

SISTEMA DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL USUARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: FUNDAMENTOS Y DIFICULTADES

Alejandro Pérez Hualde

2006

I. INTRODUCCIÓN. II. EL USUARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. A) Los tratados internacionales. B) La Constitución Nacional. C) La legislación. D) El constitucionalismo provincial. III. EL USUARIO Y LA CONCEPCIÓN DEL HOMBRE Y DEL ESTADO. IV. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN. V. DIFICULTADES QUE ENFRENTA EL SISTEMA DE PROTECCIÓN. A) La subordinación del sistema a otros fines económicos. B) La “comercialización” del sistema de servicios públicos. C) La eliminación de la solidaridad como base del servicio público. D) El “sacrificio” de sectores. E) La pretendida “neutralidad” de los organismos de control. F) La temida “competencia” política. G) El temor a la responsabilidad. H) La falta de independencia de los organismos de control. VI. LA REFORMULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO.

I. INTRODUCCIÓN.

Debemos iniciar estas reflexiones aclarando que el título incurre en un pleonasm; ya que sólo se es, jurídicamente, usuario de los servicios públicos; si hablamos de usuario hablamos de servicios públicos¹. Son conceptos inseparables en el terreno del derecho.

Podemos adelantar que la promoción de la constitución de asociaciones de usuarios, conjuntamente con la garantía de su participación necesaria en los órganos de control, previstas por el art. 42 CN, y su legitimación procesal activa, además del Defensor del Pueblo², para el ejercicio de la acción de amparo, que contempla el art. 43 CN, constituyen el trípode sobre el que se asienta lo que denominamos sistema constitucional de protección de usuarios de los servicios públicos.

II. EL USUARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

El Diccionario de la Real Academia Española, dice que usuario es el “que usa ordinariamente algo; dicho de una persona que tiene derecho de usar de una cosa ajena con cierta limitación; o que, por concesión gubernativa o por otro título legítimo, goza un aprovechamiento de aguas derivadas de corriente pública”.

¹ Rodolfo Carlos Barra, Contrato de obra pública, tomo 1, Parte General. Consorcios. Concesión de obra pública, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1984, p. 346.

² Su accionar no ha sido favorecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema, salvo el caso “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Min. de Economía y Obras y Servicios Públicos y otros” (L.L., 2001-E, p. 25) como bien lo destaca Laura Pérez Bustamante, Derecho social de consumo, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 633.

Como dijimos, sólo se es usuario de los servicios públicos. De los servicios privados se es cliente, no usuario. El término “usuario” en nuestro ordenamiento jurídico tiene un sentido propio preciso y comprometido ideológicamente.

Cuando, en algún momento, se buscó “despublicizar” a los servicios públicos, expresamente se empleó el término “cliente”, en lugar de usuario, en los reglamentos de los servicios básicos telefónicos³. Pero esa impronta contó con muy breve lapso pues la Reforma Constitucional de 1994 revitalizó la presencia del servicio público en nuestro ordenamiento constitucional; el usuario se encuentra sólidamente presente en él.

A) Los tratados internacionales⁴.

En los tratados internacionales suscriptos por la República Argentina que se encuentran incorporados a nuestro orden constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 CN se ha tratado expresamente el tema de los servicios públicos, desde un punto de vista literal, únicamente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su art. XXXVI establece el “Deber de pagar impuestos: Toda persona tiene el deber de pagar impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”.

No obstante, consideramos que se encuentra implícito en otros tratados como es el caso del art. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dice: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. Similar cláusula contiene el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su art. 11 dice: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. Estas afirmaciones se ven completadas por la Declaración Americana, ya mencionada, que

³ Resolución N° 10059/99, Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico, el régimen Sancionatorio para los Prestadores y el Listado de Derechos y obligaciones de Clientes de dicho servicio (B.O. 10/5/1999).

⁴ Para la elaboración de este punto hemos tomado como base el estudio de Dardo Pérez Hualde, Derechos individuales en la Constitución Nacional, en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Dardo Pérez Guilhou y Felipe Seisdedos y otros, Derecho Constitucional de la Reforma de 1994, Desalma, Buenos Aires, 1995, p. 175.

en su art. XI estipula que este nivel se debe corresponder con el que “permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

Por su parte, la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial” establece en su art. 5 inc. f, que “Los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, ... particularmente en el goce de los derechos siguientes: ... el derecho al acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques”.

Coincidimos con Salomoni en que los servicios públicos tienen raigambre en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos incorporados en nuestra Constitución⁵. El autor platense asienta su afirmación en el texto explícito del, ya transcrito, art. XXXVI de la Declaración Americana. Sin embargo no compartimos esta última aseveración por cuanto consideramos que los conceptos de impuesto y de servicio público empleados en ese artículo lo han sido en un sentido demasiado amplio. Se ha comprendido a las tasas dentro del concepto de impuesto y se ha tomado al servicio público con el alcance de la doctrina francesa que no lo distingue, como sí lo hace nuestra doctrina nacional⁶, de las funciones del Estado.

Consideramos que tanto las normas de la Declaración Universal, del Pacto Internacional, de la Declaración Americana (art. XI), como de la Convención Internacional, recién transcriptas, son más específicas. Todas se refieren al derecho a un “nivel de vida adecuado”; se incluye expresamente a la familia; el primero menciona el “bienestar”, el segundo se refiere a “condiciones de existencia”, y la última, muy concretamente, se refiere a los “servicios destinados al uso público”. Se trata de bienestar y condiciones de existencia que buscan definir un resultado obtenido como consecuencia de la atención de diversas necesidades básicas según un concepto acorde al medio cultural, social y económico de cada comunidad. No es el derecho concreto a la salud, a la educación o al trabajo o a la subsistencia, pues todos ellos son motivo de tratamiento en otros artículos de esos tratados. Entendemos que la referencia se dirige directamente a la

⁵ Jorge Luis Salomoni, El concepto actual de servicio público en la Argentina, en Documentación Administrativa, n° 269-270, mayo-diciembre 2004, El Derecho Administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales (II), INAP, Madrid, 2004.

⁶ Miguel S. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 49.

cobertura de necesidades como el agua potable, la electricidad, el gas natural, los servicios sanitarios, el alumbrado público, la recolección de residuos, y el transporte público, como expresamente se menciona a este último.

Es en estas normas en que encontramos la base positiva en los tratados internacionales que brindan sustento formal a la raigambre constitucional de los derechos del usuario de los servicios públicos y del deber jurídico del Estado de garantizar su cobertura.

B) La Constitución Nacional.

El art. 42 CN establece: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”. El art. 43 CN dice: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Sin duda alguna nuestra CN, en un par de normas de plena operatividad⁷, no solo distingue claramente el concepto de usuario del de consumidor⁸ sino que, además, les brinda protección diferenciada a uno y a otro⁹. Sólo al primero le garantiza el control de calidad y eficiencia de los servicios públicos y la existencia de sus marcos regulatorios.

C) La legislación.

Si bien existe una protección general, de aplicación supletoria, en la Ley 24.440 de “Protección al Consumidor”, las normas legales específicas a considerar en este tema son los marcos regulatorios de los servicios públicos.

Así la Ley 24.065, de marco regulatorio eléctrico, establece en su art. 2º: “Fíjense los siguientes objetivos para la política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de electricidad: a) Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios”. En igual sentido, el marco regulatorio del gas natural, Ley 24.076 en su art. 2º dice: “Fíjense los siguientes objetivos para la regulación del transporte y distribución del gas natural. Los mismos serán ejecutados y controlados por el Ente Nacional Regulador del Gas que se crea por el artículo 50 de la presente ley: a) Proteger adecuadamente los derechos de los consumidores”.

D) El constitucionalismo provincial.

Algunas constituciones provinciales han llevado a su texto una norma similar al art. 42 CN; así lo hacen la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 46), el Chaco (art. 47), Formosa (art. 74), La Rioja (art. 50), Salta (art. 31) y Santiago del Estero (art. 36). Con algunas diferencias pero con el mismo grado de preocupación por el usuario también lo hacen Chubut (art. 33) y Catamarca (art. 178). Sin transcribir la norma Nacional pero previendo expresamente su participación en el control de los servicios públicos, están las provincias de Córdoba (art. 75) y Tierra del Fuego (art. 78).

Otras provincias, siguiendo el criterio de la CN (art. 43 CN), han encomendado a su Defensor del Pueblo la tarea de control de los servicios públicos como la provincia de

⁷ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, LL Gran Cuyo, t. 2001, p. 429. Lamentablemente en contra, el Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI, Washington, D.C., en el caso n° ARB/01/8, entre CMS Gas Transmission Company y la República Argentina, punto n° 204.

⁸ Esta diferencia no se encuentra claramente asumida por nuestra jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues se identifican consumidor y usuario; ver voto de Lorenzetti en el reciente fallo n° F. 1116. XXXIX "Ferreya, Víctor Daniel y Ferreya, Ramón c/ VICOV S.A. s/ daños y perjuicios", en Diario Judicial del 29-3-2006.

⁹ Jorge Luis Salomoni, Teoría General de los Servicios Públicos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 397.

Buenos Aires (art. 55), también Córdoba (art. 124), Formosa (art. 153), La Rioja (art. 144) y Río Negro (art. 167).

III. EL USUARIO Y LA CONCEPCIÓN DEL HOMBRE Y DEL ESTADO.

Julio Comadira¹⁰ destacó que hay tantas definiciones de servicio público como autores se han ocupado de él. Por su parte, Domingo Sesín¹¹ señala con acierto cómo es la presencia del régimen público la nota común a todas las definiciones de servicio público con que nos encontramos en el Derecho Administrativo. Hemos hecho hincapié en la nota de imposición legal del régimen público sobre la cobertura de determinada necesidad de naturaleza económica a fin de asegurar, y –en su caso- obligar, su alcance a la generalidad de la población en condiciones de igualdad, sustrayéndola del ámbito de la libertad de mercado en la medida de lo estricta y razonablemente necesario, como medida enderezada a realizar el bienestar general, como la nota típica del servicio público¹². Algunos autores, como Gordillo, consideran que la base de determinación del servicio público se encuentra en la ideología económica.

Nosotros, por un lado, encontramos que existe una vinculación necesaria entre la concepción del hombre, del Estado y de la justicia, primero con la política económica, y luego, con la apreciación del usuario y del servicio público. A una determinada visión antropológica corresponde una visualización del Estado y de sus fines específicos de realización de la justicia.

Resulta a toda luz evidente que la inclusión expresa de los servicios públicos y del usuario en nuestro texto constitucional no condice con un Estado prescindente ni con una concepción del hombre racionalista, autosuficiente e igualitario. El servicio público sólo se corresponde con un Estado comprometido con una actitud activa en su accionar, comprometido con valores que el mismo texto constitucional ha mencionado en forma expresa. Y se hace necesario en una comunidad donde no somos iguales, donde hay fuertes y débiles, y donde la protección de éstos es un deber del todo social a fin de garantizarles un nivel de vida digno para su condición humana acorde con el medio socioeconómico y cultural de nuestro pueblo. No solo se reconoce un derecho familiar a un determinado nivel de vida, acorde con la realidad económica y social del país, sino que –además- se reconoce

¹⁰ Julio Rodolfo Comadira, El Derecho Administrativo como régimen exorbitante en el servicio público, en Servicio público, policía y fomento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 2004, p. 22.

¹¹ Domingo Juan Sesín, Función del servicio público en la etapa posprivatizadora, en LL, 2000-C, p. 1197.

¹² Alejandro Pérez Hualde y otros, Servicios públicos y organismos de control, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

la existencia de un deber del miembro de la comunidad hacia el todo social, se lo percibe como una exigencia de la justicia social complementada con imposiciones de justicia distributiva.

Esta percepción encuentra asidero expreso en nuestro texto constitucional. Así, la solidaridad, que debe ser el norte de nuestros regímenes de coparticipación federal de impuestos y de elaboración del presupuesto anual (art. 75 inc. 2 y 8 CN), es uno de los valores vinculantes para el Estado garante de los servicios públicos. De igual modo lo es el compromiso expreso del Congreso de la Nación a “proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social”, a “promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo de provincias y regiones” y a “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución” (art. 75 inc. 19 y 23 CN).

Y, con el mismo énfasis, por otro lado, afirmamos que el servicio público tratado en nuestra CN no se corresponde con un Estado totalitario, de corte socialista que anule la iniciativa y el emprendimiento privados. Porque acepta su existencia, el texto constitucional se compromete a controlar los monopolios legales y a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados. Afirma Pedro J. Frías que “no podrán, sin burlarse de la Constitución Nacional, ni renunciar a la equidad ni sofocar la libertad de mercado”¹³.

Nuestro texto constitucional ha receptado a los servicios públicos en el marco de un contexto de valores sociales y de libertad de empresa, de tal modo que garantiza el cumplimiento de los fines que inspiraron la inclusión coyuntural de determinada necesidad bajo el régimen público de prestación propio de los servicios públicos sin apartarse de los principios que inspiran el papel subsidiario del Estado en la economía. Pedro J. Frías expresa este concepto afirmando que “el principio de subsidiariedad está implícito para aconsejar al Estado no emprender sino lo que excede a los individuos y a los grupos sociales”¹⁴ y se ve completado por Alberto Sánchez al decir “si el bien común es la meta del Estado, la autoridad su herramienta y la solidaridad su camino, el principio de

¹³ Pedro J. Frías, La recepción en el derecho provincial, en Academia Nacional de Ciencias Económicas, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Seminario sobre el régimen económico de la Constitución Nacional (1989-1991), Buenos Aires, 1994, p. 30.

¹⁴ Frías, La recepción..., p. 29.

subsidiariedad es su límite"¹⁵. Juan Pablo II ha precisado que "con su doctrina social la Iglesia ofrece una valiosa contribución a la problemática que presenta la actual economía globalizada. Su visión moral en esta materia se apoya en las tres piedras angulares fundamentales de la dignidad humana, la solidaridad y la subsidiariedad"¹⁶.

Por esta razón hemos sostenido, con Sesín¹⁷, que la Constitución no establece la titularidad del Estado sobre los servicios públicos con el alcance que algunos autores pretenden. La Constitución ha asignado al Estado, específicamente a sus "autoridades"¹⁸, la responsabilidad de garantizar el derecho de raíz constitucional del usuario al servicio público, y para ello es necesario su sometimiento a un riguroso control estatal sobre esa concreta actividad de prestación que, en principio, es privada¹⁹. Por ello afirmamos que el Estado sí es titular de la garantía constitucional expresada en el art. 42 CN.

IV. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN.

El usuario del servicio público responde a esa particular concepción que surge del propio texto constitucional y es el fundamento mismo de la garantía. Podemos afirmar que para la Constitución:

- 1°) que es la presencia del usuario, en los niveles y cantidad adecuados, la que otorga, o no, el carácter esencial de generalidad al servicio público;
- 2°) que es respecto del usuario, que es fuerte y también es débil y necesitado de protección, donde se encarna la exigencia de igualdad;
- 3°) que el usuario no está solo, sólo se concibe con su familia; así surge expresamente de los tratados internacionales que hemos mencionado;
- 4°) que concibe al usuario –además de la de su familia- en compañía de los demás destinatarios del servicio; es inconcebible el usuario y su familia solos; nuestra Constitución lo recepta no sólo en su generalidad sino que además lo percibe, y dota así de derechos extraordinarios, asociado y organizado; organizado en asociaciones; goza de los

¹⁵ Alberto M. Sánchez, Intervención estatal, desregulación y principio de subsidiariedad, en RDA n° 18 de enero-abril de 1995, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 93.

¹⁶ Juan Pablo II, Ecclesia in América Exhortación Apostólica post-sinodal sobre el encuentro con Jesucristo vivo, camino para la conversión, la comunión y la solidaridad en América, Paulinas, Buenos Aires, 1999, p. 86.

¹⁷ Domingo Juan Sesín, Servicio público, policía y fomento en diversos ordenamientos y en Córdoba, en Servicio público, policía y fomento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 2004, p. 216.

¹⁸ Carlos Alberto Guajardo, Algunas reflexiones sobre la protección a consumidores, usuarios y al mercado en el nuevo art. 42 de la Constitución Nacional, en Sarmiento García y otros, La reforma constitucional interpretada, prólogo de Pedro J. Frías, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 110.

¹⁹ Héctor Mairal, El concepto de servicio público en el derecho argentino actual, en Servicio público, policía y fomento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 2004, p. 232.

derechos que la Constitución le reconoce en la medida que es usuario y en la medida en que hay otros en igual situación que la de él;

5°) que este usuario es –también- dinámico, crece, se reproduce, cambia de domicilio, progresa económica y socialmente; está tomado en sentido amplio, como actual destinatario del servicio público y como futuro beneficiario; futuro usuario, o potencial usuario, tanto porque se encuentra en los planes actuales de expansión del servicio aun no cumplidos, y es –entonces- “inminente” usuario, como porque se encuentra en los proyectos que todavía no se han implementado; o porque aun no ha nacido o no ha venido a vivir en nuestra comunidad todavía; podemos decir que todos los habitantes actuales y futuros de la comunidad están comprendidos en el concepto de usuario a los efectos de la garantía constitucional.

6°) que, finalmente, así concebido, ese usuario es el protagonista excluyente del sistema de servicios públicos desde el momento en que es el componente que brinda con su presencia sentido a todo el complejo de relaciones y de normas que integran al servicio público.

Consecuentemente, de acuerdo con lo indicado, no corresponde incluir en la protección constitucional a los “grandes usuarios”, a las asociaciones que los agrupan²⁰, y a aquellos clientes del sistema “interrumpible” conforme a normativa moderna, de naturaleza comercial, en materia de distribución de gas natural.

Por lo tanto, es sobre esta concepción del usuario como fundamento que podemos precisar los tres componentes de la garantía constitucional en materia de servicio público. Es garantía constitucional que las autoridades proveerán a la constitución de las asociaciones de usuarios. Consecuentemente, es mandato dirigido al legislador establecer la participación necesaria de esas asociaciones en los organismos de control y es atribución constitucional a esas asociaciones su legitimación activa, además de la que otorga al Defensor del Pueblo con el mismo objetivo, para ejercer la acción rápida y expedita de amparo en lo relacionado con la protección del usuario.

El trípode de sostenimiento del sistema constitucional consiste en: **asociación, participación necesaria y legitimación procesal.**

V. DIFICULTADES QUE ENFRENTA EL SISTEMA DE PROTECCIÓN.

²⁰ En un caso la Corte Suprema entendió que la asociación de grandes usuarios, “AGUEERA”, tenía legitimación activa para ejercer las acciones del art. 43 CN (ver Fallos 320:690).

El “sistema” de protección constitucional de los usuarios se enfrenta con severas dificultades prácticas en forma cotidiana. Estas dificultades están estrechamente vinculadas con aquellas ideas y comportamientos que alteran o desvirtúan el fundamento del servicio público. Sin pretender agotar en una lista la totalidad de los agentes que perturban la salud de nuestro sistema de servicios públicos, consideramos que entre los más importantes están los siguientes:

A) La subordinación del sistema a otros fines económicos.

Desde el principio de la etapa originada en la denominada “reforma del Estado”²¹, en que se produjo la “privatización” de la generalidad de los servicios públicos, el fenómeno se caracterizó por una fuerte confusión respecto de los fines perseguidos por la nueva política que se formulaba y ponía en marcha.

Las ideas que inspiraron el nuevo proceso, que se impuso con inusitada fuerza, fundamentalmente debido al fracaso del sistema de prestación estatal que reinó en nuestro país desde mediados de la década de los '40 hasta fines de los '80, no se presentaron con claridad. Así fue como el proceso “privatizador” terminó enajenando empresas estatales nacionales a otras empresas también estatales pero extranjeras, como ocurrió con teléfonos, electricidad, aerolíneas y petróleo²².

La importante convocatoria a inversores extranjeros y las urgencias coyunturales de caja para un país fuertemente endeudado brindan una explicación a la situación paradójica que planteamos; también es útil para explicar los extraordinarios y prolongados plazos de décadas y extensos territorios de concesión.

Será un tema de debate durante muchos años cuál de todos los objetivos prevaleció en el derrotero del proceso de “reforma del Estado” que caracterizó a los años '90 y que todavía continúa en plena vigencia. Lo que no escapará a ningún análisis es que en caso alguno fue el bien del servicio público el tenido en cuenta para dicho proceso. Una clara demostración de la falta de preocupación por los fines del servicio público es el hecho de que algunos de los organismos de control destinados a garantizar el cumplimiento de los objetivos del servicio fueron creados y reglamentados cuando la licitación y entrega del servicio ya se había llevado a cabo. Terminaron así, el marco regulatorio y el organismo de

²¹ Ley 23.696 de julio de 1989.

²² Así lo destacó Guillermo Andrés Muñoz, Los entes reguladores como instrumento de control de los servicios públicos, AeDP, n° 14, Ad-Hoc, Buenos Aires, septiembre-diciembre de 2000, p. 63.

control, en la mesa de negociación bilateral comercial sobre la base de una oferta ya adjudicada.

Los plazos de concesión, la extensión de los territorios, el alcance de los privilegios públicos otorgados, son todos incompatibles con una política que tienda a proteger los objetivos del servicio público. Sí lo son con los niveles de precios apetecidos en el momento histórico coyuntural de un país fuertemente endeudado y con altos niveles de corrupción.

La pérdida de visión de las finalidades propias intrínsecas del régimen público impuesto sobre la cobertura del servicio lleva a subordinar a los otros fines, de negocio o de inversión, los caracteres esenciales del servicio público. La sustitución de los fines lleva a la inadmisibles contractualización de las facultades públicas y privilegios cuyo otorgamiento sólo podía estar justificado desde el punto de vista jurídico y ético en función de los objetivos públicos propios del servicio público y no de cualquier otro negocio público por muy brillante y oportuno que éste pueda aparecer.

Ha colaborado grandemente a esta pérdida de fuerza normativa del régimen público, propio del servicio público, la estrategia comercial del Estado “privatizador” de las empresas, al haber desdibujado ese ordenamiento mediante la presentación de prospectos de análisis comercial, denominado “Memorando Informativo” –en el caso de la licitación del gas natural- o “Data room/Informe de la Unión de Bancos Suizos” –en el de la licitación de los aeropuertos-, que no se condicen con la realidad, o la suscripción de actas compromiso, resoluciones y decretos, con valor jurídico inferior a la Constitución y a la ley pero que, aun en abierta contradicción con ellas, han prevalecido en la apreciación de los Tribunales de CIADI a la hora de determinar el grado de compromiso de la República Argentina frente al inversor externo²³.

Es consecuencia de esta misma pérdida de visión de la finalidad del servicio público la ruptura de la unidad de las concesiones. Denominamos de este modo aquellas técnicas de última aparición, muy en boga en estos días, donde se disocian las obligaciones del concesionario, manteniéndole los derechos, prerrogativas y privilegios incólumes, el Estado se hace cargo de las obligaciones de inversión y expansión del servicio mientras el concesionario solo asume las obligaciones que constituyen “negocio”. No es ésa la

²³ Laudo CIADI, caso n° ARB/01/8, puntos n° 133 a 138. En el punto n° 144 el Tribunal afirma que “se trata de un derecho establecido en el marco de las disposiciones legales, la Licencia y el contexto en que se llevó a cabo la privatización”.

situación que justificó ética y jurídicamente la atribución de los privilegios públicos. Sólo la asunción de aquellas obligaciones extraordinarias, y que –desde algún punto de vista estrictamente económico- podríamos definir como “ruinosas”, justificaba la compensación mediante la atribución de las potestades y privilegios públicos. La atribución de sectores de alto rendimiento económico comercial, que podrían estar en el mercado libre, dotada – además- de los privilegios públicos, como el uso de bienes del dominio público y el monopolio –entre otros-, constituye un privilegio inadmisibles e irritante.

B) La “comercialización” del sistema de servicios públicos.

Existe una fuerte tendencia a desvincular la gestión comercial del servicio público respecto de su régimen jurídico de derecho público que hace a su esencia. Concretamente, las empresas concesionarias pretenden, no obstante haber arribado a la explotación del servicio en el marco de normas de derecho público, evidenciadas –por ejemplo- por la preexistencia de una tarifa reglamentaria, una interpretación privatista de esos componentes públicos. En otras palabras, a pesar de ser concientes de la presencia del régimen público, por haber obtenido la adjudicación de la explotación mediante procedimientos propios de ese régimen, como la licitación pública, a la hora de la gestión del servicio se persigue su desempeño dentro de las reglas propias del mercado.

La aplicación de una lógica de negocios propia del mercado comercial normal no es compatible con la presencia de privilegios de naturaleza pública, como la vía de apremio procesal, propia del Estado y de la presunción de legitimidad de sus actos, el uso y explotación de bienes de propiedad del dominio público del Estado, y la exclusión material o legal de competidores en los tramos de mayor rendimiento económico.

Lamentablemente, los tribunales arbitrales del CIADI, del Banco Mundial, de plena actuación concertada en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión, ya mencionados, han acompañado esta inexplicable desvinculación. Así lo ponen en evidencia cuando se preguntan porqué el Estado argentino ha hecho diferencias entre compañías telefónicas, empresas de distribución de agua y los bancos²⁴ como si estos últimos fueran servicios públicos; o entre los productores, los transportistas y los distribuidores de gas natural, ignorando la profunda diferencia que provoca la exclusión legal expresa de los primeros del régimen público²⁵.

²⁴ Laudo CIADI, caso n° ARB/01/8, punto n° 287.

²⁵ Laudo CIADI, caso n° ARB/01/8, punto n° 294.

No obstante, debemos admitir que la imposibilidad de nuestro país para brindar estabilidad al entorno jurídico y empresarial, que –acertadamente- el Tribunal CIADI considera “elemento esencial” e “inseparable” del concepto de “trato justo y equitativo” – que los tratados bilaterales garantizan al inversor externo-, ha impedido una adecuada y razonable defensa de este tipo de precisiones doctrinarias de nuestro derecho público en esos estrados internacionales.

C) La eliminación de la solidaridad como base del servicio público.

El régimen del servicio público no se concibe si no es en un marco de solidaridad. La imposición del régimen público, con su consecuente sustracción al sistema de libertad de mercado, ha tenido como justificativo la decisión jurídico política de garantizar la llegada de la satisfacción de esa determinada necesidad a la generalidad de la población; y esto necesariamente ocurre porque existen sectores sociales a los que el mercado no llega por su propio juego de reglas de libertad económica. La decisión de atender a esos sectores más pobres conlleva la de cargar un mayor costo sobre los otros sectores, esos que sí podrían acceder al servicio en un sistema de mercado.

El sistema supone necesariamente que algunos miembros de la comunidad pagarán más de lo que aprovechan del servicio para que otros paguen menos de lo que el mismo servicio vale. Y en algunos casos, como el transporte ferroviario de pasajeros, pagan muchos que no lo tienen (todos los provincianos) para que paguen menos aquellos que sí lo tienen (los habitantes del conurbano bonaerense).

Este razonamiento, inadmisibles en términos de justicia conmutativa, lo es en términos de justicia distributiva y social²⁶. Así surge también de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Corbeau” donde se afirma que: “procede partir de la premisa de que la obligación que incumbe al titular de dicha misión de garantizar los servicios en condiciones de equilibrio económico, presupone la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia, por parte de los empresarios privados, en los sectores económicamente rentables”²⁷.

²⁶ Otro enfoque, que no admite este aserto, puede verse en Juan Pablo Lahitou, Desafíos para recomponer la relación tarifa-calidad en los servicios públicos, en RDA, n° 55, enero-marzo 2006, Lexis Nexis, Director Juan Carlos Cassagne, p. 111.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 19 de mayo de 1993, asunto C-320/91 fundamentos n° 14, 16 y 17; ver Recopilación de Jurisprudencia 1993 p. I-2533.

La prohibición que nuestros marcos regulatorios contemplan respecto de subsidios cruzados, que consisten en subsidiar desde sectores residenciales a los sectores industriales o viceversa, que tienen por finalidad la protección de la transparencia de los mercados económicos, no pueden prevalecer sobre las finalidades sociales propias del servicio público.

D) El “sacrificio” de sectores.

La visión parcializada del concepto de usuario, que nosotros hemos planteado como integral y comprensiva de los potenciales y futuros usuarios, ha llevado a que en los últimos tiempos, posteriores a la crisis de 2001-2002, se hayan sacrificado los usuarios que podríamos llamar “inminentes”.

Se trata de los usuarios comprendidos en planes de expansión ya programados y respecto de los que las concesionarias estaban obligadas a llegar con su servicio en breve lapso. Aquellos beneficiarios de los programas de inversión que conducían a una ampliación geográfica o cualitativa del servicio.

La atractiva política demagógica de “congelar” las tarifas²⁸, simpática para quienes ya son usuarios, para quienes tienen el privilegio de ser usuarios por estar en las zonas de más fácil alcance, ha sido asentada sobre el relajamiento, cuando no la eliminación, de los controles sobre las inversiones y el cumplimiento de los planes de inversión de los concesionarios en los respectivos servicios públicos.

A esta situación anómala cabe sumar la existencia de un verdadero subsidio, encubierto bajo el pretexto de defender el interés de los usuarios, en beneficio de los sectores exportadores, a costa de los agentes de mercados como el eléctrico y el del gas sometidos al régimen de servicios públicos²⁹. Éste es uno de los fundamentos expresos de la condena contra la República Argentina del Tribunal CIADI en el mencionado caso iniciado por CMS-Gas Transmission Company³⁰ en defensa de su inversión.

E) La pretendida “neutralidad” de los organismos de control.

En algunos casos es que, en aras de una errónea pretendida “neutralidad” –que alguna doctrina le atribuye a los entes reguladores-, se impide la participación de los

²⁸ Ver art. 8° Ley 25.561 que dice: “Dispónese que a partir de la sanción de la presente ley, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio”.

²⁹ Ver Lahitou, ob. cit.

³⁰ Laudo CIADI, caso n° ARB/01/8, punto n° 187.

usuarios en los niveles de decisión. Los organismos de control creados por la Constitución no son neutrales. Su control está decididamente destinado a asegurar el cumplimiento de la garantía constitucional de calidad y eficiencia del servicio que se presta y que tiene por destinatario excluyente al usuario. La participación del usuario está prevista en garantía de su propio beneficio.

Los marcos regulatorios en general identifican, entre las finalidades propias de los organismos de control que crean para aplicación de la ley, la protección del interés de los usuarios, lo cuál guarda estricta vinculación con el primer párrafo del art. 42 CN. En este mismo orden, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha sostenido: “Los organismos reguladores y de control de los servicios públicos de la Nación no deben asumir un papel de terceros imparciales prescindentes pues su primer y principal deber es amparar los derechos de los usuarios”³¹.

F) La temida “competencia” política.

Hemos sostenido que la necesaria participación activa de los usuarios, a través de sus asociaciones representantes, en los organismos de control es uno de los soportes del sistema de protección constitucional.

Este mandato constitucional no se cumple o se lo hace en forma incompleta. El factor que contribuye a la reticencia en el cumplimiento del mandato constitucional es la desconfianza de los sectores políticos tradicionales hacia esos representantes del usuario enderezados a la defensa de los intereses concretos de sus representados. En general, los funcionarios políticos que han arribado a su posición actual como resultado de una carrera planteada en los términos tradicionales de actividad de comité ven con gran desconfianza a funciones, como la que aquí se propone, por cuanto son susceptibles de convertirse en fuentes no tradicionales de surgimiento de nuevos dirigentes. Sobre todo de nuevos dirigentes que arribarían a posiciones expectantes sin los compromisos propios de la política tradicional.

Temen que estos nuevos funcionarios irrumpen en su espacio político como un competidor fuerte asentado en nuevas pautas de legitimación de liderazgo más sensibles y eficientes en la consideración de la gente en la medida que su defensa se dirige a intereses más concretos y palpables que la cada vez más diluida defensa de los intereses políticos.

³¹ LS 299-012, caso “Telefónica de Argentina S.A. c/ Gobierno de la Provincia p/ Acción Procesal Administrativa”.

Procuran evitar, desde la política tradicional, la llegada eficaz a este nuevo ciudadano “situado” que encarna preocupaciones más precisas y próximas en el terreno existencial suyo y de su familia.

G) El temor a la responsabilidad.

También existe reticencia de parte de las mismas asociaciones de usuarios. La actual situación les permite llevar a cabo planteos y reclamos sin la responsabilidad que acarrea la participación y el debate en el organismo de conducción.

La participación responsable obliga a la educación, a estudiar los problemas, a comprometerse con soluciones y respuestas; obliga a calificar la representación nombrando a especialistas con sólida formación y conocimiento de la actividad que se regula; todo lo contrario al desordenado reclamo “callejero” o “piquetero” politizado de discutible legalidad.

H) La falta de independencia de los organismos de control.

Contrariamente a lo establecido por la CN, los organismos de control en general han sido creados por las normas de aplicación dentro del régimen de descentralización administrativa normal. Es decir, bajo control de tutela del Poder Ejecutivo respectivo.

Atento a que el objeto hacia donde está dirigido el control, que es garantizado por la CN, es el de calidad y eficiencia de los servicios públicos, no cabe duda de que los sujetos bajo ese control son sus protagonistas ineludibles: tanto el prestador concesionario, privado o estatal, como la Administración concedente.

Por ello es que, técnicamente, la sumisión del organismo controlante a la Administración controlada constituye una grave falta de técnica de control a la vez que una demostrada ausencia de voluntad de cumplir con la garantía constitucional. Ha establecido la Suprema Corte de Mendoza que “quien concede el servicio público no debe ser quien lo controla; desde esta óptica, el rol atribuido a los entes reguladores es completamente distinto al del Estado concedente, el fin de esta diferencia es evitar conflictos de interés y asegurar la transferencia del sistema. Para garantizar la independencia es menester reducir al máximo el control de las decisiones del ente por parte del poder político, y por eso es indispensable que no exista recurso de alzada o de otro tipo de control o tutela

administrativa de la Administración central. El único control debe ser el judicial en forma directa, sin agotamiento alguno de la vía administrativa”³².

Si a ello sumamos las dificultades para controlar a las prestadora privadas, cuando no son estatales extranjeras, en razón de su poder económico, al que se suma frecuentemente el político internacional o diplomático, obtenemos como resultado que ninguno de los sujetos hacia donde se dirige el control resulta alcanzado por él en forma, al menos, creíble.

No sólo carecen nuestros organismos de control de independencia administrativa sino también económica, ya que el método de financiamiento a través de una tasa específica al servicio, en muchos casos provinciales, ha terminado destinándose a rentas generales.

Finalmente, la ausencia de independencia técnica ha quedado comprobada con solo observar el grado de participación en calidad de meros asesores técnicos otorgado a los organismos de control en la tramitación de las renegociaciones de los contratos vinculados a la prestación de servicios públicos nacionales³³.

VI. LA REFORMULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO.

Es necesaria la revaloración conceptual del servicio público.

Su compromiso social esencial se ha perdido hace mucho tiempo. El extravío del concepto registra antecedentes anteriores al criticado proceso de “reforma del Estado” de los años ’90. Ya bajo el dominio de su prestación por empresas del Estado se había perdido esa dimensión social del servicio público; había caído derrotada bajo la fuerza de las prioridades de naturaleza política del gobierno del turno, del sindicato dominante en el sector, del contratista y del proveedor “amigo”, cuando no de los intereses personales de funcionarios notablemente enriquecidos en su conducción. Todos desórdenes que llevaron al fracaso y consiguiente desprestigio de la empresa pública argentina como agente e instrumento de gestión del interés común y del bienestar general.

³² Suprema Corte de Mendoza, LS 329-1, “Obras Sanitarias Mendoza S.A. c/Gobierno de la Provincia de Mendoza”, 23-09-2003.

³³ Dice el Dec. 311/2003: “Los Organismos de Regulación y Control de los distintos servicios públicos, realizarán los trabajos técnicos necesarios a partir de las instrucciones precisas que le imparta la Unidad a través del Secretario Ejecutivo, quien además ordenará supervisar su desarrollo; el resultado del trabajo técnico encomendado, una vez finalizado será puesto a consideración de la Unidad para su aprobación y uso en el progreso de la renegociación de los contratos. Adicionalmente, los Organismos de Regulación y Control deberán suministrar la documentación e información que le sean requeridas”.

Por ello no es razonable plantear hoy una vuelta atrás, un regreso a fórmulas fracasadas; en especial si somos concientes y no ignoramos los altos grados de corrupción que nos colocan en un lamentable record internacional.

Tampoco cabe la exageración de tener por fracasado un sistema que fue originalmente mal planteado, mal contratado y peor controlado; ni establecer un ataque indiscriminado contra las empresas privadas o estatales nacionales y extranjeras inversoras en nuestro sistema empresario de prestación de los servicios públicos.

Los compromisos internacionales contraídos por la Argentina a través de cincuenta y siete Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones, veinticinco de ellos vencidos y renovados tácitamente en estos últimos cinco años³⁴, comprometen no sólo nuestro prestigio internacional sino que también nos coloca ante una nueva visión del derecho y de las relaciones comerciales de un mundo cada vez más interdependiente donde el aislamiento está ya fuera de toda consideración razonable.

Se impone necesariamente una toma de conciencia de los objetivos reales que el servicio público debe necesariamente encarnar. Y no se trata de una “nueva” concepción del servicio público. Se trata de poner en primer rango de prioridad el cumplimiento de los objetivos sociales que siempre tuvo el servicio público.

La prioridad del objetivo social de bienestar general y de aseguramiento a la familia de un “nivel de vida adecuado”, que los tratados internacionales de derechos humanos han consagrado, en ningún momento, desde nuestra Constitución de 1853 hasta la fecha, pudo ser válidamente dejado de lado o supeditado a otro.

En otras palabras, no existe título jurídico legal o contractual que pueda ser válidamente invocado, ante tribunal alguno –nacional o internacional-, para hacer prevalecer objetivos de otra naturaleza que no sean los vinculados al sistema de derechos humanos que nuestra Constitución ha receptado y recepta en su texto.

Sin necesidad de variar el sistema de prestación de los servicios públicos por empresas concesionarias, basados en contratos transparentes, como lo impone la Convención Interamericana Contra la Corrupción, y en controles estrictos y efectivos, que respeten el sistema de protección constitucional de usuarios, es posible reformular las prioridades esenciales de los servicios de tal modo de consolidar su vínculo con el

³⁴ Germán González Campaña, El vencimiento de los tratados bilaterales de inversión, en La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo de septiembre de 2005, director Agustín Gordillo, p. 1.

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
(República Argentina)
<http://www.acader.unc.edu.ar>

bienestar general afirmando de paso, por una parte, la metodología de prestación, y, por la otra, ahorrar al Estado un sinnúmero de reclamos originados en un manejo desprolijo de su política en materia de servicios públicos.

Córdoba, 4 de abril de 2006.