

DOCTRINA

Servicios públicos y regulación. La concesión aeroportuaria¹

I. LA REGLA BÁSICA DEL MERCADO

Para intentar plantear con sencillez *la cuestión de la regulación y del servicio público* –que son, adelante, instituciones distintas– y pensarla desde el punto de vista de nuestro modelo –que es un modelo común, sobre todo en occidente, y ya casi en todo el mundo– me gustaría recordar la relación que Carlos Marx explicaba entre “sistema económico” y, entre otras realidades sociales, “derecho” o, diríamos ahora, “ordenamiento jurídico”: el sistema de producción y distribución de la riqueza es la “infraestructura” y el derecho, como la política, la filosofía, etc., es la “superestructura”, establecida, creada, para asegurar que ese especial mecanismo de posesión, producción y distribución de la riqueza (en la especie, el capitalismo) siga siendo el que es sin alteraciones ni sobresaltos.

Yo no debo –no es de mi competencia científica– emitir un juicio de valor acerca de si Marx estaba totalmente acertado o no, o bien que la realidad es exactamente al revés de lo que él decía; esto quizás nos coloque frente a ese problema filosófico tremendo nunca resuelto, el más grande de toda la historia: qué es primero, si la gallina o el huevo; es decir, si es el derecho el que permite que funcione en determinado sistema económico y por ello en cierto sentido lo genera, o es al revés: es el sistema económico el que, para garantizar su predominio y subsistencia, crea un determinado sistema jurídico.

Es muy difícil decir “cual es cual”. Creo que todo se encuentra relacionado, ya que la realidad humana, las motivaciones de las acciones de las mujeres y los hombres son por naturaleza complejas. Todo está interrelacionado, en un entrecruzamiento de motivaciones dispares, incluso en los mismos sujetos concretos que toman las decisiones.

¹ Conferencia dictada por el autor en el “Primer Congreso Latinoamericano de Gestión Aeroportuaria”, organizado por el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, Mar del Plata, República Argentina, 28 al 30 de abril de 1999.

Por Rodolfo C. Barra
Abogado, Master en Derecho Administrativo
Profundizado en la UBA. Docente. Ex Juez
de la Corte Suprema de Justicia de la
Nación. Ex Ministro de Justicia. Presidente
del Directorio del Organismo Regulador del
Sistema Nacional de Aeropuertos. Vocal
titular del Tribunal de Enjuiciamiento del
Ministerio Público de la Nación

Lo cierto es que Vélez Sársfield, en el código civil todavía vigente, estableció dos reglas muy claras; que la primera es *la libertad subjetiva de emitir actos jurídicos* –libertad de emisión y de contenido– los que sólo tienen como límite la regla del orden público, la moral o las buenas costumbres; según la regla de oro de nuestro ordenamiento, que establece que está permitido todo lo que no está prohibido. La segunda es que *el acuerdo entre las partes significa, para ellas, la ley*. La ley o regla a la que las partes deberán ajustar sus conductas, es, entonces, una creación libre de un autónomo acuerdo voluntario intersubjetivo.

Lo que hizo Vélez Sársfield en estos dos artículos del Código Civil (Arts. 953 y 1197) fue determinar, asegurar, encuadrar y orientar lo que ahora nosotros denominamos “el sistema del mercado”. Esas dos normas constituyen la regla básica, el dogma, el espíritu y la voluntad vertebral del mercado, es decir del sistema de transacciones jurídicas (de contenido o efectos económicos y, en ciertos casos, no económicos: la Corte Suprema de los Estados Unidos acuñó la expresión del “mercado de las ideas” para referirse a la libertad de prensa y a un aspecto esencial del proceso democrático) *basado en la interacción social de la oferta y la demanda, porque el libre acuerdo voluntario, esencial para el funcionamiento del mercado, tanto que es el mercado mismo, es la ley de las partes*.

Precisamente, en nuestro sistema jurídico todo un primer nivel de decisiones de los particulares, con efectos jurídicos, se encuentra dentro de la regla del mercado, de la libertad y autonomía de las partes. Podemos imaginar una pirámide de decisiones y relaciones con efectos jurídicos. En ella ese primer nivel es muy ancho y extendido, puesto que comprende la mayor parte de nuestras decisiones jurídicas del día a día, tomadas con entera libertad. No es que no existan normas aplicables a aquellas decisiones con efectos jurídicos, pero estas normas correspondientes al primer nivel de la pirámide son supletorias, dispositivas, no son imperativas. Para regular estas relaciones jurídicas primero rige la voluntad de las partes y en suplencia de ella se aplica la norma supletoria o subsidiaria. Se trata entonces, de una *regulación autónoma*.

Aun así, el Estado continúa presente, como el sujeto que debe garantizar que ese acuerdo de partes, o la eventual aplicación de las normas supletorias, o la interpretación del acuerdo a la luz de estas normas, se cumpla. Para eso están los tribunales, los jueces, los oficiales de justicia, la policía. Pero todo esto es si las partes lo quieren, porque si el acreedor quisiera no cobrar, quisiera esperar, quisiera perdonar, podría hacerlo, lo puede hacer; antes, durante y después del juicio. Puede obtener una sentencia a favor, guardarla en un cajón y nunca ejecutarla.

II. EL ORDEN PÚBLICO Y LA REGULACIÓN

El acuerdo es la ley de las partes, *esta es la regla del mercado traducida en un lenguaje jurídico*. Por supuesto que lo

expuesto no tiene un grado absoluto; la Corte Suprema de los Estados Unidos decía: “El nuestro es un sistema de libertad, pero de libertad ordenada”. Efectivamente, si la libertad no es ordenada se convierte en anarquía, lo que, trasladado a nuestro tema, podría generar un funcionamiento anárquico del mercado, generando su propia destrucción. En efecto, la anarquía se expresa también como un sistema carente de normas y de reglas claras e iguales para todos. La anarquía es la falta de previsibilidad, la ley del más fuerte. Precisamente el ordenamiento jurídico –lo que incluye al sistema judicial– es el que, estableciendo límites a los más fuertes, protege a los más débiles. Si la regla del mercado fuese absoluta –es decir, anárquica por la total ausencia de toda autoridad regulatoria “heterónoma”– muy probablemente habría, primero, situaciones de injusticia para los más débiles y, segundo, seguramente una especie de virus generado por el mismo mercado que lo dañaría mortalmente. Es decir habría elementos en el funcionamiento de ese sistema de interrelaciones que es el mercado que estarían impidiendo que las partes decidieran con libertad.

Para evitar esta situación el mercado se somete a reglas establecidas por la autoridad, normas que ya no son dispositivas o supletorias, sino imperativas; este el *orden público, la regulación propiamente dicha, la policía administrativa*.

Por encima de esta primera base de la pirámide, que es el reino de la plena libertad de mercado, existe otro nivel –el del orden público que puede expresarse en regulaciones de policía– donde el Estado sanciona normas que tienen como finalidad prohibir, imponer, determinar, con mayor o menor alcance, el contenido del acuerdo de voluntades; normas estas que limitan la libre acción del mercado.

En realidad gran parte de nuestras actividades están más o menos reguladas. No hay, casi, ninguna de nuestras actividades que no tengan cierta regulación en el sentido mencionado; es decir regulaciones de orden público, imperativas, que se aplican directa e independientemente de la voluntad de las partes. De lo contrario no habría “sistema de libertad ordenada”. Pero estas regulaciones deben ser establecidas primero, y aplicadas, luego, con prudencia. Un exceso de regulación por encima de lo que el orden exige para garantizar la libertad, y más allá de lo que el mercado exige para garantizar su subsistencia, en definitiva terminaría ahogando la libertad y eliminando el mercado.

Es curioso –y con esta experiencia hasta podríamos refular a Marx– como en nuestro país, con el mismo Código Civil, y antes que esto, con la misma Constitución, a partir de los años 30 comenzó un proceso de regulación tan intenso que hacia fines de la década anterior, hacia

fines de la década del 80, casi llegó a eliminar al mercado. La regulación era tan intensa que no había actividad posible a realizar en el ámbito económico sin que se necesitase la participación, autorización, sello, de alguna oficina pública. A tanto se llegó que durante unos años en nuestro país, por ejemplo, todos los precios estaban regulados; se había establecido un sistema de precios máximos y de precios mínimos. Para que el sistema fuese perfecto se había concebido un mecanismo para que absolutamente todos los precios estuviesen regulados. No había posibilidad de un precio no regulado. Entonces en ese momento durante esos años –con mismo código civil y con la misma constitución– no existió mercado, nuestro sistema económico estaba absolutamente socializado. Por supuesto esta situación generó –no podía ser de otra manera– el mercado “libre” paralelo y por lo tanto, abusivo, desordenado que, por supuesto, llevó a trágicas consecuencias y a una crisis muy profunda que terminó estallando en años posteriores.

Entonces, por encima de la actuación libre del mercado necesariamente existe un nivel de regulación. La norma de regulación es la norma que orienta a la actividad de las partes hacia un fin que el Estado predeterminó como de interés general, o de bien público o de bien común.

III. EL SERVICIO PÚBLICO

Pero hasta allí, incluso en el nivel de la regulación, la actividad privada es libre aunque con distintos grados de regulación: la pequeña regulación que puede tener que soportar la empresa propietaria de este establecimiento hotelero, en materia de seguridad o en materia de dimensiones de las habitaciones u otros requisitos para obtener la calificación de “cinco estrellas” etc., etc.; o la gran regulación de actividades mucho más delicadas, con directa e inmediata incidencia en el interés público, según la graduación que una sociedad democrática establece a través del Congreso, en representación del pueblo.

Por fuera de este sistema de la actividad privada regulada o no regulada, existe un poderoso sujeto en la interacción social, que en la ideología de algunos en ciertas épocas se pensó que podría ser totalmente excluido de esa interacción social. Pero la realidad demostró que esa exclusión era imposible; ese sujeto es el Estado. El Estado es también un sujeto de la actividad económica, no solamente es autoridad sino que impulsa el circuito económico con sus obras, con sus contrataciones, con sus compras no solamente está influyendo sobre el circuito económico con aquellas herramientas y con su política tributaria, que es determinante, o con su política de fomento que también es trascendente. La política de fomento muchas veces altera el libre juego del mercado ya que, obviamente la empresa subsidiada o fomentada tienen privilegios que la colocan en una situación relati-

va de ventaja en el mercado, lo mismo que política tributaria que también puede tener estos efectos, porque dicha política puede muy bien tener una finalidad de fomento o de desaliento de determinadas actividades.

Pero no sólo por lo expuesto, sino que el Estado actúa dentro del sistema económico como operador, como dador o tomador de bienes o servicios en la vida social.

El problema es que el Estado no puede actuar con el mismo grado de libertad con que el que actuamos cada uno de nosotros, los particulares. Nosotros decidimos acerca de nuestro propio patrimonio, de nuestro bien privado particular, exclusivo, nosotros o una sociedad anónima o una gran corporación, rendimos cuenta a quien queremos, o a los pocos que nos exige la ley. Usamos nuestra propiedad como queremos; muchas veces con limitaciones regulatorias, de orden público. Pero el Estado utiliza el patrimonio de todos nosotros, no tiene un patrimonio propio exclusivo, un fin que sea distinto que el bien común. Entonces el Estado, cuando actúa en ese ámbito social, comprando, vendiendo, contratando, construyendo, dándole entonces un incentivo, una fuerza tremenda a la actividad económica, al circuito económico, lo hace (no puede evitarlo) con reglas diferentes a las de la actividad privada.

Ya no se trata de una actividad privada regulada, es una *actividad pública*. Aquí ya no hay una sujeción negativa a la ley: “está permitido todo lo que no está prohibido”. Aquí hay un vínculo o sujeción positiva a la ley, el Estado sólo puede hacer lo que le está permitido. No es que pueda hacer todo lo que no está prohibido; sólo puede hacer lo que le está permitido, y según como la ley se lo permite, por ejemplo sometiénose al procedimiento preestablecido. Y debe hacerlo en función de distribuir esa riqueza social –el bien común– entre todos los habitantes, debe hacerlo entonces para garantizar a todos los habitantes la aplicación estricta de las reglas de la justicia distributiva, para que la parte de cada uno sea la que le corresponde, como carga o beneficio, en el conjunto del bien común. Entonces el Estado tiene una actuación que fundamentalmente es tuitiva, de protección, para asegurar la igualdad proporcional entre todos los ciudadanos.

Esta finalidad es distinta a la que tengo yo. Yo puedo elegir caprichosamente con quien contrato, puedo elegir caprichosamente como administro mis recursos mientras no llegue al límite de la incapacidad civil, a convertirme en un pródigo y por lo tanto a tener un control judicial sobre mi patrimonio; mientras no llegue a ese límite soy absolutamente libre. Puedo preferir a uno y no preferir a otro, mientras por supuesto no viole ninguna norma de orden público o reglas exigidas por la moral o las buenas costumbres.

Pero el Estado no. Su deber y su única competencia social es asegurar esta igualdad proporcional entre todos los ciudadanos y habitantes sometidos a su autoridad.

Cuando ciertos bienes y servicios se convirtieron en absolutamente necesarios para la generalidad de la población y con la invención o descubrimiento de nuevas tecnologías que muy pronto se convirtieron en indispensables para nuestras vidas, allí surgió –o más bien se especificó, ya que tenía una aplicación más generalizada– un concepto técnico jurídico que es el del *servicio público*.

El servicio público debe ser entendido como una cuestión diferente al de la regulación: una cosa es la regulación que se refiere a una actividad privada, de titularidad privada, de naturaleza privada, que el Estado regula para asegurar la “libertad ordenada”, y otra cosa es el servicio público que, como tal, aunque la actividad material pudiese en la historia ser ya llevada a cabo por particulares, pero que como tal, como servicio público, está en cabeza estatal, es de titularidad estatal y por su naturaleza existe para asegurar en los usuarios la igualdad, la uniformidad, la regularidad, la universalidad, etc., es decir, los que la doctrina habitualmente identifica como caracteres del servicio público.

El punto está en que, en realidad, todo lo que hace el Estado, jurídicamente, tiene estos caracteres, como también todo lo que hace el Estado tienen como finalidad distribuir el bien común. Por lo tanto cuando una actividad es cumplida por el Estado directamente, por sí mismo, poca utilidad tiene distinguir si eso que está haciendo es o no, desde el punto de vista jurídico, un servicio público. Poca utilidad, tenía, en otras épocas cuando la distribución del agua potable estaba, por ejemplo, en manos del Estado, distinguir jurídicamente dicha actividad con respecto de la policía de seguridad, de la sanidad, o de la actividad de administración en general. En definitiva la educación, la policía de seguridad, la sanidad, la distribución del agua, de la energía eléctrica, etc., etc., hecho todo por el Estado, debía asegurarnos a todos, el mismo libre acceso, debía prestarse con regularidad, es decir sujeta a reglas, prestarse con continuidad, de manera universal, etc., etc.

Cuando el Estado decide que ciertas actividades que hasta ese momento eran por él directamente cumplidas, sean *prestadas por particulares bajo un régimen jurídico que denomina concesión de servicio público*, esta calificación jurídica adquiere una especial relevancia.

Recordemos que en la concesión del servicio público la titularidad de la competencia prestacional, –es decir, la *titularidad de la competencia* para prestar el servicio– la sigue teniendo el Estado. Lo que hace el Estado por medio de la concesión es *delegar* en el particular el cometido público que el propio Estado antes ejercía y, así, tras-

lada en el particular las responsabilidades de asegurar al usuario o beneficiario del servicio público, el cumplimiento de aquellos caracteres de igualdad, regularidad, etc.

De esta manera lo que está haciendo el Estado es indicar y disponer que una determinada actividad, gestionada por un particular, llevada a cabo por un particular, no va a estar –por ahora digamos esto es provisoriamente– regida por las reglas del mercado. Porque el servicio público, que es un sistema de garantía en beneficio del usuario, es un sistema de *no mercado*; fuera del mercado. Allí no rige la ley del mercado, porque para el Estado, en un sentido estricto o básico, no rige el Art. 1197 del C.C., ya que el Estado no tiene libertad para realizar acuerdos de voluntad de forma autónoma, los tiene que realizar conforme a las reglas. En el ámbito público, en el Derecho público, no rige la “sujeción negativa a la ley”, rige la “sujeción positiva a la ley”; el Estado sólo puede hacer lo que la ley permite. Esta “naturaleza” se la traslada –delegación– al particular que gestiona el servicio público, en la medida de la necesidad del servicio; estrictamente en la medida en que es necesario para hacer realidad el carácter tuitivo del servicio público.

El concesionario del servicio público es un delegado del Estado; por lo tanto es, desde cierto punto de vista el Estado mismo. El usuario, el beneficiario, el administrador que recibe las prestaciones de ese servicio público, no debe verse perjudicado en el sistema de las garantías que el servicio público le significa, por el solo hecho que ha cambiado la gestión o administración del servicio desde el Estado a un particular; del Estado que actuaba sin fin de lucro a un particular que ahora actúa con fin de lucro y que, precisamente porque actúa con fin de lucro, uno supone que la prestación va a tener mucha mayor eficacia, pero que la prestación tiene que ser de mayor rigurosidad. El usuario no se puede ver perjudicado por el hecho jurídico de la delegación. Debe asegurarse el mismo ámbito de garantía, la misma razón tuitiva que el servicio público comporta. Lo que pasa es que, claro, cuando trasladamos la actividad del Estado a un particular, estamos realizando un salto que no es meramente cuantitativo, sino también cualitativo: el particular no puede actuar en las mismas condiciones que el Estado; porque no es el Estado. Si, por naturaleza, toda la actuación del Estado es la de “no mercado” (hay una larga historia de discusiones doctrinales acerca de las empresas comerciales y/o industriales de propiedad estatal, no prestadoras de servicios públicos, como por ejemplo fabricación de autos o producción de aceros; la discusión gira en torno de si estas deberían regirse enteramente por el Derecho público o si están enteramente sujetas a la ley del mercado; lo cierto que estas empresas no estaban, al menos en Argentina, sujetas a la ley del mercado, no podían quebrar, es decir tenían menos riesgos empresarial, y esto mismo las colocaba fuera del mercado:

al no tener riesgos tenían una situación de ventaja; no pagaban impuestos o lo pagaban teóricamente; durante largos años estuvieron exentas; luego hacia el final de su historia tuvieron carga impositiva pero tampoco pagaban; no había ejecución fiscal contra ellas y además eran permanentemente subsidiadas por el tesoro; por lo tanto todo, en toda su actuación llevaban una posición de ventaja indudable con respecto a otras empresas que quisieran competir con ellas y que tenían el riesgo de la quiebra, los efectos de la extensión de la quiebra, la calificación de conducta en la quiebra para sus directores y además tenían que pagar impuestos y eran ejecutadas) aun así, volviendo al tema del servicio público, el problema es que cuando el particular lo gestiona, necesita por la propia naturaleza de su psicología, hasta de su patrón de comportamiento, necesita, digo, la aplicación de la regla del mercado, necesita el ámbito de libertad propio del mercado. Por eso las nuevas técnicas jurídicas tienden, en la concesión del servicio público, a reducir lo más posible el ámbito de sujeción al régimen jurídico del servicio público y dejar al prestador los mayores campos de libertad posible, de tal manera que la delegación sea referida sólo a lo estrictamente necesario para asegurar que la prestación del bien o servicio de que se trate, alcance a todos los usuarios en el mismo régimen de igualdad, uniformidad, regularidad, continuidad, etc. El diseño es: cuanto más libertad mejor y sólo quedará sometido al régimen jurídico del servicio público, el corazón o aquello que se llama servicio universal, o servicio básico; e incluso con tendencia a ir desapareciendo en la medida en que la nueva tecnología incorpore posibilidades de competencia que ya hagan innecesario que una determinada actividad sea calificada jurídicamente como servicio público; por ejemplo el ámbito telefónico cada vez es más absurdo si ustedes quieren decirlo así o aunque quizás sea un poco exagerado, pero cada vez es más inútil o carente de sentido calificar a la actividad telefónica de servicio público, cuando la tecnología actual permite que pueda totalmente ser prestada en un ámbito de absoluta competencia, ya sí lo está diseñando nuestro país.

Esta idea de la restricción del concepto de servicio público es la que más se conforma con la idea de libertad de mercado, y entonces permite que la misma actividad de un empresario tengan un aspecto que está sometido estrictamente al sistema del servicio público es decir está fuera del mercado y otra actividad sometida meramente a la regulación que hace el Estado, que como insisto son dos niveles totalmente diferentes. Uno es el nivel de la regulación, que imprime a una relación jurídica básicamente libre y autónoma –por tanto, relación jurídica desarrollada dentro del mercado (Art. 1197 del C.C.) con limitaciones o condicionamientos de orden público con base en el Art. 953 del mismo cuerpo legal. Otra es el nivel del servicio público que por ser estatal, aunque se

encuentre concesionado o delegado en favor de un particular, se encuentra fuera del mercado, ya que aquí –en la relación concesionario-usuario– no rige, básicamente, la autonomía de la libertad de contratación de las partes, sino la regla de la protección en favor del usuario. Así, la relación concesionario-usuario esta esencialmente dominada por las condiciones del servicio, establecidas por el Estado concedente. Si se quiere, se puede decir que existe una regulación ordinaria aunque excepcional (la primera) y otra regulación servicial, que es la propia del servicio público y que cubre de una manera determinante la relación concesionario-usuario, en la estricta medida necesaria para la prestación del denominado “servicio universal”, dejando para el resto de la actividad prestacional, ámbitos jurídicamente liberados con mayor o menor incidencia regulatoria.

IV. EL SERVICIO PÚBLICO AEROPORTUARIO

Esta estructura jurídica, con sus particularidades, se presenta también en *el servicio aeroportuario*.

El aeropuerto es materialmente una instalación física con una finalidad especial. En sí mismo su calificación o no como servicio público no tiene relación con su realidad material. En realidad no hay ninguna actividad humana que por naturaleza sea un servicio público. Una determinada actividad humana es sometida al régimen jurídico del servicio público cuando es necesario asegurar que ella sea prestada en las condiciones tuitivas que antes indicábamos.

Desde un punto de vista físico y tal como lo define en nuestro caso el contrato de concesión y las normas que dieron lugar a ese contrato, “aeropuerto” es el lugar habilitado por la autoridad competente como puerto de entrada y salida; superficie determinada de tierra o agua apta para la llegada, salida y movimiento en superficie de aeronaves, abierta al uso público de un modo permanente y en la cual existen edificaciones, instalaciones aéreas y de servicios para poder asistir de modo regular a la actividad aeronáutica, permitir el estacionamiento del material aéreo y recibir o despachar pasajeros, carga y correspondencia. Este, por otra parte, es un concepto común, la definición clásica, del derecho aeronáutico.

La finalidad especial que caracteriza al aeropuerto puede resumirse en la de ser sede o asiento de la actividad aeronáutica regular, no una actividad aeronáutica esporádica o accidental, sino regular, permanente, de uso público civil. El aeropuerto –definido así en razón de la actividad aeronáutica– lo primero que nos muestra es que, para el derecho, es en sí mismo una actividad, una *actividad de organización*. La conferencia anterior acerca de la seguridad aeroportuaria nos muestra a la actividad de organización enfocada desde el punto de vista de la atención de determinadas emergencias. El aeropuerto es una

actividad de organización para esto y para muchos otros aspectos. La actividad de organización, en general, es la actividad aeroportuaria para la prestación de diferentes bienes y, especialmente, de diferentes servicios, destinados a un conjunto heterogéneo de usuarios vinculados directa o indirectamente con la actividad aeronáutica.

Hay *usuarios aeroportuarios específicos*: los "*directos*": las compañías aéreas, los propietarios de aeronaves de uso civil, los pasajeros, las autoridades públicas que cumplen diversos cometidos en el predio aeroportuario. Junto con ellos se presentan los usuarios "*indirectos*": prestadores de servicios comerciales a los anteriores usuarios, acompañantes, por ejemplo, de pasajeros, personal de las empresas o de las entidades que anteriormente mencionábamos. También hay usuarios "*no aeroportuarios*", por ejemplo hoy el aeropuerto, algunos aeropuertos, los más grandes, admiten personas que van a pasear; público en general que ingresa al aeropuerto no para viajar, sino para disfrutar de sus instalaciones comerciales, de ciertos lugares de esparcimiento, restaurantes, confiterías, lugares de compra, en las áreas no reservadas a los usuarios aeronáuticos. Se trata entonces, de público que no demanda una prestación aeroportuaria, siquiera indirecta o accidental, sino una prestación comercial recreativa que el aeropuerto hoy, por la concepción necesaria de sus instalaciones, por su aprovechamiento comercial, se encuentra en condiciones naturales de brindarle, a la vez que ayuda para su aprovechamiento económico.

Nótese que, siempre dentro de la misma instalación física –el aeropuerto– el régimen del "*servicio público*" se aplica sólo al primer aspecto, para garantizar al usuario aeroportuario. Las actividades no aeroportuarias que pueden realizarse en el aeropuerto no constituyen "*servicio público*". Lo expuesto ya nos permite distinguir en el aeropuerto lo que es "*servicio básico*", que está entonces bajo un determinado régimen jurídico que lo aleja del mercado; y lo que es la "*actividad en competencia*", seguramente sometida a ciertas normas regulatorias, pero no muy diferentes a las que puede tener hoy, por ejemplo, un shopping center; normas regulatorias para asegurar la seguridad de un señor que está en un ámbito cerrado y que si hay un incendio tiene que tener una salida o escape rápido, o la higiene en los baños, o la cantidad de baños suficientes según la cantidad de personas que se supone que van a estar allí, etc., etc.; la calidad del producto que se vende; que el restaurante no venda comida en mal estado; etc. Se trata de este tipo de regulaciones, que no son regulaciones de servicio público, son normales regulaciones de policía, independientemente de que se apliquen o no a un aeropuerto.

Sin embargo hay puntos en que las dos actividades pueden tener un puente de contacto en la medida que ambas conformen un sistema económico y que ambas ha-

yan sido consideradas por el Estado al momento de decidir o en su caso, aceptar, según cómo haya sido pensada la licitación; la ecuación económico-financiera de la concesión del aeropuerto.

Tal concesión podrá ser onerosa, es decir el concesionario le deberá pagar al Estado; podrá ser gratuita, no hay pago al Estado; podrá ser subvencionada: hay un pago del Estado al concesionario; podrá ser con ejecución de obras o sin ejecución de obras, correspondiendo para cada una de estas alternativas –incluso mixtas– un planteo diferente de la ecuación económico-financiera de la concesión. La explotación comercial no aeroportuaria del aeropuerto integra necesariamente dicha ecuación económico-financiera de la concesión, tal como fue planteado en su oferta por el postulante en el respectivo procedimiento de selección, y fue aceptado por el Estado en el momento de la adjudicación. Por ello es que al Estado debe interesarle el seguir o vigilar de alguna manera, la explotación no aeronáutica del aeropuerto.

Para que el concesionario-delegado del Estado pueda actuar, se necesita un marco normativo, que en nuestra terminología se llama "*marco regulatorio*", aunque el nombre es equívoco, porque en realidad es el "*marco del servicio público*". En este caso lo tenemos expresado en el ordenamiento normativo del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, O.R.S.N.A.

El Sistema Nacional de Aeropuertos, S.N.A. es el conjunto de los aeropuertos federales que se encuentran bajo la autoridad regulatoria del O.R.S.N.A.; de manera que a través de ésta autoridad todos los aeropuertos del S.N.A. reciban un tratamiento vinculado y coherente tanto en la planificación de su actividad como en las inversiones destinadas a tal actividad.

Pero en aquellos aeropuertos concesionados –los no concesionados en definitiva siguen siendo de gestión estatal y por lo tanto siguen pesando sobre ellos todas las obligaciones propias de cualquier gestión estatal– en realidad nuestro marco normativo no define al aeropuerto estrictamente o expresamente como un "*servicio público*". A diferencia de lo que ha hecho el Estado con otras concesiones –por ejemplo en materia eléctrica, de agua, en materia de gas, ha calificado a la actividad o a ciertas etapas de la actividad como "*servicio público*", es decir este régimen jurídico especial nace por expresa decisión normativa– en el caso aeroportuario, no se ha definido a la actividad de organización aeroportuaria como un servicio público. En realidad en una primera aproximación, las normas que conforman al S.N.A. y al contrato de concesión, parecen más regular un sistema de *concesión de obra pública*, que un sistema de concesión de servicio público; es decir la concesión aeroportuaria parece más bien concebida como una metodología de contratación para la ejecución de obras públicas financiadas por el

concesionario en favor del concedente, pero que se repagan por el usuario a través de la explotación de la obra ejecutada.

Nótese que en la concesión de obra pública no es necesario que el concesionario sea el constructor de la obra, por lo menos en nuestra práctica habitualmente ocurre así. En realidad el concesionario es el financista, quien contrata con los constructores para la realización de la obra y explota la obra una vez ejecutada. A esos constructores los vinculará o no con el plan financiero de la concesión, con el recupero de la inversión, con los ingresos de la explotación. Puede o no vincularlos, puede tener otro esquema de financiación de la obra, distinto al esquema de la concesión propiamente dicha. En el caso de la concesión de los aeropuertos integrantes el S.N. el concesionario precisamente no es un constructor, ni se obliga a serlo directamente. En realidad está planteado que el concesionario debe invertir en obras que contratará con terceros.

Son muchos los casos en que la concesión de la obra pública y la concesión del servicio público se confunden en un mismo contrato. En definitiva ambas son figuras de delegación. En la concesión de obra pública también el Estado concedente delega en el concesionario, cometidos públicos –la construcción o encargar la construcción a un tercero– y autoridad pública: percibir el peaje, definir las reglas de la utilización de una autopista, a veces imponer las sanciones por violación de esas reglas, por exceso de velocidad, las reglas de estacionamiento; las mismas normas sobre la velocidad autorizada, etc. Se trata también de una delegación; donde también el concesionario de obras públicas reemplaza al Estado. Distinguir las dos figuras de delegación determinando cuándo el contrato es “obra pública” o “servicio público”, puede, en ciertos casos, ayudar a resolver conflictos de interpretación sobre aspectos trascendentes del contrato.

Como un criterio simple de distinción puede señalarse que nos encontramos frente a una concesión de servicio público, cuando el delegado del Estado –el concesionario– debe realizar una actividad de organización pura; lo que se le exige en tal caso es pura actividad de organización, que puede requerir además la ejecución de obras de construcción, pero lo que predomina es el servicio en tanto que actividad de organización, aunque las obras sean importantes pero siempre subordinadas al servicio; por ejemplo, en el transporte ferroviario hay que construir las vías férreas o en el servicio de agua potable hay que construir también las cañerías que llevan el agua; pero lo que interesa es el servicio, el servicio que continúa más allá de la obra, incluso, quizás, por un plazo mayor al de la amortización de la inversión en la obra. En cambio, en la concesión de obra pública, lo que interesa primordialmente es la ejecución de la obra, y el recupero de su

precio. Normalmente la concesión es por el estricto tiempo en que el plan económico-financiero permite la amortización y recupero de la inversión o valor de la construcción, los gastos generales, gastos financieros y beneficio empresario, aunque para ejecutar la obra y explotarla sea necesario una cierta actividad de organización. Sin duda un explotador de una autopista desarrolla también una actividad de organización, precisamente porque el repago de la obra se encuentra vinculado con la prestación de ciertos servicios a favor de quien la aprovecha. Pero el problema es importante porque la incidencia del control estatal es en el servicio público predominantemente dirigida a la gestión empresarial, al aspecto organizativo; en cambio en la obra pública se dirige especialmente a la ejecución de la obra.

La cuestión analizada es muy importante en la práctica. Nosotros hoy tenemos una discusión que se revolverá con el concesionario aeroportuario sobre las obras a ejecutar, el problema del control sobre las obras. El concesionario dice: yo voy a ser libre, absolutamente libre en la ejecución de las obras a mi cargo, que son las necesarias –según lo pactado– para la explotación redituable de los aeropuertos. Usted ORSNA normalmente tiene que verificar la inversión, yo la voy a denunciar y acreditar y a usted le bastará con comprobar que he invertido lo comprometido en el contrato.

Pero las obras están “al servicio del servicio”. Si se trata exclusivamente de un servicio público hay una actitud de retracción del Estado, como ente de control, con respecto al control de las obras; si es una concesión de obra pública la actitud del ente de control es de mayor presión sobre la ejecución de las obras.

Si es servicio público el ente de control debe verificar mucho más la corrección de la actividad de organización hecha; si es una concesión de obra pública debe verificar muchas más la corrección de la obra hecha.

En nuestro caso las normas que rigen este contrato parecen destacar el aspecto de la concesión de obra pública; por ejemplo si toda la contratación se funda en la Ley N° 17.520 que es precisamente la ley de concesión de obras públicas, o la Ley N° 23.696 de reforma de la anterior. Así el propio Decreto N° 375 del año 97 que es la norma fundante de todo el proceso, en sus considerandos se refiere a la Ley N° 23.696, que ha introducido sustanciales reformas al régimen de la concesión de obras públicas, y también a la ley básica de ese tipo de contratación administrativa que es la N° 17.520. Sin embargo el contrato en su conjunto normativo destaca el interés del aspecto organizacional, desarrolla entonces los caracteres comunes de la concesión del servicio público y creando todo este sistema de protección en favor del usuario, del cual el ORSNA en su expresión. El mismo contrato parece indicarlo cuando muestra, al explicar

objeto, que el concedente concede y el concesionario acepta la presente concesión de explotación, administración y funcionamiento del grupo A de aeropuertos; es decir no se le concede la ejecución de obras sino la explotación, administración y funcionamiento, para lo cual debe realizar obras, es decir el objeto no es directamente la concesión de determinadas obras.

Es un contrato de concesión de servicio público que tiene un régimen incorporado de concesión de obra pública en la medida que la ejecución de la obra es tan determinante que el legislador quiso también someterlo, como vimos al mencionar el Decreto N° 375, a tal régimen. Lo expuesto, entonces, tiene mucha importancia a la hora del control sobre las obras a ejecutar; obras que además quedan sujetas al régimen de reversión o sea de recuero por parte del estado al término de la concesión, o en caso de rescate de la concesión; obras que se ejecutan además con una inversión que es total y exclusivamente pública en su realidad, porque aunque el concesionario ejecuta las obras pagándolas de su caja, de su bolsillo, o tomando financiación de terceros que es lo más probable, las obras se repagan con dos medios fundamentales, si es que la ecuación económica financiera está bien diseñada: con una potestad de naturaleza imperativa, casi tributaria, que el Estado le traslada al concesionario, no en su fijación pero si en su beneficio, que es la percepción de las tasas al usuario cautivo porque no tiene aeropuerto de alternativa. Hay un usuario cautivo que es el pasajero de la línea aérea, y también la misma línea aérea, que pagan obligatoriamente unas determinadas tasas por los servicios aeroportuarios. Estos son fondos públicos porque provienen de una imposición pública.

A ello debe agregarse el beneficio que proviene de la explotación comercial no aeroportuaria, sobre la cual el Estado le otorga un derecho de exclusividad al concesionario. Es decir el derecho que el Estado le otorgó a que en un bien del dominio público, de propiedad estatal, un particular realice un explotación comercial en su propio beneficio.

Estos dos elementos repagan las obras, y los dos reconocen un origen público. El primero porque es una imposición; el segundo porque es una ventaja que el Estado concede.

Por supuesto que este emprendimiento no deja de tomar en cuenta el aspecto del riesgo comercial. El concesionario también realiza su actividad con riesgo comercial y si la ecuación económico-financiera no resulta equilibrada tendrá que poner plata de su propio bolsillo, pero no es lo que debería ocurrir.

Entonces es posible distinguir *el núcleo o corazón de la concesión*: el servicio básico que es aquella prestación del servicio estricto al usuario, distinguiéndolo de las activi-

dades libres del concesionario que pueden encontrarse además reguladas, que en definitiva distingue a las actividades aeronáuticas de las no aeronáuticas.

Adviértase que las primeras están previstas por el propio contrato en su Art. 16: "los precios de los servicios aeronáuticos bajo responsabilidad del futuro concesionario, serán los establecidos en el Anexo II del presente contrato", que establece eventual posibilidad de actualización hacia el futuro, a partir del quinto año de la concesión, pero siempre de acuerdo a cuadros tarifarios que aprueba el ORSNA. Estos no son valores regulados, sino directamente fijados por la autoridad.

Pero los servicios no aeronáuticos son libres para el concesionario, lo que obliga a ser cautelosos y prudentes con su regulación y control. Por ello, en el desarrollo del "marco regulatorio" quizás en el ORSNA cometimos un primer error, que luego corregimos rápidamente. En el reglamento general de uso y funcionamiento de aeropuertos que aprobó el ORSNA, luego de un procedimiento de consulta a todos los sujetos interesados, en su primera versión sancionada, con respecto a los servicios y actividades comerciales e industriales no aeronáuticas establecía la necesidad de la autorización previa por parte del ORSNA con respecto a todos los precios de venta de estos servicios y bienes. Entonces el concesionario tenía que tener la autorización del ORSNA con respecto a la fijación de precios de, por ejemplo, las siguientes actividades comerciales e industriales y servicios no aeronáuticos: hotelería, restaurant, bar, esparcimiento. Por lo tanto el ORSNA tenía que autorizar el valor de una gaseosa. Esta norma fue modificada en el sentido de que los precios son establecidos por el concesionario –o por el subexplotador del concreto establecimiento comercial– y simplemente notificados al ORSNA. Este realiza entonces una suerte de control a posteriori, cuidando que los precios sean simplemente razonables y competitivos. La norma no puede avanzar más allá de lo expuesto. Basta con que los precios sean razonables y competitivos y que permitan la posibilidad de existencia de competencia en el mismo establecimiento aeroportuario. Puede haber dos confiterías con distintos precios, con distinto nivel de calidad o con el mismo nivel de calidad, o incluso la existencia de competencia del establecimiento aeroportuario con otros centros cercanos, porque si el aeropuerto además de recibir al pasajero recibe al acompañante del pasajero, que después que el pasajero se embarca puede querer disfrutar de las instalaciones del aeropuerto y pasear y tomar una copa y comprar algo, o se trata de alguien que va a simplemente pasear en las instalaciones del aeropuerto habilitadas para ello; la razonabilidad del precio dependerá de la posible competencia, es decir, si el aeropuerto se encuentra en una zona aislada, o si se encuentra relativamente vecino a otros centros comerciales que le permitan y ofrezcan a

ese usuario no aeroportuario la posibilidad de opción de consumir en el aeropuerto o de hacerlo en aquel centro comercial vecino. Es decir si hay o no competencia, el precio será justo y razonable según la existencia o no de la competencia; A la vez el precio que el concesionario le cobra al explotador comercial debe ser justo razonable y no discriminatorio, porque el concesionario tiene la ventaja o privilegio otorgado por el Estado, pero

dicha ventaja no puede ser utilizada para imponer un criterio de discriminación comercial, discriminación ex profeso, porque a alguien no lo quiera tener allí, o discriminación que se produce como consecuencia simplemente de que le quiera cobrar más caro. Porque allí no puede aplicarse de manera absoluta la regla de mercado, ya que allí no hay competencia, además de estar utilizando un bien del dominio público para desarrollar esa actividad comercial.