

Título: [Mendoza y la regulación de Uber. Un buen camino para las innovaciones tecnológicas disruptivas](#)

Autor: [Cuervo, Rodrigo](#)

Publicado en: [LLGran Cuyo2020 \(mayo\)](#), 5

Cita: [TR LALEY AR/DOC/1328/2020](#)

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos del caso. La impugnación de la Ley de Movilidad.— III. Dos buenas y claras sentencias en todos sus aspectos.— III. a. Una cuestión de base: la regulación de las innovaciones disruptivas.— III. b. Las actividades de las plataformas y los servicios de taxi y remis son distintas y por tanto son reguladas de manera diferente.— III. c. La competencia beneficia al usuario.— III. d. No existe el derecho adquirido a la estabilidad de una regulación.— III. e. La calificación de "servicio público" es coyuntural y depende de un reconocimiento legislativo efectuado por razones de mérito y conveniencia.— III. f. Las clasificaciones o categorizaciones legislativas de una determinada actividad no tienen relevancia normativa propia.— III. g. Límites de los jueces al decidir sobre la inconstitucionalidad de una norma.— IV. Conclusión.

(\*)

## I. Introducción

El 14 de mayo de 2019, la Primera Cámara en lo Civil de la Primera Circunscripción de la Provincia de Mendoza confirmó la constitucionalidad de diversos artículos de la Ley de Movilidad Provincial Nro. 9086 (la "Ley") y su decreto reglamentario (el "Decreto"), los cuales habían sido cuestionados por la Asociación de Propietarios de Taxis de Mendoza y por sus miembros a título individual [\(1\)](#). La Cámara ratificó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia [\(2\)](#), que había fallado en igual sentido.

Estas decisiones tienen diversos aspectos que merecen ser positivamente destacados. En primer lugar, desde el punto de vista regulatorio, contribuyen a una mirada acorde a una realidad rápidamente cambiante, en la cual la regulación de las disrupciones tecnológicas -cada vez más frecuentes- debe tener en cuenta sus particularidades.

En segundo lugar, desde el punto de vista de la competencia, presentan una visión centrada en el consumidor como beneficiario final de la regulación estatal.

Las sentencias, además, armonizan e integran los derechos protegidos por la Constitución y los Tratados Internacionales, ordenando los mismos de manera sistémica y evitando un aparente conflicto.

Por último, aportan una mirada democrática del derecho constitucional y la revisión judicial. El juez no es legislador, sino que actúa como garantía ante la irrazonabilidad manifiesta.

## II. Los hechos del caso. La impugnación de la Ley de Movilidad

La Provincia de Mendoza sancionó la Ley de Movilidad 9.086 en julio de 2018. Esta ley estableció un marco general del transporte con el fin de garantizar "un sistema de movilidad sustentable permitiendo a sus usuarios acceder a un servicio de transporte orientado a una prestación armónica con el desarrollo humano, económico y demográfico de la Provincia" [\(3\)](#).

A los fines del presente análisis, la Ley regula de modo específico el servicio de transporte privado a través de plataformas digitales ofrecido por las empresas de redes de transporte en sus arts. 52 a 68, y lo distingue claramente de los servicios prestados por taxis y remises [\(4\)](#). Este tipo de transporte es definido como "el servicio que con base en el desarrollo de tecnologías de dispositivos móviles, utilizando el sistema de posicionamiento global y plataformas independientes, permite conectar a usuarios que lo demanden, punto a punto, con conductores que ofrecen dicho servicio mediante el uso de la misma aplicación, para celebrar un contrato en los términos del artículo 1280 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, según se trate de un servicio de transporte público o privado, respectivamente" [\(5\)](#).

Resumidamente, la Ley establece que el servicio de transporte privado a través de plataformas digitales es un servicio privado, en el que existe un contrato de transporte en los términos del Código Civil y Comercial de la Nación, y donde el precio es sugerido por la plataforma y aceptado por el usuario al contratar [\(6\)](#). Los vehículos deben tener ciertas características básicas [\(7\)](#) y no se le exige a los conductores un horario o una cantidad de horas mínimas que cumplir, aunque sí tienen un tope máximo.

La Asociación de Propietarios de Taxis de Mendoza (APROTAM), por un lado, y el presidente de APROTAM y otros asociados, por el otro, presentaron dos amparos en contra de la Ley y el Decreto, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de diversos artículos [\(8\)](#). La Ley fue cuestionada por los actores alegando (i) que la recategorización del servicio de taxi -que dejó de ser calificado como servicio público y pasó a ser un servicio de interés general- suponía un perjuicio a un derecho constitucionalmente tutelado y adquirido; (ii) que la incorporación de las plataformas afectaba ilegítimamente el derecho de

propiedad de los permisionarios que tenían una licencia; (iii) que la Ley facilitaba la flexibilización laboral en perjuicio de los trabajadores del transporte; (iv) que las plataformas generaban "competencia desleal"; y (v) que la Ley instauraba un régimen discriminatorio en perjuicio de los servicios de taxis y remises al regularlos de manera diferente con respecto al servicio brindado a través de plataformas. Los dos procesos fueron acumulados por identidad de objeto. Las acciones fueron rechazadas en primera instancia, lo que luego fue confirmado por la Cámara.

### III. Dos buenas y claras sentencias en todos sus aspectos

Los amparos fueron rechazados por razones procedimentales y sustantivas. No es el fin de este artículo entrar en los aspectos formales, aunque conviene aclarar que ambos tribunales señalaron que la vía del amparo no era idónea. Veremos entonces los aspectos sustantivos.

#### III. a. Una cuestión de base: la regulación de las innovaciones disruptivas

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos ("OCDE"), los servicios de intercambio basados en Internet -que irrumpen en los mercados convencionales estancados (ya que se centran en consumidores desatendidos de mercados regulados)- pueden brindar importantes beneficios a la competencia y a los consumidores, en términos de servicios nuevos y mejores, y pueden estimular la innovación y la competencia de precios de los proveedores establecidos [\(9\)](#).

Ahora bien, la respuesta de los reguladores frente a la irrupción de estas nuevas formas de mercado puede variar. Como principio general, no sería legítimo que el Estado prohíba la innovación. Ello implicaría privar a los consumidores de un servicio que satisface de un modo diferente, e incluso mejor, sus necesidades [\(10\)](#). Se ha señalado entonces que los caminos posibles ante la innovación serían tres: [\(1\)](#) no regularla específicamente con una regulación sectorial y permitir su desarrollo en la medida en que encuadre en las leyes generales que regula la vida civil y el comercio; [\(2\)](#) dictar regulaciones específicas; o [\(3\)](#) aplicar la regulación preexistente de servicios similares [\(11\)](#).

La primera opción sería no buscar una regulación sectorial específica, sino permitir que la actividad innovadora funcione bajo el principio de reserva de ley (por el que lo que no está prohibido, está permitido), y de los derechos a la libertad de industria, trabajo [\(12\)](#); así como bajo normas de fondo, como el derecho de los contratos, el régimen de responsabilidad, las normas de defensa del consumidor [\(13\)](#).

La segunda posibilidad consiste en que las autoridades generen una regulación sectorial específica que entienda las notas propias del modelo disruptivo, como hizo la Provincia de Mendoza [\(14\)](#).

La tercera opción es que se aplique la regulación creada para el servicio dado por el operador preexistente. En este caso, lamentablemente, la regulación establecería severas limitaciones a la innovación [\(15\)](#). Por ejemplo, si se aplicaran a Netflix las regulaciones de una empresa de cable (Supercanal, por ejemplo), o a una empresa de redes de transporte las regulaciones del taxi, se estarían ignorando diferencias sustanciales entre las actividades, reconocidas expresamente en los fallos analizados.

Sobre las diversas respuestas de los reguladores y las formas en que las autoridades deberían intervenir frente a la aparición de innovaciones disruptivas, la OCDE también ha realizado recomendaciones [\(16\)](#). En el Foro Latinoamericano del Caribe de Competencia e Innovación disruptiva en América Latina y el Caribe [\(17\)](#), expertos explicaron que los reguladores deben evaluar cuidadosamente si el marco regulatorio existente puede adaptarse para permitir el desarrollo de un nuevo modelo comercial y que, en caso de que ello limite la innovación, los reguladores deben reconocer la necesidad de un marco regulatorio específico que sea flexible para permitir nuevas formas de competencia. También señalaron que los sistemas autorreguladores de nuevos modelos comerciales pueden funcionar como sustitutos de la regulación pública.

El mejor modelo según la OCDE es, entonces, que los innovadores tecnológicos sean regulados de acuerdo a lo que son, y no de acuerdo a lo que el regulador imagina que son. Si el regulador asimilase Netflix con la televisión por cable o a Skype con la telefonía tradicional [\(18\)](#) estaría generando una política regulatoria contraria a la innovación.

En este caso, la Ley genera una regulación concreta para el fenómeno disruptivo, buscando contemplar ciertas características propias de la actividad, sin pretender igualarlas con otras actividades que son similares, pero no iguales.

Las sentencias que aquí se comentan dejaron en claro que la regulación específica que realiza la Ley, de forma adaptada a las particularidades del servicio brindado a través de plataformas de intermediación, no afecta el principio de igualdad, ni constituye competencia desleal. Para los jueces intervinientes se trata de una cuestión "fruto de decisiones políticas, concretadas por intermedio de Poder Legislativo", en las cuales el Poder Judicial no debe intervenir, salvo cuando "la repugnancia con la cláusula constitucional se presente de manera

manifiesta" y la incompatibilidad sea irreconciliable.

III. b. Las actividades de las plataformas y los servicios de taxi y remis son distintas y por tanto son reguladas de manera diferente

Los fallos explicitan que el servicio de taxis y remises y ERTs son servicios distintos, por lo tanto, no puede existir una violación al principio de igualdad. El Tribunal entiende que la igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional supone una "igualdad entre iguales", algo que no se advierte en el caso concreto, pues "como bien dice la norma, los taxis y remis son un transporte de interés general, más allá de que no sea considerado público (...), por ello es que por su buen y regular funcionamiento debe velar el Estado, no así respecto de los servicios de transporte de personas a través de plataforma electrónica que son calificados de 'transporte privado', respecto de los cuales sólo debe tratar de que cumplan los recaudos para poder prestar el servicio".

Esta perspectiva es una premisa aceptada del derecho constitucional argentino. Tal como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la garantía de igualdad no impide que el legislador "contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable" (19). En todo caso, sería violatorio del principio de igualdad brindar igual trato a quienes se encuentran en condiciones diferentes.

La normativa en cuestión regula acertadamente de manera similar a ambos sistemas allí donde son similares, mientras que los reglamenta de forma diferente allí donde son diferentes. Por ejemplo, ambos servicios tienen medidas de seguridad, de registración y de contralor; tributan de acuerdo a la condición que en cada caso resulte aplicable; remises y permisionarios de ERTs no pueden hacer oferta de sus servicios en la vía pública, a diferencia de los taxis. En cuanto a las diferencias, las ERTs no prestan un servicio continuo y obligatorio, sino ajustado a la demanda, lo que determina que no se les garantiza una rentabilidad razonable bajo un régimen tarifario, pero se les autoriza a determinar el precio del servicio; y su inscripción tiene mayor precariedad que las licencias de taxis y remises.

Así, la sentencia de primera instancia aclaró que de acuerdo al art. 4 de la Ley, el taxi ofrece un "servicio de transporte de pasajeros de interés general que se realiza sin sujeción a itinerarios predeterminados, haciendo oferta pública [...] y percibiendo tarifas fijadas previamente por la Autoridad de Aplicación y sin tener en cuenta la cantidad de pasajeros". Ésta es la razón por la cual el Estado debe velar "por su buen y regular funcionamiento" (20), debiendo entregar la habilitación correspondiente siempre que se cumpla con requisitos determinados (21).

En cambio, las ERTs funcionan de manera diversa. El servicio se basa en el sistema de posicionamiento global, conectando a usuarios y conductores (22). En este sentido, tal como sostuvo la sentencia de primera instancia, el art. 57 "prohíbe expresamente la toma de viajes en las modalidades actualmente previstas para el servicio de taxis y remises" resaltando así que los servicios no son iguales, por lo que sería erróneo exigirles los mismos recaudos.

La posición sostenida por estos tribunales concuerda con el fallo de la Cámara de Apelaciones del 7º Circuito de los Estados Unidos en el caso de "Illinois Transportation Trade Association, et al., c. City of Chicago And Dan Burgess, et al." del año 2016, que trataba un conflicto similar.

En este precedente, los jueces justificaron el especial control que debe ejercer el Estado sobre los taxis destacando que, a diferencia de las ERT, se caracterizan por "[...]levantar a pasajeros que les hagan la seña en la calle. Raramente el pasajero tendrá una relación previa con el conductor, y frecuentemente no la tendrá tampoco con la compañía de taxis; y por ende tiene sentido para la Ciudad intentar proteger a los pasajeros al monitorear los conductores de taxis para asegurar que sean competentes e imponiendo un sistema uniforme de tarifas basado en el tiempo o la distancia o ambos. Así como el servicio de taxi está regulado por la Ciudad de Chicago, también está regulado el servicio de los ERTs, pero de forma diferente porque el servicio es diferente del servicio de taxi. La principal diferencia está en que los consumidores, en vez de poder parar un auto de Uber en la calle, deben registrarse en Uber antes de poder solicitarlo, y la registración crea una relación contractual especificando cuestiones tales como tarifas, calificaciones de choferes, seguros, y cualquier necesidad especial del potencial consumidor debido a una discapacidad. A diferencia del servicio de taxis, Uber asume responsabilidad primaria en el monitoreo de potenciales choferes y en la contratación de sólo aquellos que considere calificados, y los pasajeros reciben más información de antemano acerca de sus viajes prospectivos —información que incluye no sólo el nombre del conductor sino también fotos de él (o ella) y del auto—. Asimismo, los ERTs usan extensivamente a choferes de medio tiempo, y se cree que estos choferes de medio tiempo manejan sus autos menos millas en promedio que los choferes de taxi, quienes están constantemente patrullando las calles en espera de ser parados; y las menores millas recorridas implican menor probabilidad de

que un vehículo se dañe de modo tal que afecte el confort de un viaje en él o que incluso incremente el riesgo de accidente o rotura" (23).

Por otro lado, el Estado tampoco puede considerar a los servicios como "iguales" ya que éstos también se diferencian en materia de control de calidad y seguridad: en Uber "existe un control continuo mediante un sistema de calificación inmediato y sencillo, que se realiza con solo tocar la pantalla del celular. El pasajero, apenas termina el viaje, puede calificar a su conductor con un puntaje del 1 al 5, que se promedia automáticamente con el puntaje que han puesto los demás pasajeros, pudiendo detallar (o no) el motivo de la calificación negativa [...]. Esto genera un fuerte incentivo al conductor para prestar un servicio de calidad, pues conoce en tiempo real qué piensa la clientela de sus servicios, para poder mejorar lo que sea necesario a fin de poder seguir utilizando la aplicación para conducir" (24).

En cambio, en un taxi "quien no está conforme con el servicio prestado, debe identificarse y presentar una denuncia escrita ante la autoridad de contralor, la que luego de un largo procedimiento administrativo y para el caso de que se tuviera por probada la falta (pues el conductor del taxi suele estar amparado por las garantías de defensa en el procedimiento administrativo), dictará una sanción administrativa. Los incentivos de los pasajeros para realizar este tipo de denuncias son extremadamente bajos. Adicionalmente, los futuros pasajeros desconocen cuántas denuncias (y de qué gravedad) ha tenido cada taxi al momento de contratarlos, pues salvo que un conductor reciba la caducidad de su licencia (supuesto excepcional), puede seguir conduciendo con múltiples denuncias en trámite" (25).

Asimismo, en un caso el cual en el que se declaró la inconstitucionalidad de una ley municipal de San Pablo que prohibía el uso de servicios como Uber, el Mtro. Barroso, del Supremo Tribunal Federal ("STF") de Brasil, señaló otro aspecto de distinción entre las ERTs y los taxis, afirmando que en las primeras se "[...]proporciona al usuario: (i) información sobre el perfil del conductor; (ii) una evaluación de la seguridad y confort del vehículo; (iii) el trayecto del viaje; (iv) un estimado del precio. Este conjunto garantiza al consumidor la efectiva capacidad de elección, previamente afectada por la asimetría de información" (26).

Además, también en este fallo el Mtro. Fux explicó que "[...]las aplicaciones móviles de transporte individual de pasajeros consiguen no sólo suplir lo que las previsiones de la regulación tradicional pretendieron garantizar a los consumidores, sino que además: (i) permiten al usuario ir siguiendo el trayecto desde la aplicación para impedir que el conductor tome caminos más largos en forma innecesaria; (ii) impiden la adulteración de los taxímetros; (iii) permiten la calificación de los usuarios, favoreciendo a los conductores; (iv) comparten a los consumidores las calificaciones realizadas por otros usuarios; (v) se brinda un seguro que cubre a los pasajeros; (vi) permiten compartir viajes entre distintos usuarios, disminuyendo los costos del servicio y generando una mayor eficiencia del sistema de transporte como un todo" (27), lo cual torna innecesario que el Estado realice ese mismo control.

Como puede verse, distintos tribunales han diferenciado estos servicios. Es en esta línea que el Tribunal resolvió la constitucionalidad de los artículos impugnados de la Ley y el Decreto, sentando un importante precedente para la Provincia y el resto del país con respecto a la regulación de la innovación tecnológica.

### III. c. La competencia beneficia al usuario

Otra cara de sumo interés es la concepción positiva de la competencia que tienen las sentencias, en concordancia con los preceptos constitucionales que obligan a las autoridades políticas a promoverla. Tal como explica la sentencia de primera instancia, la competencia "ayuda a mejorar el servicio para aquellas personas que consumen el mismo, toda vez que cada uno de los prestatarios debe tratar de mejorar aquello que ofrecen para poder así 'ser elegidos' por los clientes/consumidores. Siempre ha sido así. De lo contrario, se viviría siempre en un monopolio respecto de lo cual los prestadores de servicio se 'relajan' y puede no interesarles mejorar el servicio que prestan en tanto son los 'únicos' en el mercado que lo ofrecen" (28).

A lo expresado por el Tribunal, puede agregarse que la innovación es fundamental para mejorar la competencia y, así, la calidad de vida de los consumidores (29). El paso del correo postal al fax, del fax al correo electrónico, de la telefonía fija a la telefonía móvil, de las carretas y carruajes al automóvil, de las reglas de cálculo a las computadoras: son las reglas de juego de la sociedad. Lo mismo ocurrirá con paso de los servicios actuales a los servicios del futuro (30). A través de la innovación y en un ámbito competitivo, los oferentes de bienes y servicios buscan mejorar sus condiciones, aumentando la calidad o disminuyendo costos, compitiendo entre ellos a favor del consumidor, para obtener beneficios (31).

En sentido similar se manifestó el Mtro. Barroso en el ya citado fallo de Brasil, quien observó que "[...] antes de la aparición de estas aplicaciones móviles -Uber, Cabify y 99-, el servicio de taxi gozaba de un monopolio de facto en el mercado del transporte individual de pasajeros. Esta circunstancia generó persistentes fallas en el mercado por falta de competencia. Los monopolios generalmente, en cualquier sector, producen

ineficiencia y, con frecuencia, corrupción. Esto se refleja así en la fijación de precios altos, mala calidad de los vehículos, e incluso a veces mala actitud de los conductores[...]. Con la llegada de la competencia derivada de la aparición de conductores registrados en aplicaciones móviles, la realidad es que el servicio de taxis 'sufrió' una serie de cambios positivos[...]. Por lo tanto, la convivencia de dos regímenes de regulaciones distintas en el mercado de transporte individual de pasajeros tuvo un impacto positivo sobre la calidad de los servicios, incluyendo los servicios del mercado preexistente" (32).

En este mismo sentido el Mtro. Lewandowski agregó que "[...] la competencia entre los conductores de taxi y los de servicios de alquiler de vehículos particulares resulta beneficiosa para la sociedad, pues permite que la población pueda escoger qué servicio de transporte individual de pasajeros utilizará [...]" (33).

Uno de los argumentos sostenidos por la APROTAM en el amparo (34) se sustenta en la previsión de que sus servicios se verían económicamente afectados por la inserción de los servicios de transporte privado ofrecidos por las ERTs. De ser así, habría que preguntarse: ¿existe un derecho al mantenimiento de un monopolio? ¿Por qué sólo quien ofrece un servicio de transporte privado a través de plataformas electrónicas podría afectar su negocio? ¿Acaso sus compañeros taxistas o incluso los remises no estarían compitiendo contra ellos y, en consecuencia, también perjudicándolos? Y, de ser así: ¿por qué no han iniciado ninguna acción legal en su contra?

El Juzgado No. 4 fue claro sobre este punto en su sentencia, al señalar que "el hecho de que existan más prestadores en la sociedad respecto del servicio de transporte de pasajeros no es obstáculo para considerar que se vayan a ver mermados sus derechos económicos, puesto que, de ser así, incluso deberían dejar de otorgar permisos incluso para nuevos taxis y remis que quieren ingresar al mercado. No obstante lo cual, no hay queja al respecto" (35). El mencionado fallo de la Cámara de Chicago expresa sobre el punto:

"'Propiedad' no incluye un derecho a estar libre de competencia. Una licencia para operar una cafetería no autoriza al licenciatario a prevenir la apertura de una casa de té. Cuando la propiedad consiste en una licencia para operar en un mercado de una forma determinada, no lleva consigo el derecho a estar libre de competencia en ese mercado. Una patente otorga un derecho exclusivo para producir y vender el producto patentado, pero ningún derecho para prevenir que un competidor invente un producto sustituto y que no infrinja la patente pero que erosione las ganancias del titular de la patente. De hecho, cuando surgen las nuevas tecnologías o los nuevos métodos de negocio, un resultado común de ello es la declinación o incluso la desaparición de las tecnologías y métodos anteriores. Si estos últimos tuviesen un derecho constitucional para prevenir la entrada de los nuevos en sus mercados, el progreso económico podría detenerse. En lugar de taxis podríamos tener caballos y carruajes; en vez de teléfonos, el telégrafo; en vez de las computadoras, reglas de cálculo. Obsolescencia sería equivalente a privilegio" (36).

Los tribunales de la provincia que sentenciaron en el caso dieron un mensaje contundente. La innovación debe protegerse, la competencia debe favorecerse, y los tribunales no deben ser arbitradores en favor del status quo, sobre todo cuando es la propia Constitución la que marca como imperativo promover la competencia.

#### III. d. No existe el derecho adquirido a la estabilidad de una regulación

Un argumento de los actores era que la Ley perjudicaba su situación generando un daño antijurídico. La sentencia explica que la Ley no modifica una situación consolidada de los taxistas demandantes, sino que impone nuevos requisitos generales para la explotación de taxis y remises, que deben ser cumplidas a futuro. Así, las sentencias mantienen la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "el titular de una licencia no tiene un 'derecho adquirido' al mantenimiento de dicha titularidad frente a normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, modifiquen el régimen existente al tiempo de su otorgamiento. Esta interpretación coincide con la ya recordada doctrina de este Tribunal de que 'nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes y reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos'" (37).

Es un principio unánimemente aceptado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que "nadie tiene derecho a la inalterabilidad del régimen jurídico" o, dicho de otro modo, "nadie tiene derecho al mantenimiento de las leyes".

¿Qué se quiere decir con esto? Que nadie tiene un derecho adquirido a que no se modifiquen, en lo sucesivo, las reglas que aplican a su actividad. El Estado cuenta con la facultad para modificar el marco normativo siguiendo los canales previstos en la Constitución y en las leyes.

La Procuración General del Tesoro se ha pronunciado en un sentido idéntico: "El derecho en expectativa, en contraposición a la noción de derecho adquirido, no es un derecho, sino una esperanza o posibilidad de que pase a serlo, cuando se reúnan los presupuestos legales correspondientes. Nadie tiene en principio un derecho

adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones; la modificación de normas por otras posteriores, no afecta derecho alguno emanado de la Constitución Nacional" (38).

III. e. La calificación de "servicio público" es coyuntural y depende de un reconocimiento legislativo efectuado por razones de mérito y conveniencia

El Estado puede intervenir en la actividad económica dentro del marco constitucional. Son diversas las técnicas que se utilizan para esta finalidad (39). El "servicio público" es aquella técnica en la cual se sustrae del mercado una actividad para satisfacer una necesidad colectiva (40).

En este sentido, la jurisprudencia es clara al señalar que no existe una actividad que naturalmente sea un servicio público, sino que es la voluntad legislativa a través de una norma la que da tal carácter (41). En igual sentido, destacada doctrina entiende que es el legislador, en su potestad reglamentaria de derechos, el que define cuándo se está frente a un servicio público (42).

Balbín sostiene que la Constitución le concede al legislador el derecho de decir qué es servicio público. Según el autor, el servicio público es tal cuando la ley lo dice (43).

Marienhoff hablaba de evolución o del carácter coyuntural de la noción de servicio público. Sostiene que casi todos los elementos que integran la noción de servicio se encuentran en revisión por parte de la doctrina pues "estamos frente a una noción jurídica que se encuentra en permanente transformación debido a razones tecnológicas que impactan directamente sobre la sociedad y generan en ella la necesidad de que distintas prestaciones derivadas de la vida común, sean sentidas como indispensables para esa vida en comunidad" (44).

Es decir, sin perjuicio de la categorización que el Estado coyunturalmente elija para asegurar el interés público, tal determinación suele ser temporal y responder a cuestiones propias de un momento determinado en una comunidad concreta. Nada impide que una actividad pueda ser oportunamente recategorizada en caso de que el legislador así lo considere oportuno (45).

Existen numerosos ejemplos de esta situación. Por ejemplo, en Mendoza se realizaron modificaciones al marco regulatorio aplicable al servicio público de energía eléctrica (Ley N° 6497), que originariamente contemplaba que dos de sus fases principales serían de interés general (generación y transporte), mientras que la tercera sería calificada como servicio público (distribución). Sin embargo, esta calificación fue alterada por la ley 7543 que atribuyó la condición de servicio público tanto al transporte, a la distribución, como a cierta parte de la generación (46).

En relación con el transporte de pasajeros, la más destacada doctrina nacional ha explicado con relación a las plataformas de movilidad colaborativa:

"En un país como el nuestro, acostumbrado al agobio de la intervención estatal en las actividades privadas, la tendencia instintiva es asimilar este tipo de transporte a un servicio público que no podría llevarse a cabo sin contar previamente con un permiso. Así, la visión más simplista es identificar la actividad con el servicio de taxis o remises [...].

Puedo entender el error conceptual en el cual incurren estas afirmaciones, pues históricamente el transporte de pasajeros, para que pueda ser rentable, ha acudido a la regulación estatal y a la exigencia de que previamente debe obtenerse una licencia. Es por tal motivo que desde hace décadas el antiguo contrato de transporte individual de pasajeros cayó en el ostracismo por razones prácticas más que jurídicas.

Debe admitirse, entonces, que el transporte de pasajeros no es ontológicamente un servicio público, ni existe ninguna exigencia, fundada en principio constitucional alguno, que impida ejercerlo libre y particularmente, aunque se lo lleve a cabo en forma habitual y onerosa. Por el contrario, sería inconstitucional que el transporte de pasajeros sólo pudiera llevarse a cabo si se contara para ello con una habilitación estatal, pues de esta forma quedaría asimilado a una suerte de actividad prohibida, como la portación de armas de cierto calibre, o la caza de ciertas especies, que solamente pueden llevarse a cabo si se cuenta con una autorización estatal.

Si tal exigencia se impusiera respecto del transporte particular de pasajeros, similar requisito podría aplicarse también a quienes celebran una compraventa, constituyen una sociedad u otorgan un mandato. Y no caben dudas de que tal imposición sería inconstitucional [...]" (47).

La ley 9086 de Movilidad de la Provincia de Mendoza conserva la calificación de "servicio público" sólo para el servicio regular de colectivos, único destinado a satisfacer las necesidades primarias y colectivas de transporte regular, continuo, universal, eficiente y eficaz, que el Estado se obliga a satisfacer. Como consecuencia de su carácter de servicio público, se mantuvo el régimen de concesiones para la prestación delegada.

Los demás servicios fueron recategorizados como "Servicios de Interés General" (taxis y remises) y

"Servicios Habilitados". El legislador entendió que estas actividades son de carácter privado, pero con impacto en el interés público. Por ello, si bien son actividades no titularizadas ni proveídas por el Estado, sí son reguladas a fin de garantizar el correcto funcionamiento del mercado y la satisfacción de los intereses generales (48). Existen numerosos ejemplos de actividades de interés general que merecen regulación estatal sin que por ello corresponda entenderlas como un servicio público: la actividad bancaria, por ejemplo, es una actividad fuertemente regulada, pero que no constituye un "servicio público".

III. f. Las clasificaciones o categorizaciones legislativas de una determinada actividad no tienen relevancia normativa propia

La categorización que pueda hacer una determinada ley en relación con si una actividad es "servicio público" o "actividad privada de interés público", forma parte de la discrecionalidad legislativa para regular una actividad económica en relación al interés público (49).

En efecto, del estudio de las diversas normas nacionales, provinciales y municipales que regulan distintas actividades con impacto en el interés general, resulta claro que no existe un criterio que permita asociar a una determinada categoría jurídica del servicio, un tipo determinado de regulación.

A la hora de evaluar determinada configuración jurídica de una actividad, consideremos principalmente la regulación concreta que establezca la ley, independientemente de sus calificaciones. La "determinación de aplicar un régimen de derecho público a cierta actividad, estatal o no (...) viene dada por el orden jurídico, en la medida en que efectivamente someta o no, en mayor o menor grado, alguna actividad humana al derecho público" (50).

La jurisprudencia actual de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza sigue esta idea: la afectación de una actividad como servicio público es una cuestión de voluntad legal (51). No puede haber agravio entonces por este aspecto nominal.

Consecuentemente, queda a criterio del legislador la calificación de la actividad como servicio público, actividad de interés general, o como ninguna de ellas, y no hay agravio alguno por modificar la situación.

III. g. Límites de los jueces al decidir sobre la inconstitucionalidad de una norma

Por último, ambos fallos coinciden en que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional, la ultima ratio del orden jurídico, y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia. Por ello, su procedencia debe ser evaluada de manera restrictiva. En tal sentido, se requiere que: 1) la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta; 2) el actor lo acredite rigurosamente, evitando la formulación de planteos meramente teóricos o abstractos. A la par, la declaración debe conllevar a la inaplicabilidad de esa ley en el caso concreto, más nunca invalidar la aplicación de la norma en general.

En el caso bajo análisis, los amparistas no lograron "acreditar en la causa el perjuicio que le ocasiona la aplicación de la norma impugnada, pues la invocación meramente conjetural resulta inhábil para ello, ya que debió demostrar claramente de qué manera se contraría a la Constitución Provincial y en su caso, cómo es que ello le causó un gravamen y no, como lo hizo, al limitarse a mencionar que dicha norma sólo viola determinados artículos de nuestra Carta Magna, los cuales transcribe en su presentación sin ser ello suficiente para hacer lugar al pedido de inconstitucionalidad efectuado".

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha mantenido de forma constante esta postura. Así, ha sido clara al sostener que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición "es un acto de gravedad institucional, por lo que el juzgador debe acudir a él como 'ultima ratio', procurando la interpretación que más favorece la validez y vigencia de norma sometida a examen constitucional" (52), y que esta declaración "no debe interferir con las decisiones y valoraciones políticas adoptadas para las transformaciones de las instituciones jurídicas, es decir que no puede sustituir la voluntad del legislador, ni en la voluntad de los cambios legislativos introducidos" (53). En este sentido, ha dicho que la acción de inconstitucionalidad no es apta cuando se ataca la oportunidad o conveniencia de una norma, que es una cuestión ajena al control judicial, limitado a la constitucionalidad y legalidad de los otros poderes. Señala que "de lo contrario, 'el llamado contrapoder ejercido por el Poder Judicial vulneraría la regla democrática que ha puesto en mano del Poder Ejecutivo y Legislativo la determinación de lo conveniente'" (54).

La misión de la justicia implica también saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que constituyen la competencia del poder legislativo. Esto es algo que las sentencias han expresado de manera contundente.

IV. Conclusión

Las sentencias analizadas marcan un importante precedente en la Provincia y en Argentina. Los tribunales han sabido mantenerse dentro del rol que la Constitución les impone, respetando los resultados del proceso democrático. Además, estas sentencias muestran una visión inteligente frente al desarrollo tecnológico. La sociedad crece en conocimiento de forma exponencial (55). Estos descubrimientos técnicos y científicos se producen en diversos campos como las comunicaciones, los medios de transporte, la salud, etc. La manera de conciliar este desarrollo con el bien común requiere pragmatismo, creatividad, apego al fomento de la competencia y a tener al consumidor como centro y fin de la regulación. Las sentencias comentadas así lo hacen.

(A) Abogado, dedicado al asesoramiento jurídico de empresas. Egresado con distinciones de la Facultad de Derecho de la UNCuyo, con Maestría en Derecho Empresario por la Universidad de Mendoza, y formación de posgrado en Universidad Austral y Universidad de San Andrés. Profesor de Derecho Societario en la Universidad de Congreso y UNCuyo.

(1) Primera Cámara en lo Civil, en Expte. N° 401.545; "Asociación de Propietarios de Taxi de Mendoza - APROTAM c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Amparo. 13-04464442-2 (012054-401545)" acumulada con "Sáez, Fernando c. Gobierno de la Provincia de Mendoza, p/ Amparo, expediente No 400.899"; 28/10/2019. Disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7287769362>

(2) 4to Juzgado de Gestión Asociada de la Primera Circunscripción Judicial Nro. 4; "Asociación de Propietarios de Taxi de Mendoza - APROTAM c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Amparo. 13-04464442-2 (012054-401545)". Sentencia del 14 de mayo de 2019. Disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=6784249477>

(3) Art. 4 de la Ley de Movilidad Provincial N° 9.086.

(4) El art. 7 de la Ley clasifica al transporte de pasajeros en: "a) Transporte público de pasajeros, transporte colectivo de pasajeros, servicio regular; b) Transporte de pasajeros de interés general, servicios de taxi y remis; c) Transporte de pasajeros habilitados: c.1) Transporte privado por plataformas electrónicas".

(5) Art. 52 de Ley de Movilidad Provincial N° 9.086.

(6) Art. 57 de Ley de Movilidad Provincial N° 9.086.

(7) Art. 62 de Ley de Movilidad Provincial N° 9.086.

(8) Los arts. 7, 34, 35, 36, 37, 38 inciso I), 39, 40, 42 y 43, 52, 53, 57, 59 y 89 de Ley de Movilidad Provincial N° 9.086.

(9) Foro Latinoamericano del Caribe de Competencia, Innovación disruptiva en América Latina y el Caribe: "Retos en la aplicación de la ley de competencia y oportunidades para la abogacía". Documento de base elaborado por la Secretaría de la OCDE -- 12-13 de abril 2016, Ciudad de México, México. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2016\)4&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2016)4&docLanguage=Es)

(10) Cfr. RODRÍGUEZ, E. G., El rol de la regulación ante la innovación tecnológica, 2018, ps. 5 y 6, [https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/supl.\\_legaltech\\_prepanta.pdf](https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/supl._legaltech_prepanta.pdf)

(11) Idem.

(12) Idem, p. 7. En el citado artículo se indica que la Superintendencia General del Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil, ha expresado que "la prohibición de las ERTs violaría los principios constitucionales de la libre iniciativa, de la libertad en el ejercicio de cualquier trabajo, de la libre competencia y del libre ejercicio de cualquier actividad económica" (Superintendencia General del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), Procedimientos Preparatorios N° 08700.004530/2015-36 y N° 08700.006964/2015-71, 09/09/2016).

(13) Idem.

(14) Idem.

(15) Cfr. Foro Latinoamericano del Caribe, Ob. cit.

(16) Idem.

(17) Idem.

(18) E. G. Rodríguez, ob. cit.

(19) CSJN, Linares, Clara María Isabel c/ Descotte, Carlos Alberto y otros, Fallos 315:839. Cita Online: AR/JUR/1706/1992.

(20) Idem.

(21) Que consisten en: (i) antigüedad del vehículo no mayor a ocho (8) o diez (10) años dependiendo de la tecnología que utilice; (ii) calefacción, aire acondicionado, levanta cristales eléctricos en todas sus puertas, perfecto estado de mantenimiento; (iii) cuatro (4) puertas, y (iv) un extinguidor de incendio.

(22) El Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 1280 establece que existe un "contrato de transporte" cuando "una parte llamada transportista [...] se obliga a trasladar a personas [...] de un lugar a otro, y la otra, llamada pasajero [...] se obliga a pagar un precio [...]".

(23) E. G. Rodríguez, Ob. cit. El autor hace referencia a: C. Apelaciones del 7º Circuito de los Estados Unidos, "Illinois Transportation Trade Association, et al., c. City of Chicago And Dan Burgess, et al.", publicada en español en LL US/JUR/3/2016.

(24) Idem.

(25) Idem.

(26) Supremo Tribunal Federal de Brasil, "Recurso Extraordinario N° 1.054.110/SP", 30/08/2019. Sentencia completa disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312788032&tipoApp=.pdf>. La traducción es propia.

(27) Idem.

(28) Juzgado No. 4 de Gestión Asociada de la Primera Circunscripción de Mendoza; "Asociación de propietarios de taxi de Mendoza (A.PRO.TA.M) c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza P/ Acción de Amparo", Expte. No. 54.896/401.545. Cita Online AR/JUR/12570/2019

(29) La Federal Trade Commission expresa que "Las aplicaciones de software que facilitan el uso de automóviles personales para proporcionar servicios de transporte al público pueden ofrecer a los consumidores opciones de transporte expandidas, a precios potencialmente más bajos, satisfaciendo mejor la demanda del consumidor y potencialmente incrementando la competencia y promoviendo un uso económicamente más eficiente de vehículos personales" (U.S. Federal Trade Commission, Respuesta a propuesta de Ordenanza O2014-1367, 15/04/14).

(30) Cfr. RODRÍGUEZ, E. G. [...]

(31) Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago, MAQUEDA FOURCADE, Santiago; "Tratado de la regulación para el abastecimiento. Estudio constitucional sobre los controles de precios y la producción"; Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2015, ps. 72-73.

(32) Supremo Tribunal Federal de Brasil, "Recurso extraordinario N° 1.054.110/SP", 30/08/2019. La traducción es propia.

(33) Idem.

(34) Juzgado No. 4 de Gestión Asociada de la Primera Circunscripción de Mendoza; "Asociación de propietarios de taxi de Mendoza (A.PRO.TA.M) C/ Gobierno de la Provincia de Mendoza P/ Acción de Amparo", Expte. No. 54.896/401.545; 14/05/2019, Disponible en: Cita Online: AR/JUR/12570/2019

(35) Idem.

(36) C. Apelaciones del 7º Circuito de los Estados Unidos, "Illinois Transportation Trade Association, et al., c. City of Chicago And Dan Burgess, et al.", publicada en español. Cita Online: US/JUR/3/2016.

(37) CSJN, Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/acción meramente declarativa, Fallos 336:1774.

(38) Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), Dictamen No. 18 del 12/01/2005, Expediente: 63516-03-17/03.

(39) DANOS, Jorge; "La Regulación Económica en Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano"; Instituto Nacional de Administración Pública, Editorial Comares, Granada, España, 2015, p. 614.

(40) PÉREZ HUALDE, Alejandro; "Servicios Públicos, Régimen, Regulación y Organismos de Control", en Servicios Públicos y Organismos de Control; Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p.6.

(41) Suprema Corte de la Provincia de Mendoza - Sala N° 1; "Unión Vecinal Villa las Carditas en J° 250815/50833 Unión Vecinal Villa las Carditas c/ Prov. de Mendoza p/ Acc. de Amparo p/ Rec. Ext. de Inconstitucionalidad - Casación", Expte. No. 13021236300; 12/02/2016. Cita Online: AR/JUR/2891/2016. En general, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza divide los grados de intervención en tres: 1. Intervención mínima (libertad de mercado): el objetivo es el aseguramiento de las bases necesarias para garantizar la libertad de mercado: aquel donde el objetivo es el cumplimiento del art. 42 de la CN, de defender los mercados contra toda distorsión (tales las leyes de defensa de la competencia, de protección de consumidor, de lealtad comercial, etc.). 2. Actividades de interés público: se trata de actividades privadas sobre las que existe un relevante interés público y cuya regulación tiene por finalidad garantizar un control riguroso sobre el cumplimiento de sus fines económicos, políticos y sociales. Así ocurre por ejemplo con la necesidad de coordinar la actividad bancaria o la de seguros. 3. Servicios públicos: el objetivo de categorizar una actividad bajo este título es sustraer a determinado sector del mercado de sus reglas de libertad esencial para satisfacer necesidades del conjunto social por alguna razón de tipo cultural y coyuntural. En este marco, el Estado es el protagonista de la imposición del régimen público que sustrae una determinada actividad del ámbito privado y la libertad del mercado, para tomar su titularidad y someterlo a sus reglas de imposición. No obstante, esta actividad pública admite grados de intervención que están sujetos a lo que prudencialmente estime el legislador para asegurar el resultado político social perseguido.

(42) Cfr. FERNÁNDEZ, Bettina, "Breve reflexión sobre el Servicio público"; 25/02/2014.

- (43) BALBÍN, Carlos F., "Curso de derecho administrativo", t. I, La Ley, 2008.
- (44) MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de derecho administrativo", t. II, Bs. As, 1976, p. 72.
- (45) Comadira, Julio Rodolfo, "El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público", en AA.VV., Servicio público, policía y fomento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 2004, p. 17 y ss.
- (46) La modificación apuntó especialmente a la parte de la actividad de generación no vinculada al mercado Eléctrico Mayorista (art.3º de la ley 7543)
- (47) BIANCHI, A., "Uber: un clásico jurídico, en medio de una revolución tecnológica", publicado en El Cronista el 13/04/16, disponible en <https://www.cronista.com/columnistas/UBER-un-clasico-juridico-en-medio-de-una-revolucion-tecnologica-20160413-0044.html>.
- (48) Cfr. Mensaje de elevación del proyecto de ley, disponible en <https://www.legislaturamendoza.gov.ar/consulta-de-proyectos/>
- (49) SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "Derecho Público", Ciudad Nueva, p. 632.
- (50) GORDILLO, Agustín; "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo II., p. 55
- (51) Suprema Corte de la Provincia de Mendoza - Sala Nº 1; "Unión Vecinal Villa las Carditas en Jº 250815/50833 Unión Vecinal Villa las Carditas c/ Prov. de Mendoza p/ Acc. de Amparo p/ Rec.Ext. de Inconstitucionalidad - Casación", Expte. No. 13021236300, 12/02/2016. Cita Online: AR/JUR/2891/2016
- (52) Suprema Corte de la Provincia de Mendoza; "Herrera, Blanca Lila y ot. c/ D.G.R."; Expte.: 87911.
- (53) Suprema Corte de la Provincia de Mendoza; "La Segunda A.R.T. S.A. en Jº 30.559 'Forconi José Alberto c/La Segunda A.R.T. S.A. p/Acc.' s/Inc." 17/09/2003.
- (54) Suprema Corte de la Provincia de Mendoza; "Herrera, Blanca Lila y ot. C/ D.G.R.", Expte.: 87911.
- (55) KURZWEIL, Raymond; "The Law of Accelerating Returns", 7 de marzo de 2001, disponible en <http://www.kurzweilai.net/the-law-of-accelerating-returns>, última visita el 14 de septiembre de 2017.