, medioambientales, de protección de los usuarios, etc., y las sanciones por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones antes mencionadas, pueden llegar a ser muy severas. Tan es así que pueden implicar la suspensión de la actividad o clausura del establecimiento o incluso la “revocación de la autorización o concesión”.

Un hecho relevante y que reafirma la importancia de la prestación continua de la actividad es que, sobre finales del año 2023, ante medidas sindicales (no muy extensas), la URSEA resolvió suspender la vigencia³ de la Resolución N°517/2023 que establecía la metodología de cálculo del PMI.

Sin embargo, también corresponde destacar que no es un sector de actividad donde se experimenten medidas sindicales frecuentes o donde haya lapsos sin prestación del servicio, justamente, por las características antes referidas y las sanciones que existen en caso de incumplimiento.

En resumen, esta actividad presenta exactamente las regulaciones propias de un servicio público. La diferencia central radica en que no existe una declaración legal en ese sentido.

Si bien la titularidad en esta actividad es del particular (a diferencia del clásico servicio público), los controles del Estado son muy intensos, existiendo un intervencionismo regulatorio extremo; parecería que estamos ante lo que la doctrina argentina cataloga como “servicio público impropio”.

3.7 Actividades declaradas de interés general, a la luz del principio de subsidiariedad y del neoconstitucionalismo

Considerando los aportes antes mencionados y partiendo de la clasificación de Sayagués Laso, diríamos entonces que existen los cometidos esenciales, los servicios públicos propios, los servicios públicos impropios (o servicios de interés económico general, como se los quiera llamar), los servicios sociales, la actividad privada a cargo del Estado y la regulación de la actividad privada.

Los servicios públicos propios serían los clásicamente definidos por Sayagués como servicios públicos “a secas”.

Los servicios públicos impropios serían actividades que, como vimos, cuentan con las mismas exigencias del servicio público propio en la actividad de prestación, aunque no cuentan con una declaración como tales por la ley ni la exigencia de contar con concesiones para ejercerlos.

El cometido de regulación de la actividad privada quedaría ceñido a aquellos casos en que el Estado regula, pero con la finalidad de promocionar o desestimular determinada actividad, o incluso, de controlarla, pero no exige que su prestación cumpla con los estándares de calidad, seguridad, universalidad, accesibilidad, regularidad, etc.; por ende, los poderes del Estado no son tan intensos ni las sanciones tan extremas.

En Argentina, Cassagne (2006) con su clara visión, lo adelantaba:

La idea objetiva del servicio público, postulada por un calificado sector de nuestra doctrina, se combina con dos aspectos complementarios que permiten configurar el llamado servicio público propio, a saber: a) la declaración legislativa que una actividad de prestación configura un servicio público (*publicatio*), y b) las notas que perfilan los caracteres de su régimen jurídico (regularidad, continuidad, igualdad, obligatoriedad y prerrogativas de poder público). En rigor, todo servicio público (ya sea propio o

3 Resolución N°722/2023 del Directorio de la URSEA

impropio) consiste en una prestación obligatoria y concreta, de naturaleza económica social, que satisface una necesidad básica y directa del habitante (correos, transportes, electricidad, etc.) (pp. 411-412).

Cabe aclarar que como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, el concepto de servicio de interés económico general es consistente con el de servicio público impropio (tal vez la diferencia radique en la referencia a las intensas potestades que se les otorgan a los órganos reguladores).

Sin perjuicio de ello, lo que aquí se propone es que la clasificación de Sayagués adopte estos conceptos tan valiosamente tratados por la doctrina más moderna (como Delpiazzo y Durán Martínez) para reformarla. No se trata de negar la indudable utilidad y valía de esta clasificación sino de hacerle honor y adecuarla a los tiempos que corren.

Por ende, en la humilde opinión de quien escribe, lo correcto es agregar una nueva categoría de cometidos ya que éstos son los “servicios públicos” de la modernidad y como tal, debemos reconocerlos.

Además, esto es enteramente consistente con todos los principios que la doctrina moderna y la jurisprudencia (con excepciones en ambos casos) propugnan.

El principio de subsidiariedad implica que el Estado no debe participar activamente en aquellas actividades que pueden ser más eficientemente realizadas por los particulares (siempre controlándolas) y que sólo debe prestarlas cuando no hay particulares interesados en hacerlo o cuando éstos no están en condiciones de hacerlo.

Si bien lo que se propone es que estas actividades conformen una categoría independiente, continúan estando dentro de la clasificación de cometidos estatales de Sayagués Laso. Por ello y porque se trata de actividades prestadas tanto por los particulares como por el Estado en libre competencia y que satisfacen necesidades colectivas, están sometidas a regulaciones y controles intensos, justamente para asegurar que las características *ut supra* mencionadas se cumplan.

Ya lo decía Rodríguez Arana (2005), en relación a la Constitución española, pero plenamente aplicable a este trabajo: “surge una nueva perspectiva... lo determinante no es la naturaleza del Ordenamiento aplicable, sino la mejor forma de atender a los intereses generales y por ello, de garantizar los derechos de los ciudadanos (pp. 94)”.

Brito (1990) por su parte, fue muy claro al respecto:

La noción de servicio público viene presidida por la primacía del elemento teleológico – el fin del servicio – destinado según la noción uniformemente admitida por la doctrina y la jurisprudencia uruguayas a la satisfacción de necesidades colectivas impostergables... a su respecto, el Estado desembarazado de su prestación directa monopólica reasumirá con independencia los roles de su actividad esencial: la regulación para el aseguramiento y garantía del goce efectivo y el control de la prestación y de la organización empresarial aplicada desenvuelta en una economía concurrente (pp. 189).

Esto que fue sostenido por Brito pensando en la noción tradicional de servicio público y sus concesiones, aplica a estas actividades calificadas de servicio público impropio,

con la salvedad de que siguen siendo actividades propias del campo privado y que sólo pueden ser prestadas por el Estado cuando los particulares no están en condiciones de prestarlas o cuando no tienen interés en ellas.

Si analizamos las definiciones o consideraciones de alguna de la doctrina moderna más encumbrada, veremos cómo definen al servicio público sin hacer hincapié en la titularidad de la prestación o la declaración del legislador. Así, Marienhoff (1993) explicó que el servicio público es:

Toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el presupuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal (pp. 55).

Incluso, Comadira (2004) sin decirlo, hace referencia al principio de subsidiariedad al estudiar los servicios públicos:

El servicio público es un título jurídico en sí mismo exorbitante, invocable por el Estado para asumir la titularidad de competencias prestacionales con el fin de ejercerlas en forma directa...indirecta...o privadamente a través de terceros para desarrollarlas subsidiariamente en ausencia de prestadores privados, sin titularizarlas en sentido propio, o bien para ejercer su poder de policía sobre actividades privadas prestacionales, con el objeto de dar satisfacción o, en su caso, de asegurar la satisfacción de necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común (pp. 29).

4. Reflexión final

Me gustaría, simplemente a modo de reflexión y como puntapié inicial para continuar estudiando el tema, concluir este trabajo con las palabras de la Prof. Ruocco (2023):

Una visión neoconstitucionalista acerca de lo que debe ser la Administración y la función administrativa, evidencia una realidad plural y compleja que no puede entenderse dirigida de forma uniforme desde la ley, y en la que el Estado no es el único actor. La Administración se desprende de algunos cometidos y asume otros nuevos. Su función de garantía de las prestaciones básicas de los habitantes pasa a un lugar destacado. Y estas nuevas funciones requieren nuevos instrumentos...siguiendo a Durán Martínez, el neoconstitucionalismo ha situado a la persona en el centro de preocupación del derecho administrativo...El desarrollo de su dignidad como persona es la razón de ser del poder público y el ejercicio de dicho poder está vinculado a sus derechos fundamentales (pp. 24).

Y esto son las actividades privadas de interés general, un nuevo instrumento, adaptado a los nuevos tiempos. La forma en que el Estado se “rehace” para alcanzar sus fines.

El Estado “resigna” terreno, pero continua, en aras de la protección de los derechos humanos, controlando que las actividades que resultan esenciales para la vida en sociedad e individualmente, se presten siempre, sean accesibles, y contengan determinados niveles

de calidad; pero, si identifica desinterés de parte de los particulares o insuficiencias de éstos para prestarlas, reasume su rol y las presta de forma directa.

Hoy, parece ser que este tipo de cometido llegó para quedarse y así debe ser tratado, como un cometido específico, no como un servicio público tradicional, no como un servicio social, no como actividad privada, sino como actividad de interés general.

De los propios antecedentes parlamentarios de la Ley N°17.598 que utilizamos como ejemplo en este análisis, surge que esta fue la intención del legislador:

En tal sentido, el marco regulador del sector abarca bastante más que la existencia o no de los monopolios. Estos son un elemento capital, pero la fijación de los precios finales, la relación entre los distintos actores del negocio, las normas que refieren a la distribución, los subsidios a ciertos productos y otros temas importantes, deben regularse tomando como base el interés general y protegiendo los eslabones más débiles de la cadena (Cámara de Representantes, 2001, pp. 6).

Referencias bibliográficas

- Arana, R. (18 de abril de 2020). *Interés general y límites*. Obtenido de rodriguezarana.com: <https://rodriguezarana.com/interes-general-y-limites/>
- Balbín, C. (2008). *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*. Buenos Aires: La Ley. Brito, M. (1990). La desmonopolización de los servicios públicos prestados por el Estado. *Anuario de Derecho Administrativo Tomo III*.
- Cajarville Peluffo, J. P. (2013). Conferencia Magistral sobre conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor, relaciones entre derecho subjetivos, interés legítimo e interés general. En *Revista de Derecho Público* N°43, Año 22. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cámara de Senadores. (2001). Exposición de Motivos. Diario de Sesiones. *Tercera sesión extraordinaria. XLV legislatura.*, (pág. 6). Montevideo.
- Cassagne, J. C. (2006). *Derecho Administrativo Tomo I*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Cassagne, J. C. (10 de octubre de 2023). *Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos*. Obtenido de Cassagne Abogados: cassagne.com.ar
- Comadira, J. (2004). El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público. Servicio Público, Policía y Fomento. *Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*. Cortiñas Pelaez, L. (1986). Teoría General de los cometidos de poder público. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político* N°15.
- Delpiazzo, C. (2015). *Derecho Administrativo Especial* (Vol. 1). Montevideo: AMF. Durán Martínez, A. (2015). *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Forum Ltda.
- Durán Martínez, A. (2017). *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*. Montevideo: La Ley.

- Ferrés Rubio, R. (2008). Hacia un nuevo concepto de servicio público: liberalización y competencia. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*. Montevideo: FCU.
- García de Enterría, E. (1996). Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. En *Revista Española de Derecho Administrativo N°89*. Madrid.
- Humanos, C. I. (1986). *Opinión Consultiva N°6*.
- Marienhoff, M. (1993). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Pérez Hualde, A. (2017). *Concesión de servicios públicos*. Buenos Aires: Astrea.
- Risso Ferrand, M. (2005). Los intereses individuales y el interés general en la Constitución. En *Tribuna del Abogado N°143*. Montevideo.
- Rodríguez Arana, J. (2005). La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo público). *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo N°7*.
- Rotondo, F. (2015). Derechos fundamentales y Derecho Administrativo. En *Revista de Derecho Público. Año 4. Número 47*. (págs. 87-102). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rotondo, F. (2019). *Actividad administrativa de limitación, servicios públicos y los órganos jurisdiccionales Tomo XLIX*. Montevideo: CADE.
- Ruocco, G. (2018). Patrimonio Natural y Desarrollo Sostenible en Uruguay. *Estudios de Derecho Administrativo N°17*.
- Ruocco, G. (2019). Suministro y gestión del agua potable en Uruguay. En *Estudios de Derecho Administrativo N°19*. Montevideo: La Ley.
- Ruocco, G. (2021). *El interés general como límite de los límites*. Montevideo: La Ley.
- Ruocco, G. (2023). Buena Administración e interés general. *Estudios de Derecho Administrativo N°25*.
- Sayagués Laso, E. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*. Montevideo: FCU.
- Sayagués Laso, E. (2022). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*. (C. y. Delpiazzo, Ed.) Montevideo: FCU.
- Stinco, J. (2018). *Tarifa justa y razonable*. Buenos Aires: Astrea. Suprema Corte de Justicia. (1981). *Sentencia N°12*. Suprema Corte de Justicia. (1982). *Sentencia N°69*. Suprema Corte de Justicia. (1985). *Sentencia N°404*. Suprema Corte de Justicia. (1987). *Sentencia N°237*. Suprema Corte de Justicia. (1995). *Sentencia N°234*. Suprema Corte de Justicia. (2016). *Sentencia N°79*.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy