



**UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Sede Regional Rosario**

**Carrera de Abogacía**

**PROTECCION DEL USUARIO DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

**2010**

**Tutor:** Raúl Maiztegui.

**Alumno:** Mauro Patricio Milovic.

**Título al que aspira:** Abogado.

**Fecha de Presentación:** 20 de Julio de 2010.

A María de los Ángeles.

Al Dr. Raúl Maiztegui, mi tutor en este trabajo, por su tiempo y sus enseñanzas.

A Marcela por su paciencia en el asesoramiento de la culminación del mismo.

## **Resumen.**

Los Servicios Públicos son esenciales, porque satisfacen necesidades básicas e indispensables de los usuarios y la comunidad, como son el agua corriente, la energía eléctrica, redes cloacales, el gas y el teléfono, por este motivo es que se debe proteger a los usuarios, para que no sean perjudicados en la prestación ni en sus intereses económicos.

Al momento de otorgarse las privatizaciones de ellos, y con motivo de estas son creados nuevos entes con la función de regular, es por que varios sectores, entre ellos el de los usuarios no se conforma con eso y exige al Estado nuevas formas de relación y protección entre él, las empresas prestatarias y los usuarios, en forma interrelacionada, que es inexistente en el presente, allí donde los nuevos entes harían de nexo.

El proceso de privatización creó aquellos nuevos entes reguladores, pero el Estado comenzó con ello una nueva forma de actuación sobre actividades esenciales por medio de otro tipo de regulación, que se denomina económica y social. Este tema es el que será tratado en el primer capítulo, demostrando que el Estado es el encargado de regular las actividades económicas de los servicios públicos y lo hace con precaución cuando fueron concedidos en monopolio. También será analizada la competencia regulatoria en nuestro país, de límites muy confusos.

En el tratamiento del segundo capítulo, referido a los Servicios Públicos, actividades imprescindibles prestadas hoy por empresas privadas, que también sufrieron consecuencias relevantes, porque fueron concesionadas luego de ser prestadas por el Estado durante décadas, y que aún este sigue manteniendo su titularidad, así es que se encuentran subordinadas al Estado quién se reserva la potestad de regularlas permanentemente y en todo sentido, hasta poder rescatarlas y prestarlas él mismo. A pesar de que se postula la lucha contra los monopolios en el texto constitucional, sin importar su proveniencia, en esa forma son concesionados los Servicios Públicos, y

peor aún es la situación de seguir en la postura de no brindar nuevos instrumentos tuitivos a los usuarios sean individualmente o colectivamente, como mantener la conducta reticente de negar a las asociaciones de usuarios su participación en los organismos de control de los Servicios Públicos, garantía reconocida por la Constitución Nacional.

En el capítulo tercero, dedicado exclusivamente a la protección de los usuarios, es donde se analizarán las garantías y los institutos vigentes en el ordenamiento jurídico a disposición de aquellos para ejercerlos cuando se restrinjan o violen sus derechos, precisando los defectos y virtudes de cada uno de ellos, fundamentando la necesaria creación de nuevos y eficientes métodos de protección.

Por último, en el capítulo cuarto, dedicado a las conclusiones y propuestas donde traeremos a colación la cuestión de la educación para el consumo, otra garantía reconocida constitucionalmente pero que el Estado todavía no se anotició de tal obligación que pesa sobre sí, con la necesaria participación y compromiso de la comunidad para educarse, y la constitución de una asociación civil con el objeto de proteger a los usuarios y brindarle información. También proponemos el necesario cambio de actitud de nuestros Tribunales para aceptar y resolver en las Acciones de clase.

Para hacer este trabajo, hemos realizado una recolección organizada de datos bibliográficos sobre los temas a tratar, el posterior análisis y la síntesis de ese material sustentadas en la hermenéutica jurídica, siendo importantes los datos aportados por expertos, la inclusión de un cuadro de doble entrada para comparar un importante instituto, en base al método histórico-lógico se estudió a los Servicios Públicos para desarrollar su situación actual y sobre criterios sociológicos se trataron casos e institutos relevantes.

## **Introducción.**

### **1. Generalidades.**

El área del presente trabajo es principalmente el Derecho Administrativo, pero sin desconocer que el Derecho Constitucional tiene una influencia fuerte en el trabajo por ser los preceptos constitucionales, a partir de donde surge una voluntad del constituyente de proteger a ciertos sectores de la comunidad.

El tema sobre el cual se va a investigar es la protección del usuario en los Servicios Públicos, que herramientas tienen a su alcance para proteger sus intereses económicos y donde pueden encontrarlos, como los ejercen si es que pueden hacerlos por sí solos o a quien deben recurrir para que los represente en esa protección.

Protección del usuario de Servicios Públicos, será el título para este trabajo final, esencia de la materia a estudiar y cuestión principal a tratar a lo largo de los capítulos en que está compuesto el presente trabajo.

¿Cuáles son los defectos del sistema tuitivo de instrumentos jurídicos previsto en el ordenamiento positivo para proteger de forma eficiente a los usuarios de servicios públicos, considerando a estos la parte más débil de la relación jurídica, de los abusos y desvíos del Estado y los prestadores particulares?, será el problema a resolver que alcanza a una gran mayoría de la comunidad, la cual se encuentra desprotegida y a la deriva de marcos regulatorios inapropiados por la esencialidad de los Servicios Públicos.

Como objetivos generales se postula, primero profundizar el análisis del sistema de protección de los usuarios de Servicios Públicos. Sus fundamentos y dificultades. Luego, como segundo objetivo aportar fundamentos jurídicos que acrecienten la gama de instrumentos al alcance de los usuarios para un replanteo del análisis del desarrollo económico a la luz de cánones sociales en los cuales predominen la inclusión y la ética

del crecimiento por sobre la lógica de la riqueza. Pasando ahora a los objetivos específicos del trabajo serán, desentrañar la situación jurídica del usuario del Servicio Público, su participación en el control y los alcances de la tutela administrativa y jurisdiccional. Posteriormente pasaremos a analizar el alcance de la defensa de los derechos e intereses de incidencia colectiva en materia de Servicios Públicos. Como primer remedio para los usuarios remarcar cuales de aquellos instrumentos jurídicos son eficaces para proteger los derechos e intereses económicos de los usuarios y por último, integrar los nuevos fundamentos jurídicos con las normas vigentes para determinar un método rápido y expedito para proteger a los usuarios.

La metodología utilizada para la elaboración de cada capítulo en que se compone este trabajo de investigación esta hecha en base a dos métodos uno teórico y otro empírico: el primero consistió en el análisis y síntesis del previo fichaje de bibliografía, también el método histórico-lógico fue usado para analizar determinados institutos, con cuadros de doble entrada, la interpretación hermenéutica de los datos aportados por toda la información recolectada y su posterior validación y contrastación de datos por el método deductivo, siendo realizada con mayor énfasis cuando sean de distinta fuente o tipo. Sobre el segundo método usado, fue relevante el análisis de datos aportados por expertos.

En relación a los medios utilizados para llevar a cabo el análisis, se tomaron como medios complementarios los datos aportados por páginas Web de sitios oficiales y privados. La información principal fue extraída de Tratados, Manuales y libros especializados en Derecho Administrativo, Derecho del Consumidor y Derecho Constitucional en general, teniendo la Constitución Nacional como guía desde un principio, y para temas específicos es que recurrimos a las revistas especializadas en formato papel y digital de la doctrina y jurisprudencia nacional.

## **2. Hipótesis y puntos a probar.**

Son ineficaces, ineficientes e insuficientes las herramientas jurídicas de protección disponibles para que los usuarios hagan valer sus derechos como tales, tanto en sede administrativa como judicial.

En cuanto a los puntos a probar, el primero será referido a que una regulación económica escasa o precaria causa la desprotección de los usuarios, en beneficio de las empresas prestadoras. Otra cuestión importante a demostrar que hace a una inactividad de la administración es que la falta de educación en el consumo y sobre los derechos de los usuarios, es la desprotección más injusta.

Sobre los Servicios Públicos se demostrará la ausencia de un concepto general y las vertiginosas alteraciones constantes en la forma de ser prestados a la comunidad, conducen a una desconfianza generalizada.

Será probado que las asociaciones de usuarios son una buena forma de proteger y también hacer conocer los derechos de los usuarios y fuente de educación como también de protección de aquellos.

Otro tema a probar es el relativo a que los entes reguladores independientes no cumplen con la realización de audiencias públicas antes de adoptar decisiones, tampoco con el Derecho de los usuarios a un servicio eficiente y con calidad.

La ley N° 24.240<sup>1</sup> y sus posteriores reformas fueron el principio del progreso en la protección de las partes más débiles en las relaciones jurídicas contemporáneas, será otra cuestión relevante a considerar en el desarrollo de esta investigación.

## **3. Estado del Arte.**

Los problemas más conocidos giran en torno a la articulación de la protección de los usuarios de servicios públicos, prevista en el orden nacional a partir de la sanción de

---

<sup>1</sup> Ley n° 24.240. Ley de defensa del consumidor. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 12/05/10].



la Ley 24.240<sup>2</sup>, que conforme su artículo 65<sup>3</sup>, la ley se autocalificó de orden público, disponiendo su entrada en vigencia, “en todo el territorio nacional”, a partir de la fecha de su publicación<sup>4</sup>. En el nuevo artículo 42, introducido por la reforma constitucional de 1994, y en las legislaciones sectoriales o específicas de cada servicio<sup>5</sup>, la primera parte alude al Derecho del usuario y del consumidor a la protección de su salud, intereses económicos, etc., toda esa gama de derechos reconocidos constitucionalmente a ese sector de la sociedad, aún se encuentra en estado embrionario, precisamente si de usuarios hablamos, los cuales todavía no cuentan con una ley específica que los proteja, por lo que un respetado jurista afirma que, no estamos ante frases que en la Constitución sirvan para exhibir linduras literarias, sino ante normas jurídicas obligatorias y vinculantes<sup>6</sup>.

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, tendremos en consideración los más importantes:

La subordinación del sistema a otros fines económicos 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

---

<sup>2</sup> Sancionada el 22/09/93, promulgada con un veto parcial el 13/10/93 (decreto 2098/93) y publicada en el BO del 15/10/93.

<sup>3</sup> Ley n° 24.240. Ley de defensa del consumidor. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 12/05/10].

<sup>4</sup> FARINA, Juan M. Defensa del consumidor y del usuario. Bs. As. Ed. Astrea, 1995, Pág. 9.

<sup>5</sup> URRUTIGOITY, Javier. Servicio Público y Protección del usuario. En III Seminario Internacional. Servicios Públicos en Latinoamérica. Transición, cambio o retroceso. Bs. As. 23 de octubre de 2007. Pág. 2.

<sup>6</sup> BIDART CAMPOS, Germán J. El servicio telefónico y el Art. 42 de la constitución. Nota al fallo “Goyena c/ Telecom Argentina”. ED. 165-208.

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 que algunos de los organismos de control destinados a garantizar el cumplimiento de los objetivos del servicio y proteger de manera indirecta los usuarios fueron creados y reglamentados cuando la licitación y entrega del servicio ya se habían llevado a cabo.<sup>7</sup>

La eliminación de la solidaridad como base del 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 para que paguen menos aquellos que sí lo tienen.<sup>8</sup>

Este razonamiento, inadmisibles en términos de justicia conmutativa, lo es en términos de justicia distributiva y social.

El “sacrificio” de sectores la visión parcializada del concepto de usuario, que nosotros hemos planteado como integral y comprensiva de los potenciales y futuros

---

<sup>7</sup> PEREZ HUALDE, Alejandro. Sistema de protección constitucional del usuario de los Servicios Públicos: fundamentos y dificultades. (en línea). (Disponible en: [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)). (última consulta 10/04/2010). Pág. 11.

<sup>8</sup> PEREZ HUALDE. Op.cit. Pág.13.

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”.<sup>9</sup>

La pretendida “neutralidad” de los organismos de control en algunos casos es que, en aras de una errónea pretendida “neutralidad”, se impide la participación de los 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.

La temida “competencia” política 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.<sup>10</sup>

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.

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 y a comprometerse con soluciones y respuestas.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> PEREZ HUALDE. Op.cit. Pág. 14.

<sup>10</sup> PEREZ HUALDE. Op.cit. Pág. 15.

<sup>11</sup> PEREZ HUALDE. Op.cit. Pág. 17.

La jurisprudencia ha enfatizado en sentido similar al expuesto por reconocida doctrina, así ha dicho “los usuarios de servicios públicos gozan de protección constitucional, por cuya vigencia en la realidad deben preocuparse los jueces en tanto son también autoridades que proveerán a la protección de los derechos de los usuarios”<sup>12</sup>; todo lo expuesto claramente expone los defectos que contiene la normativa protectoria de los usuarios, en un párrafo de un solo precepto constitucional que invita a las autoridades, no aclara cuales, lo cual beneficia a los usuarios, pudiendo ser todas, entendido en un sentido amplio, a que provean a la protección de sus derechos, que es buen comienzo no podemos negarlo, pero al presente todo sigue siendo una expresión de deseo más que una concreta y decidida actitud tuitiva de las autoridades hacia los usuarios de servicios públicos, porque la corriente tuitiva de los consumidores es anterior a la reforma de la Constitución Nacional que incluye el jugoso artículo 42, como los hemos aclarado anteriormente.

Por lo antes expresado, creemos que las “autoridades” se encuentran en una clara situación de ausencia de compromiso para con toda la sociedad, porque transcurrida más de una década desde la reforma a la Constitución Nacional, todavía estamos todos (como integrantes de la sociedad), demasiado e inmediatamente desprotegidos, porque un artículo en la carta magna es una garantía invaluable, pero es solo el principio de un proceso demasiado importante como para omitir una regulación legal.

#### **4. Marco Teórico.**

La reforma constitucional de 1994 insertó un nuevo artículo, el 42, dividido en tres párrafos. Los dos primeros refieren a derechos que se confieren explícitamente a consumidores y usuarios, visualizados como los nuevos débiles en el mundo de las relaciones contractuales contemporáneas, son los consumidores y usuarios, y están para

---

<sup>12</sup> Cámara Nac. Civ. Y Com, Federal., Sala 2ª, en fecha 29/06/2000, “Jorge Abraham S.A. C/ Edesur” en boletín J.A. n° 6230, del 24/01/00, pág. 36.

romper la debilidad estructural que padecen<sup>13</sup>. La doctrina sobre el tema de los derechos de defensa del consumidor y el usuario es amplia, y será vista de leyes comentadas y anotadas como de artículos específicos sobre temas concretos o artículos puntuales. Entre los derechos que se les reconocen a los usuarios “la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”<sup>14</sup>, es sobre los que pone énfasis la doctrina de protección a sectores vulnerables.

Así es que se persigue equiparar la relación de fuerzas entre quienes monopolizan el poder de negociación, generalmente monopolios de hecho o de derecho y quienes buscan satisfacer sus necesidades básicas. En el citado precepto constitucional, la expresión “control de los monopolios naturales y legales” dio lugar a un debate. Primero se hizo moción de sustituir la palabra “control”. En segundo lugar, también se intentó borrar la división conceptual entre monopolios “naturales y legales”, porque se indicó que la constitución debía combatir cualquier tipo de monopolios, sin formular distinguos. No obstante, quedó el texto con la citada clasificación, afirmando el miembro informante que los monopolios naturales son los que “por su naturaleza tecnológica no pueden tener competencia”, y que los legales son “aquellos que en función de una determinada política pueden ser necesarios y, están protegidos por una ley del Congreso, que imponía su control”.<sup>15</sup>

En definitiva, el tema que será tratado en el presente trabajo es motivo de congresos y jornadas, de numerosos trabajos de doctrina especializada en el ámbito del Derecho Público; así como en el Derecho Privado, la defensa del consumidor se constituyó en un microsistema que garantiza de manera amplia derechos a ese grupo social, en el derecho público también esta en auge y amplia avanzada la investigación y descubrimiento de nuevos métodos para proteger al usuario de Servicios Públicos, que

---

<sup>13</sup> SAGÜES, Néstor Pedro. Elementos de derecho constitucional. Tomo 2. 3ª edición. Actualizada y ampliada. Bs.As. Ed. Astrea. 1999. Pág.701 y ss.

<sup>14</sup> SAGÜES. Op.Cit. Pág.702.

<sup>15</sup> SAGÜES. Op. Cit. Pág.703.

es aún mayor como grupo que el de consumidores, más allá que se los considere incluidos hoy en la ley de defensa del consumidor (en adelante LDC), porque solamente aquel individuo que vive aislado de la sociedad contemporánea, no utiliza al menos un servicio público y solo necesitará llegar hasta una ciudad para utilizar al menos un servicio público, como puede ser el caso del transporte público de pasajeros.

Nuestra Constitución Nacional, en un par de normas de plena operatividad para nosotros pero la doctrina no es pacífica en esto, no solo distingue claramente el concepto de usuario del de consumidor, sino que, además, les brinda protección diferenciada a uno y a otro. Solo al primero le garantiza el control de calidad y eficiencia de los Servicios Públicos y la existencia de sus marcos regulatorios, que fueron dictados y se encuentran vigentes, pero solo para dos servicios públicos, fueron dictados por ley formal, es decir emanada del Congreso. Otra normativa importante y será analizada por doctrina constitucionalista y por constituciones comentadas es el artículo 43<sup>16</sup> de la CN, que otorga un acción de amparo para proteger derechos individuales como colectivos.

La sanción de la ley n° 24.240<sup>17</sup> y sus modificaciones no ampliaron los derechos de los usuarios, sino que se ocupó en profundidad sobre los consumidores, dejando a los usuarios relegados. Solamente legislo en materia de Servicios Públicos domiciliarios, aunque no debemos olvidar que es de aplicación subsidiaria, siempre que en el marco regulatorio del servicio no sea tratado el tema, o más perjudicial que en la LDC.

Los entes reguladores aún no son independientes y actúan como órgano de parte, en muchas ocasiones aprobando decisiones que perjudican a los usuarios y benefician la ecuación económica financiera de los prestadores, pudiendo actuar en connivencia con

---

<sup>16</sup> CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Bs. As. Clarín. 2010. Págs. 13 y 14.

<sup>17</sup> Ley N° 24.240. Ley de defensa del consumidor. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 12/05/10].

estos o sea como órgano dependiente e incompetencia técnica, sin dejar de remarcar su falta de ética, por ello es necesario el control judicial posterior a la decisión de estos cuando afecte derechos de los usuarios.

## **Capítulo I**

### **La regulación económica.**

**Sumario:** 1. Introducción. Importancia de su estudio. 1.2. Antecedentes de una necesaria regulación. 2. Algunas reflexiones. 3. ¿Regulación o desregulación? 3.1. Hacia el control o libertad de empresa. 3.2. Autorregulación. 4. Sentido de la regulación económica. 4.1. ¿La regulación protege o lesiona los derechos? 5. Derecho Comparado: la regulación económica en los EE.UU. Evolución. 6. ¿Quién es el titular de la regulación en el orden Nacional? 6.1. ¿Qué aconteció luego de vencidos los plazos de la delegación legislativa? 6.2. La regulación interjurisdiccional.



## **1.- Introducción. Importancia de su estudio.**

El proceso de transformación del Estado argentino, iniciado a partir de 1989 con la sanción de las leyes de reforma administrativa y emergencia económica como marcos estructurales de dicho proceso, involucra tendencias dirigidas a su redimensionamiento, pautas de descentralización, desestatización, desmonopolización y desregulación, instrumentadas entre otros mecanismos, mediante el traspaso de actividades de carácter empresario en manos públicas al sector privado, operadas en los procesos de privatización de empresas, sociedades y haciendas públicas que incluyeron principalmente a las grandes empresas y sociedades prestadoras de servicios esenciales, cuya gestión se encuentra actualmente a cargo de empresas y consorcios de empresas privadas. Dicha transformación implica un replanteamiento del rol del Estado cuyo principal objeto se centra en la concentración de su desenvolvimiento y actuar en el ejercicio de sus funciones esenciales, naturales y propias, habiendo fracasado el esquema anterior que representaba un Estado megalómano, paternalista, ineficiente y derrochador, sustentada esa transformación en el clásico principio de subsidiariedad de la actuación del Estado.<sup>1</sup>

Para la elaboración de este primer capítulo fue muy importante contar con trabajos realizados por expertos en el tema, de acuerdo a que este específico tópico es difícil encontrarlo tratado en obras generales de los especialistas, como difícil es encontrar trabajos para desperdiciar, también los datos aportados de diferentes fuentes nos sirvieron para mantener actualizada una discusión que hoy se encuentra en el ámbito del Congreso nacional y la Constitución Argentina. La metodología utilizada fue principalmente la hermenéutica jurídica y como ya expresáramos las técnicas de cruzamiento de datos.

Es uno de los temas capitales del Derecho Administrativo clásico que, además, ha cobrado una renovada actualidad, el que concierne a la regulación económica de los

Servicios Públicos.<sup>2</sup> De acuerdo a lo expresado por ese jurista nacional tan reconocido en la materia que nos ocupa, consideramos por los motivos que a continuación pasamos a explicar, justificada la relevancia del interesante tema a tratar a lo largo de esta primera parte.

La vida en sociedad supone necesariamente la regulación de la conducta de los individuos y grupos de personas. Es el eterno dilema de cuánta libertad y cuánta autoridad.<sup>3</sup> Se puede discurrir siempre respecto a la regulación y desregulación pero mientras tanto, por acción u omisión, estaremos en algún punto de la balanza. Como decía Rivero,<sup>4</sup> tanto se puede estar en la “ley de la jungla” como en la “jungla de la ley”. La experiencia indica que las leyes y reglamentos demasiado minuciosos o abarcativos pierden efectividad, terminan en la imposibilidad de aplicación práctica y son la base de la ineficiencia económica o inclusive de la corrupción administrativa en perjuicio final de los usuarios y consumidores (normas ostensiblemente favorable al productor). También puede resultar en perjuicio inicial del productor y final del consumidor; o sea, todos pierden.<sup>5</sup>

El punto de tesis del capítulo en análisis es el relativo a que, siempre que una regulación económica fuese escasa y precaria causaría la desprotección de los usuarios, en beneficio de las empresas prestadoras de los Servicios Públicos, siendo la forma primigenia e indirecta que el Estado tiene para proteger a usuarios.

Se entiende a la regulación como el dictado de reglas para controlar la manera en que las empresas públicas y privadas conducen sus operaciones<sup>6</sup> o como el dictado de normas o leyes para controlar las decisiones de las empresas relacionadas con los precios, las ventas o la producción<sup>7</sup>. Entonces, regulación es una actividad esencial y de sustancia normativa o materialmente legislativa en tanto que regular aparece como sinónimo de disciplinar por medio de reglas<sup>8</sup>. Cabe distinguir entre lo que es una reglamentación a secas, del ejercicio del derecho para facilitar el funcionamiento del

mercado, de aquellas otras que están dirigidas a la alteración del mercado en su funcionamiento, las primeras son reglamentaciones y las segundas, son regulaciones. En el caso de las regulaciones el Estado pretende alterar el resultado del juego de las fuerzas del mercado con una falla, intentando orientar, dirigir la conducta de los agentes en una dirección determinada, así es que la regulación no se queda en meras prohibiciones sino que, en muchos casos, lo que hace es imponer prescripciones de cómo deben actuar los regulados. Se afirma que las regulaciones son reglamentaciones al ejercicio de los Derechos Constitucionales y no una especie jurídica nueva. La regulación aparece como una actividad interventora pública que sirve para restringir o limitar la conducta de los agentes económicos incidiendo en el curso de acción de estos; cabe concluir que toda regulación, por lo antes aclarado, queda englobada en la figura de poder de policía.<sup>9</sup> En un punto del presente capítulo se tratará particularmente lo atinente a la regulación económica, allí nos remitimos.

Y en medio de un cambiante escenario, donde nuevos marcos legales y reglamentarios introducen grandes innovaciones sobre los esquemas tradicionales del Derecho Administrativo y hasta se discute la supervivencia del Servicio Público como institución jurídica apta para regir este proceso, aparecen los entes reguladores, cuya función básica y esencial consiste en actuar como factores de equilibrio y recomposición de los diferentes intereses en juego, sin perjuicio de la posibilidad de que los afectados por sus decisiones promuevan el control judicial en defensa de sus derechos. Como fue expresado, a lo extenso del presente capítulo se analizará detenidamente la regulación económica, su conveniencia, el anecdótico caso de la regulación por el mercado mismo y lo atinente a quien corresponde la regulación en nuestro país, como también el derecho comparado con los EE.UU. Seguidamente serán traídos a colación todos aquellos cambios en nuestro Estado a lo largo del tiempo que justifican la regulación económica, luego en el próximo punto, una serie de reflexiones

introdutorias explicarán en síntesis los nuevos medios con que cuenta hoy el Estado para ejercer la regulación.

## **1.2.- Antecedentes de una necesaria regulación.**

El sistema que rigió en la Argentina desde 1946 hasta 1989 se caracterizó por la concentración de los poderes regulatorios en las propias empresas estatales prestatarias de esos servicios, sin dejar de reconocer un margen para el ejercicio del poder de policía por parte de los órganos de la Administración central, margen que, en la práctica, no impidió los constantes desequilibrios financieros ni los abusos y arbitrariedades que solían incurrir los funcionarios de turno.

Ese estado de cosas ha sufrido un cambio radical debido al proceso de transformación del Estado, a partir del cual se perfilan nuevas funciones de éste regidas por el Derecho administrativo. Una de estas funciones es, sin duda, la concerniente a la regulación económica de los servicios públicos, cuyo fundamento y medida se debe regir por el principio de subsidiariedad<sup>10</sup>, el cual solo justifica la regulación en la medida en que sea necesario que el Estado deba intervenir para garantizar la continuidad y regularidad de los Servicios Públicos y armonizar las relaciones entre los prestadores del servicio y los usuarios. En cambio, cuando el funcionamiento del mercado permite la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, sin que concurren posiciones dominantes que los distorsionan, la regulación carece de sentido, así como también cuando es posible la llamada autorregulación o los acuerdos entre los sectores involucrados. Los mecanismos espontáneos o de consenso resultan siempre preferibles a cualquier regulación proveniente de los funcionarios, muchas veces alejada de la realidad o influida por criterios tanto políticos como ideológicos<sup>11</sup>. Postura de un sector de la doctrina nacional que defiende la libertad del mercado y considera que el Estado debe intervenir donde se produzcan fallas en aquel o cuando por inactividad de los particulares en una actividad determinada, sea el Estado

quien debe realizar dicha actividad o regularla para reparar la falla producida. Que en innumerables ocasiones la regulación de los funcionarios es impropia, hay que reconocerlo, pero tampoco la libertad de mercado es lo apropiado, se conocen las causas que han dejado crisis en los principales mercados mundiales.

A causa del proceso de transformación del Estado, estas instituciones asumen un papel de gran trascendencia en el plano de relaciones que vinculan tanto al Estado con los distintos actores del mercado prestador de servicios como a las empresas concesionarias o licenciatarias con sus clientes. Es indudable que la privatización ha sido la causa principal de éste fenómeno, pero también es cierto que la operación privatizadora no pudo resolver, en sí misma, toda la compleja problemática que actualmente se plantea en planos jurídicos, económicos y hasta político<sup>12</sup>, los cuales no pueden o no quieren ser resueltas dichas problemáticas, interrogante aún en estado de resolución.

En nuestro país las reformas del Estado, en el marco de la Ley 23696<sup>13</sup> (1989) y de la Constitución Nacional (1994), introdujeron con relación a los Servicios Públicos las políticas centrales de regulación y la exigencia de calidad y eficiencia en la prestación de los mismos, precepto que surge del artículo 42 de la Constitución Nacional que prescribe: “ 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, a la de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y 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”<sup>14</sup>, y políticas que se aplican tanto con respecto a los prestadores privados, incluyendo las cooperativas, como a los públicos, cualquiera sea su forma jurídica.

En cuanto a los estándares de eficiencia y calidad de tal tipo de servicio, la administración ha quedado sujeta a una obligación de resultado que consiste en satisfacer adecuadamente el interés público, con el compromiso de la responsabilidad de los funcionarios ante un resultado ineficiente y el correlativo deber de los órganos de control de verificar la calidad de los resultados,<sup>15</sup> cabe aclarar que los organismos de control, como sujeto obligado al cumplimiento de que la prestación del Servicio Público sea realizada con calidad y eficiencia, aún hoy se encuentran en mora, por que la calidad de los servicios públicos en innumerables casos, es precaria, pensar solamente en al transporte urbano de pasajeros de las grandes ciudades, en el servicio de transporte ferroviario, en el servicio de gas natural en época de mayor consumo y en el servicio de energía eléctrica en verano, donde los cortes imprevistos son moneda corriente, es en esos momentos donde la calidad es inexistente, porque hay interrupción de la prestación, el servicio publico es prestado con irregularidad, o es lo mismo decir que no hay prestación y la eficiencia es deficiente.

Serán traídas a continuación explicaciones de temas que hacen a la esencia misma de la regulación y nos muestran una perspectiva nítida de la temática en análisis.

## **2.- Algunas reflexiones.**

Todo mercado es, por definición, un mercado “regulado” en la medida en que, para que exista, es necesario que haya instituciones con reglas preestablecidas y a su vez organizaciones que las apliquen. Es claro, entonces, que además de no haber mercado sin derecho, tampoco los hay sin la participación del Estado que se constituye,

precisamente, en garante de su existencia y funcionamiento, como surge de nuestra Constitución nacional.<sup>16</sup> Así, no solamente la Constitución protege el mercado competitivo sino toda forma de mercado. Porque sería un contrasentido que la Constitución, por un lado, proclamara la libertad e iniciativa económicas y, por otro, no se autoimpusiera la obligación de proteger al mercado.<sup>17</sup>

Lo primero que se observa es que el objeto de la regulación económica se circunscribe a las actividades vinculadas a la satisfacción de necesidades cuyo régimen de prestación aparece regulado por el Derecho Público. En unos casos, las necesidades son de primer orden, es decir, primordiales, son los Servicios Públicos, mientras que otras son meramente generales, las llamadas actividades de interés público.

En forma contemporánea a la privatización de la gestión de los Servicios Públicos aparecen los marcos regulatorios de cada una de las actividades junto a los entes creados por el Estado para aplicar esas regulaciones y entender, en una especie de instancia administrativa de naturaleza jurisdiccional, en los conflictos que se susciten entre las empresas concesionarias o licenciatarias de los servicios y los usuarios.<sup>18</sup>

Su inserción en el aparato del Estado como órganos técnicos independientes importa que no se persigan a través de ellos políticas económicas ajenas al objeto de su cometido. La política económica estará en manos del Congreso, no de la autoridad central ni de delegaciones a la administración central.<sup>19</sup>

Lo antedicho por ese reconocido jurista, de corte más teórico e idealista, haciendo vista ancha a la situación constitucional actual en nuestro país, queda relegado a un deseo de realidad más que una concreta visión crítica del presente de los marcos regulatorios, los entes reguladores y la violación flagrante a la Constitución, por parte de los funcionarios nacionales, con absoluto desprecio hacia las instituciones y la comunidad, así claramente lo expresa el Dr. Agustín Gordillo, de corte crítico y realista: “la actividad de todo sujeto de derecho tiene al menos la legislación de Derecho Civil,

penal, comercial, etc., que la regula, emanada de un cuerpo legislativo, electivo, representativo, en suma el Congreso por el procedimiento previsto para la sanción de las leyes. Pero a su vez cabe distinguir entre ese tipo de normas, dotadas de una cierta seguridad y previsibilidad y las cambiantes, numerosas y minuciosas resoluciones. “Algo anda mal cuando hay que leer el Boletín Oficial todos los días para saber cuál es la normativa vigente, como ocurre hace décadas entre nosotros”<sup>20</sup>, estarán de más las aclaraciones.

El desafío que tenemos como sociedad es si podremos pasar en forma integral y no anecdótica al sistema de entes reguladores independientes, integrados por personas designadas mediante procedimientos públicos de concurso que garanticen su idoneidad técnica con prescindencia de su afiliación política, que tengan estabilidad, imparcialidad e independencia, sin intervención ni injerencia de la autoridad política de la administración central.<sup>21</sup> Sobre los entes reguladores en particular nos ocuparemos en el tercer capítulo, al cual remitimos, por ser órganos encargados de tutelar a los usuarios como principal finalidad, entre otras funciones de importancia, porque al encontrarse entre dos actores cuyo desequilibrio es notorio, estos tienen el deber de equilibrar.

Hoy podríamos pecar de ingenuos, pero con responsabilidad social, compromiso ciudadano y que todos los actores involucrados tengan como horizonte el interés público, se puede llegar al objetivo de que las instituciones previstas para proteger a los usuarios cumplan su verdadera finalidad.

Si fueron expresados anteriormente los motivos de la regulación y la función que ella cumple siendo realizada por el Estado o los organismos que él crea, pasaremos a detallar la cuestión referida a la intervención del Estado en la economía, un tema de larga data con consecuencias importantes en nuestro país.



### **3.- ¿Regulación o Desregulación?**

Siempre se ha discutido cuál debe ser el grado de intervención del Estado en la economía: desde el obsoleto poder de policía, pasamos sin respiro a la discusión del también antes llamado intervencionismo estatal, el sector público de la economía, el dirigismo económico y la planificación. El discurso social se orienta ahora, con un sentido más neutro, a la regulación y desregulación de servicios privados en competencia, o concedidos por el Estado en monopolio. Se parte del criterio regulatorio, pero en confrontación con la palabra “desregulación,” que invita al debate, en vez de pretender cerrarlo.<sup>22</sup>

Nadie propone que el Estado deba siempre regular todo como en los Estados Comunistas, tampoco una desregulación total, como en el Capitalismo Liberal, el mejor de los ejemplos lo encontramos en los EE.UU. donde la bipolaridad de los partidos políticos se diferencian en los Demócratas quienes efusivamente postulan la regulación de determinadas actividades, al que denominaremos Capitalismo moderado y en el otro lado se encuentra el partido Republicano, donde la desregulación total de la Economía y el mercado fue y será su método de Gobierno, que se denomina Capitalismo Liberal y llevo a la crisis total del sistema financiero norteamericano, con la bancarrota de Lehmann Brothers, una importante corporación que sostuvo el sistema financiero desregulado durante los dos gobiernos del partido Republicano de George W. Bush. En nuestro país, muchas veces a contramano, luego de un lapso muy corto en que se postuló la libertad total del mercado, menos de una década, bajo el principio de la desregulación o desmonopolización como privatización, se ha afirmado la tesis de una moderada dosis de intervencionismo estatal, hoy discretamente llamado regulación,<sup>23</sup> lo cual significa que no se regula todo ni siempre, sino que caso por caso, época por época, se determina si algo se somete a regulación y en caso afirmativo qué y cómo, por cuánto

tiempo. Sería la esencia de la regulación el reemplazo explícito de la competencia por las órdenes gubernamentales.<sup>24</sup>

Lo que hay que resaltar, es que la libertad total del mercado o desregulación económica, trajo en Argentina una consecuencia indeseada, con un costo social muy alto, importantes índices de pobreza e indigencia, alto porcentaje de desocupación y la notable desindustrialización nacional, esperemos que no vuelva a ocurrir.

### **3.1.- Hacia el control o libertad de empresa.**

La síntesis del problema se resume en el tradicional conflicto que procura resolver el Derecho administrativo: control (poder) versus libertad de empresa. No podría el control, en efecto, sin riesgo de caer en decisiones ilegítimas, intervenir en la gestión empresaria bajo el pretexto de que se trata de actividades en las que directa e inmediatamente se encuentra involucrado el interés general, cuando esa intervención se ejerza en exceso de las facultades legales y reglamentarias que el control ostenta y en la medida que su acción no esté íntimamente ligada a la prestación de la actividad en la que se encuentra interesada la sociedad, estaremos en graves problemas, por lo que no hay alternativa de permitirlo.<sup>25</sup>

La clave del cambio está en abrir los servicios públicos a la competencia y a las leyes del mercado, disminuyendo la regulación y sobre todo, cambiando el sentido de ésta. Y ello debe provenir de la creación de las condiciones legales que permitan el surgimiento del mercado allí donde sea posible y limitar y proteger a los usuarios allí donde se mantengan las condiciones de monopolio natural. No una regulación sustitutiva del mercado sino promotora e incentivadora de la competencia.

Es cuando se dan las denominadas “fallas del mercado” que este no llega a cumplir su mecanismo de eliminación de costos de transacción o si lo hace es deficiente, decimos que “falla” en su finalidad, por eso es que se dice que nos encontramos ante las “fallas del mercado”, que algunos han asimilado a la quiebra de la

competencia.<sup>26</sup> Ante estas, esta claro que surge, como modo de reparar el mercado, y estimular la competencia, como antes fue dicho; la regulación en plenitud, no caben dudas que es un concepto multívoco.

Ahora la pregunta es: ¿Cuáles son las fallas del mercado? Principalmente se señalan cuatro: las economías de escala, los bienes públicos, las externalidades y la información imperfecta.

Las economías de escala, significan estructuras de costes en las que resulta preferible producir mediante monopolios que mediante muchas empresas en competencia, los típicos casos de las infraestructuras en red, como por ejemplo: red de distribución de agua potable o gas natural, ya que con más de una red los costos de distribución por unidad de producto resultarían mas elevados y por ende, el costo por consumidor sería más alto. En consecuencia, es ineficiente comparado con una red única. Se daría un monopolio natural.<sup>27</sup>

Bienes públicos, se denominan aquellos en los que el consumo o disfrute de uno por un determinado individuo no resta nada al de otros individuos, por una inexistencia de rivalidad en el consumo, como tampoco un individuo particular no puede excluir a otro de su goce y disfrute, el ejemplo es el de la defensa nacional.

Las externalidades existen siempre que una persona o una empresa puedan realizar una actividad que afecte directamente a otras, pero por la que no paga ni recibe una compensación por ella. El agente no es el único que sufre las consecuencias de sus actos, también las sufren otros, pudiendo ser negativas o positivas. Las primeras suponen que uno solo agente se beneficia con la conducta, siendo la sociedad quien sufre las consecuencias adversas, es el caso de la contaminación ambiental, en cambio las positivas, suponen beneficios que surgen de la conducta de un agente, que paga los costos, son apropiados por la sociedad, es el típico caso de los inventos, donde el agente solo percibe una parte de los beneficios que ha causado a la sociedad con su invento.

Y la información imperfecta, supone que los participantes del mercado no tienen toda la información relevante disponible para realizar eficientemente la transacción. Es la otra cara de la moneda del “modelo de competencia perfecta”, donde todos los agentes tienen a su disposición dicha información. A su vez, la información imperfecta es asimétrica, porque no está disponible para ambas partes de la transacción en un plano de igualdad, sino que se encuentra, como lo explica el premio Nobel de Economía, Stiglitz, desbalanceada a favor de una de las partes.<sup>28</sup> Es el caso del mercado de capitales donde quienes tienen información importante son los *managers* y no los accionistas ni los inversores.

Todas estas fallas del mercado fueron utilizadas como fundamento tradicional para justificar la intervención pública por medio de la regulación, porque se piensa que el Estado puede corregirlo, se señala “cuando hay una falla del mercado, en teoría, la regulación puede ser capaz de lograr el bienestar social”.<sup>29</sup>

Resulta que la libertad de empresa reconocida en la Constitución Nacional, como un Derecho fundamental de los ciudadanos, aparece constantemente negada en las empresas de servicios públicos, en la legislación y la práctica, así es que se produce una interferencia de la autoridad administrativa titular del servicio sobre la dirección o *management* de la empresa gestora<sup>30</sup>. A pesar del mandato constitucional, la libertad de empresa no se logra todavía en nuestro país, los motivos deben ser numerosos, desde los más ingenuos hasta aquellos que lindan con la corrupción.

### **3. 2.- Autorregulación.**

Se postula hoy en el mundo, no por el momento en Argentina, que la libertad de mercado constituye el mejor regulador en materia de calidad y precios al consumidor: el productor ineficiente por mala calidad o alto precio se sale del mercado y es castigado por éste con la declinación de sus ventas y finalmente la falencia o desaparición; es una autorregulación. Ello constituye la antítesis de la solución planificadora en la cual el

Estado era el que determinaba qué producir, bajo qué parámetros, con qué precios, etc. En la teoría económica actual, el Estado no tiene por qué intervenir en materia de qué producir, ni a qué precio hacerlo, o en qué cantidades, ni quiénes pueden o deben producir. Pero ninguna autoridad administrativa Argentina va a considerar que puede dejar al mercado que funcione sin intervención suya.<sup>31</sup>

Es obvio, que determinadas cosas no pueden dejarse libradas al mercado: qué medicamentos autorizar o no a la venta y con que restricciones, tampoco es el caso argentino, donde la regulación peca de exceso, es de verdad conocida los conflictos judiciales que surgieron sobre éste tema, los indicios de aportes a la campaña presidencial de las droguerías más importantes, vínculos con el poder, manejo de fondos de obras sociales y adulteración de medicamentos, corrupción en definitiva si nos sinceramos, aquí el exceso de regulación esta encubierto y en beneficio de unos pocos o con desviación del fin.

El atraso de los países latinoamericanos de debe a la obsesión por el desarrollo económico y el descuido de los factores éticos, institucionales y políticos igualmente importantes, en cambio en los Estados Unidos que desde sus comienzos fue un país económicamente subdesarrollado con relación a Inglaterra, pero su prioridad fue establecer una Constitución y cumplirla, algo que aun no sucede en nuestro país, sobre cumplir la Constitución hacemos referencia. En cada caso deberá evaluarse el costo y el efecto social conseguido, para saber si se ha logrado un equilibrio regulatorio mejor que el equilibrio del mercado. Dice Bruno Leoni, citado por Moreno Ocampo “existe una conexión implícita entre la Economía y el Derecho, pero los economistas rara vez la consideran un objeto especial digno de investigación. Se ocupan, por ejemplo, del intercambio de bienes pero no del intercambio de comportamientos que hace posible el primero, reglamentado y en ocasiones un mercado libre parece más natural que el gobierno o independiente de este último. En realidad, un mercado no es mas natural que

el propio gobierno, y ambos no son más naturales que, por ejemplo, los puentes”<sup>32</sup>.

Consideramos que si el mercado fuera lo más natural, no sería necesaria la regulación, porque este se regularía a sí mismo, sin necesidad de que el Gobierno, institución menos natural que aquel lo regule, análisis que podría pecar de anarquista, según la forma en que se lo observe. Como tampoco existe la ajenidad entre regulador y regulado en este caso, porque los mismos regulados son quienes se regulan por sí mismos o auto-regulan.

Si hemos visto todas las formas en que se puede regular un mercado y las virtudes y defectos que cada uno trae para un país y por ende a su población, remarcando las consecuencias que han traído a los Argentinos y Latinoamericanos, estamos en condiciones de pasar a buscar la esencia misma de la regulación, aclarando que es dirigir determinadas actividades para que no tomen un rumbo indeseado, entonces así las cosas ahora veremos su importancia en el tema de los Servicios Públicos, sin dejar de soslayar la incertidumbre acerca de la posibilidad que la regulación pueda, según como se haga lesionar o proteger derechos.

#### **4.- Sentido de la regulación económica.**

La regulación económica constituye una de las funciones esenciales del Estado subsidiario que se configura básicamente, en su dimensión normativa, como una típica emanación del poder de policía. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad en el campo económico a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los Servicios Públicos con los intereses de la comunidad, entre los cuales se ubica la protección de los usuarios. No hay que confundir la regulación económica con el Servicio Público. En rigor, el Servicio Público, como síntesis de una actividad prestacional que satisface necesidades primordiales de los habitantes, constituye el objeto de la regulación económica.

Su necesidad aparece como un correlato del servicio público con el objeto de armonizar los poderes de los prestatarios con el interés de los clientes o usuarios y, mas todavía, con el interés más genérico de la comunidad, interés público en suma. Desde luego que ni el grado ni la intensidad de la regulación pueden ser ilimitados ni absolutos, siendo mayor en aquellos supuestos donde existan situaciones de monopolio o exclusividad, aunque no todo servicio público tiene *per se* estas características. En menor grado, también están alcanzadas por las regulaciones administrativas las llamadas actividades de interés público.<sup>33</sup>

Pero, la regulación económica tiene hoy día un nuevo sentido, como consecuencia de asignarle, entre otras, la función de estimular y proteger la libre competencia en beneficio de los consumidores, lo que conlleva adoptar, en forma previa o concomitante, una política de segmentación de los diversos mercados junto a la desregulación de las actividades comerciales o industriales, con el fin de sustentar las libertades básicas del mercado.<sup>34</sup>

Es frecuente leer acerca de la regulación económica y no de regulación social, pero esa dicotomía es proclive a errores. Toda regulación social tiene efectos económicos; toda regulación económica tiene efectos sociales. Que los efectos puedan ser mayores o menores, no hay duda; pero parece imposible postular que no existen.

Lo antedicho se aprecia mejor cuando se advierte que difícilmente exista una decisión regulatoria económica intrascendente: si se afecta el medio ambiente para producir energía barata, esto es hoy económicamente conveniente, pero no socialmente; mañana será social y económicamente inconveniente. Sea en términos sociales o económicos, siempre ambas cuestiones interactúan en toda regulación.

Si se determina que una actividad económica cumpla tales o cuales requisitos adicionales, ello importará un mayor costo del producto y un mayor precio de venta a los consumidores: la decisión regulatoria podrá ser adecuada o no, pero en cualquier

caso no es económicamente intrascendente, ni tampoco socialmente. La regulación no puede ser calificada en abstracto de buena ni mala: lo que importa es en cada caso concreto.<sup>35</sup>

Para concluir este punto, se debe aclarar que la doctrina internacional y también la nacional, clasifican las múltiples especies de regulación existentes: entre las que más nos interesan, las divide entre la “regulación social” y la llamada “regulación económica”, la primera es el tipo más reciente de regulación, y tiene como finalidad proteger efectos secundarios o externalidades debidas a la actividad económica<sup>36</sup>. Frente a la anterior se encuentra la “regulación económica”, se ha dicho que esta incluye a las condiciones impuestas por el Estado que influyen directamente en las decisiones del mercado, y que tiene como objetivo la maximización de la eficiencia económica.<sup>37</sup>

La doctrina construye un concepto técnico de esta última, una actividad pública de intervención directa que establece restricciones a las decisiones empresarias en materia de ingreso y salida del mercado, cantidades y calidades de los bienes como así también los servicios, en definitiva, conforma, el contenido de la actividad objeto de intervención.<sup>38</sup> Puede observarse que si bien existen vínculos entre el Servicio Público y la regulación económica, la primera no queda subsumida en la segunda, tampoco sucede al revés.

#### **4.1.- ¿La regulación protege o lesiona los derechos?**

“La lesión de los derechos”: puede serlo tanto de los prestadores regulados como de los usuarios, consumidores y administrados que se relacionan con los prestadores regulados. La regulación de una tarifa de Servicio Público o peaje, por ejemplo: puede resultar en perjuicio de quien lo paga y en ingente beneficio del que recibe la regulación de la tarifa. La regulación de la calidad y normas del servicio que debe prestarse puede ser también utilizada como un instrumento de extorsión al regulado, al imponérsele normas de difícil o imposible cumplimiento; no hay que pecar de inocencia en esto.



También puede ocurrir que la regulación proteja los derechos de usuarios y consumidores (la parte más débil de la ecuación real de poder) y limite los derechos de los prestadores de servicios públicos o actividades económicas y sociales. Ninguna postulación puede generalizarse.<sup>39</sup>

En realidad todo puede ocurrir, pero salvo las normas de algunas autoridades regulatorias cuasi independientes, la regulación de los Servicios Públicos que dicta la administración a veces favorece más al servicio mismo en cabeza de sus prestadores, que los intereses de los usuarios y consumidores. En las actividades en competencia es frecuente que la administración cree madejas burocráticas aptas para muchas cosas pero no para tutelar el usuario ni la competencia: incluso es posible que sus requerimientos aumenten los costos del oferente y por ende los precios al consumidor final, sin un beneficio público proporcional.<sup>40</sup>

Hay regulaciones francamente monopólicas en un mercado libre. Pareciera así que se da lo peor de los dos mundos: se regula de menos donde hay monopolio, se regula de más donde hay libre competencia. Esta irracionalidad puede tener su explicación en los mecanismos paralelos de la administración.<sup>41</sup>

Estamos acostumbrados a que la regulación, sea económica o social, siempre tienda a la protección o beneficio mediato, pero beneficio al fin de los prestadores, que generalmente con la excusa de la alteración de la ecuación económica financiera, pretenden mayores réditos y al momento de regular es allí donde la administración central directamente o indirectamente por medio de los entes reguladores, otorga beneficio para estas formas empresarias monopólicas que a su antojo alteran tarifas o precios. Puede afirmarse, entonces que la regulación siempre protege derechos, porque a alguna parte de la relación jurídica beneficia, pero a su vez también siempre lesiona los derechos de la otra parte, es una cuestión que no tiene fin, porque sería necesario que se encuentre un equilibrio, que beneficie a todos los sujetos intervinientes en la relación, y

como puede ser llevado a cabo, es fácil decirlo teóricamente, es en la práctica donde la cuestión se dificulta, lo que sostenemos es que debe siempre proteger los derechos de los usuarios y nunca lesionarlo, y si alguien tiene que sufrir un menoscabo debe ser el sujeto que se encuentre en mejor situación, que normalmente no son los usuarios.

La temática a tratar a continuación es una introducción sobre los entes creados con la transformación del Estado nacional, encargados especialmente de ejercer una regulación sobre los Servicios Públicos privatizados, porque se verán detalladamente en el capítulo tercero como una institución que debería proteger a los usuarios y precisamente, en referencia a si estos se encuentran ejerciendo en plenitud los poderes que la Carta Magna les otorgó o están dirigidos hacia otros objetivos, es lo que viene a continuación, también haremos referencia a la historia y las funciones que las *independent regulatory commissions* tuvieron en Norteamérica como subtítulo, antecedente necesario de nuestros entes y copia exacta de aquellos, que solo se asimilan en teoría, pero lo que no se imita es su funcionamiento, como veremos después de la descripción sobre las funciones de los entes locales.

### **5.-Un intento por descubrir si los entes reguladores cumplen la función constitucional.**

Sabido es que el artículo 42 de la Constitución nacional exige entes reguladores independientes<sup>42</sup>, con participación decisoria de las Provincias y los usuarios, que deben ser independientes de la administración central; la participación de las Provincias y usuarios debe ser con voz y voto en su directorio. La denominación de estos entes en la Constitución indica que su función es ejercer facultades regulatorias y también controlar el cumplimiento de las normas. El principio que deviene de la Constitución es que el poder concedente no regula y el ente regulador no concede. Sin embargo, la administración central todavía no se anotició del cambio constitucional y sigue

produciendo normas reglamentarias para las cuales carece constitucionalmente de competencia.

Pareciera absurdo, salvando la facultad legislativa de regular cualquier actividad, preguntarse quien más puede o debe tener esta facultad sobre los Servicios Públicos. Si la Constitución prevé organismos especiales al efecto, llamados entes reguladores, o agencias reguladoras independientes, están precisamente para regular, así como también, que deben existir en su actividad regulatoria otros mecanismos de participación ciudadana como la audiencia pública. Con lo cual se refuerza su diferencia de la administración central y resulta inevitable que la competencia reguladora sea propia de él y no del Poder Ejecutivo, máxime que las actividades regulatorias de éste han quedado limitadas o eliminadas por la Constitución. Consecuencia de esta facultad propia de los entes y de la prohibición al Poder Ejecutivo, Ministros y Secretarios de regular, es que resulta inconstitucional prever una vía de alzada ante el Poder Ejecutivo contra los actos de los entes reguladores, así la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que no procede la revisión por vía de alzada contra actos administrativos dictados por entes reguladores, en ejercicio de competencias que les han sido encomendadas en función de su idoneidad técnica, cuyo objeto sea técnico y el recurso impugne únicamente ese objeto, salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad.<sup>43</sup>

En teoría las funciones de estas autoridades regulatorias independientes son claras, pero por motivos que no estamos aptos para dilucidar ni muchos menos explicar, en la práctica se encuentran muy turbias, ejerciéndolas desde la transformación del Estado las mismas autoridades administrativas que siempre lo han hecho y me atrevo a decir que lo seguirán haciendo, configurando una flagrante violación al sistema jurídico, no cumpliendo ni tampoco pudiendo asumir el rol constitucional que se le ha consagrado claramente luego de la reforma constitucional de 1994 y como efecto inmediato de ello, es que los entes reguladores no pueden llevar a cabo su finalidad,

cualquiera sea su criterio, ni tutelan los derechos e intereses de los usuarios, como tampoco armonizan, equilibran ni recomponen los diferentes intereses en juego. Es una deuda pendiente que estos tienen hacia la sociedad toda, aún todavía se está buscando su independencia, como también su idoneidad técnica, lo que deben preguntarse la clase política es si realmente quieren la independencia e idoneidad de esos entes, si así fuera, sería muy simple, hacer una selección transparente y democrática para alcanzar los objetivos propuestos por la Carta Magna, y también permitirle que los mismos cumplan la función esencial para lo cual fueron creados, la regulación, sino debemos preguntarnos, para que fueron incluidos en la Constitución nacional, por moda, porque los tenían otros países, como será analizado seguidamente el caso de los EE.UU. que siempre tomamos de modelo o porque realmente son necesarios, y afirmando que son necesarios es hora de soltar sus riendas de una vez y dejar que cumplan con su objeto, porque nunca sabemos si las cosas funcionan y son necesarias hasta que no las probamos en toda su amplitud.

## **5.1.- Derecho Comparado: la regulación económica en los EE.UU.**

### **Evolución.**

La denominación de “*public utility*” en el modelo norteamericano responde a las llamadas empresas de servicios públicos o a la misma actividad de servicios públicos. Sin embargo, los precedentes históricos y legales de la regulación de actividades económicas en el Derecho anglosajón, aparecen antes de que muchas de las industrias comúnmente denominadas “*public utilities*” fueran establecidas. A la inversa de cómo fue realizada en Norteamérica, en la parte sur del mismo continente y después de muchas décadas se comienza con la regulación de los servicios públicos, siempre llevándose a cabo luego de que los servicios públicos existieran como tales, inclusive aún después de que determinados Servicios Públicos sean privatizados y en forma monopólica. Por pereza o conveniencia, también en casos por cierto emparentamiento

con los grupos económicos poderosos y lidiando con la corrupción en nuestro país, los medios de protección a la población, siempre tardan en crearse y si es que se constituyen se les imponen limitaciones para su accionar, terqueza de los que bajo una función para beneficiar a la sociedad, desvían el propósito del desarrollo nacional para beneficiar a unos pocos.

Las actividades reguladas raramente eran monopolios, pero proveían al público de un servicio o producto de gran importancia. Los orígenes de la regulación de los servicios públicos se encuentran en el *common law* británico. Así, Lord Hale, Presidente de la Corte Suprema Británica, sostuvo hace más de tres siglos que cierta clase de actividades estaban afectadas con un interés público, observando que el bienestar general de todos depende en gran medida de la disponibilidad de ciertos servicios.

En general, los propietarios fueron obligados a servir a todo el que solicitara dichos servicios sin preferencias y a tarifas razonables. Esta noción fue también la fundación de la regulación de los servicios públicos norteamericana, impulsando acciones a nivel Estatal y Federal. En 1820, el Congreso otorgó a la ciudad de Washington el derecho a regular el precio del pan, del servicio de limpieza de chimeneas, y de la amarra en los muelles. En 1839, Rhode Island creó una comisión reguladora y fue muy pronto seguida por New Hampshire en 1844, Connecticut en 1853, Ohio en 1867, y Massachussets en 1869. Dichas comisiones tenían carácter asesor y de investigación de hechos con jurisdicción limitada a la industria de ferrocarriles, y si bien implementaban los niveles de seguridad, no tenían control sobre las tarifas. Un poco después de comenzar el movimiento Granger<sup>44</sup> en el Medio Oeste de los EE.UU., se establecieron las primeras agencias reguladoras estatales independientes (*independent regulatory commissions*), también denominadas agencias, por el año 1870. Fue por aquellos años que la gran expansión de los ferrocarriles había aumentado enormemente el poder comercial de las compañías ferroviarias, crecimiento que fue

acompañado, no solo sucede en Sudamérica, por el abuso en la fijación de las tarifas que sufrían los agricultores, en respuesta a esta situación algunos Estados comenzaron a dictar leyes de protección de los productores o “usuarios” fijando precios máximos, las cuales desde un principio fueron cuestionadas de inconstitucionales. Sin embargo, la Corte *Suprema* las declaró válidas, esas sentencias fueron conocidas como “caso de los granjeros” (*granger cases*), y como antes fue aclarado, así se inicio en los Estados Unidos la línea jurisprudencial que toleraba las medidas de intervención estatal en la economía privada.<sup>45</sup>

Entre 1871 y 1874, Illinois, Iowa, Minnesota y Wisconsin establecieron comisiones con autoridad para fijar tarifas máximas, para prevenir discriminaciones y evitar la unión entre líneas competidoras de ferrocarriles. Mientras las leyes Granger fueron derogadas a fines de 1887, salvo en Illinois, las comisiones establecieron un patrón que siguieron otros estados.

Las primeras comisiones del tipo de las que existen actualmente fueron creadas en 1907 en New York y Wisconsin. Para 1920, treinta y dos estados tenían agencias reguladoras de servicios públicos, a las que al aumentar la importancia de la electricidad, el teléfono y otros servicios públicos, se les concedió jurisdicción sobre dichas actividades. Su número fue incrementando aún más durante la década de 1930, dando lugar así a una creciente actividad reguladora.

A nivel federal, la primera agencia de este tipo, la Comisión de Comercio Interestatal (*Interstate Commerce Commission, ICC*), fue creada en 1877. Posteriormente, durante los años treinta, el gobierno federal creó otras tres comisiones encargadas de regular los servicios y tarifas del transporte y otros servicios. Fueron la *Federal Power Commission FPC*, con jurisdicción sobre las instalaciones hidroeléctricas en complejos hidráulicos navegables y sobre el transporte interestatal de electricidad y gas natural, que en 1977 fue disuelta y transferida su competencia

regulatoria a la actual FERC (*Federal Energy Regulatory Commission*); la FCC (*Federal Communications Commission*), creada para regular los servicios telefónicos y telegráficos interestatales e internacionales; y la CAB (*Civil Aeronautics Board*), con jurisdicción sobre la aviación civil; desaparecida en la actualidad por efecto de la desregulación del servicio de transporte aéreo.<sup>46</sup> Al igual que en los Estados Unidos, la Argentina a partir de 1930 vio nacer una variedad y cantidad de entes reguladores de diversas actividades económicas, aunque mucho antes existía la Dirección General de Correos, creada en 1875 por la ley n° 750, y la Dirección General de Ferrocarriles, creada en 1891 por la ley de Ferrocarriles n° 2.873, a las que cierta doctrina especializada en la temática los considera como los primeros entes reguladores en nuestro país<sup>47</sup>, ya en aquellos años nuestro país recibió las doctrinas del intervencionismo estatal en la economía, fruto de John Maynard Keynes (1883-1946) y como reacción a la crisis de los años 30, en Norteamérica por su efecto expansivo repercutió en nuestro país y en todo el mundo.

Diversos han sido los autores, en su mayoría norteamericanos, que han estructurado la evolución y los métodos de la regulación de los Servicios Públicos en los EE.UU., que por razones metodológicas solo traeremos a colación los métodos de regulación como antecedentes de la creación de las agencias o comisiones independientes de regulación y control, que son: a-) la regulación judicial, a través de las decisiones presentadas en las cortes por *common law*, caracterizado por la ausencia de medidas preventivas, y superado especialmente por la falta de personal especializado para atender casos complejos como en materia tarifaria. b-) la regulación legislativa directa, que regulaba a las empresas de servicios públicos mediante leyes especiales que incluían todo tipo de derechos entre los que se encontraba el régimen tarifario, con fijación de precios máximos y la limitación de la tasa de retorno para las empresas. La mayor inconveniencia de este tipo de regulación era la inflexibilidad y petrificación

normativa que tornaba imposible una regulación permanente; y c-) la regulación local a través del otorgamiento de franquicias, reguladas por decretos y ordenanzas de la ciudad y controladas por las municipalidades, que también resultó deficiente, habiéndose producido abusos en el otorgamiento indiscriminado de franquicias, en muchos casos perpetuas y exclusivas; y caracterizadas por falta de especialización e inflexibilidad.

La regulación y control de los Servicios Públicos a través de comisiones independientes, se considera más apto por cuanto las mismas pueden adaptarse al desarrollo de una sociedad compleja e industrializada que requiera una política de acción fundamentalmente continua, flexible y especializada. Por otra parte, las mismas además de desarrollar las actividades puramente administrativas de su competencia, tienen facultades para ejercer funciones de carácter cuasi-legislativas y cuasi-judiciales. Las primeras se identifican solamente con una parte de la función legislativa, aquella que nada tiene que ver con programas, fines y principios generales, y que por esto es la más cercana a la clásica función administrativa. El principio adoptado en la materia es que la expedición de normas generales por parte de estas agencias, dentro de los límites fijados en su delegación por el Poder Legislativo, si no derivan de leyes inconstitucionales, estas normas llamadas "*legislative regulations*" no son susceptibles de anulación judicial. En el caso de la función cuasi-judicial de las agencias reguladoras es tal porque da a las partes la posibilidad y les impone la obligación de presentarse ante un funcionario que actúa como juez especial "*examiner*", quien las oye según un procedimiento que ofrece garantías de un "*fair trial*" o juicio equitativo. A efectos de garantizar la imparcialidad, si bien son elegidos por los entes a quienes sirven, pueden ser removidos solamente por justa causa y con la aprobación de la "*Civil Service Commission*".<sup>48</sup>

En muchas áreas, pero especialmente de Servicios Públicos, la distribución de poderes entre el gobierno federal y los gobiernos estatales se encuentra confundida.



En dichos casos, deben prevalecer en principio los poderes de estos últimos<sup>49</sup>, algo que no es así en nuestro país, donde no está claro quien ejerce la titularidad de la regulación económica, como tampoco si pertenece a las provincias o al Estado Federal, y donde también puede pertenecer a ambos, en una regulación interjurisdiccional, todo es confuso, por lo que a continuación trataremos de aclararlo, pero afirmando que es una cuestión que en teoría parece simple, pero por motivos bien autóctonos, como por ejemplo delegaciones interminables, hoy regula quien no es titular y no regula quien debe hacerlo.

## **6.- ¿Quien es el titular de la regulación en el orden Nacional?**

En cada sistema regulatorio resulta imprescindible dilucidar en cabeza de quién se encuentra la regulación así como analizar la posibilidad de separar la función regulatoria de la de control. Una serie de razones impide, en nuestro sistema Constitucional, que el Congreso confiera a los entes de control un poder regulatorio autónomo o delegado habida cuenta de que, los preceptos de la Carta Magna sobre el tema, son confusos y establecen una jerarquía de competencias, que además de ser relativa no se cumple en la práctica, así es que:

La competencia para dictar normas generales le corresponde, en primer término, al Congreso y, en segundo lugar, al Ejecutivo, a través de reglamentos de ejecución o delegados, con los límites prescriptos en el artículo 76<sup>50</sup> de la Constitución Nacional, es expresa la Constitución respecto a cuál es el órgano titular para ejercer la regulación y cuál es el suplente.

Si bien resulta discutible que el Congreso puede delegar en entes de control que actúan en el ámbito del Ejecutivo, soslayando las atribuciones constitucionales de este último, cualquier delegación igualmente estaría acotado por los límites antes señalados, es decir, que preceptivamente debe precisar las bases de la delegación junto a la determinación de un plazo para su ejercicio.

El Ejecutivo, como poder concedente de las licencias y concesiones, ha establecido, en todos los casos, reglamentaciones aplicables a cada servicio y además, ha reglamentado los marcos regulatorios en los que se han basado las respectivas adjudicaciones en las diferentes operaciones de privatización llevadas a cabo. Si conforme a la Constitución Nacional el Ejecutivo es el órgano encargado de reglamentar las leyes que contienen los marcos regulatorios es evidente que una facultad similar le está vedada otorgar al Congreso a los entes de control no sólo por la anarquía normativa que se produciría sino porque la Constitución Nacional ha atribuido la potestad reglamentaria, en exclusiva, al Poder Ejecutivo, en el artículo 99, inc. 2º<sup>51</sup> de la Constitución Nacional.

Se impone la separación de la función regulatoria de las que lleven a cabo los entes de control, sin perjuicio de las facultades que el ordenamiento les atribuya para reglar aspectos de detalle que no impliquen la creación *ex novo* de obligaciones y derechos, lo dicho encuentra también fundamento en la circunstancia de que si los entes de control tienen atribuidas también funciones de naturaleza cuasi-jurisdiccional, ellos serían jueces de sus propios asuntos ( pues juzgarían sobre las normas que han dictado) contraviniendo de ese modo un trascendente principio general del Derecho, proveniente del Derecho Natural, que se aparta del objetivo constitucional de afianzar la justicia.<sup>52</sup>

No habiendo si dilucidado, ni aclarado a quien corresponde la titularidad de la regulación económica en el orden nacional, por lo que pareciera que pertenece a todos, pero en realidad pertenece al Congreso, pero lo ejerce el Poder Ejecutivo y también en menor medida los entes de control, trataremos de que con los aportes de otro reconocido jurista podamos llegar a descubrir a quien corresponde en esencia dicha titularidad.

Una cuestión fundamental es quién regula y a través de qué tipo de normas, dice el Dr. Agustín Gordillo: a la clásica regulación legislativa se une ahora, la regulación por las agencias regulatorias independientes, o entes reguladores a tenor del artículo

42<sup>53</sup> de la Constitución Nacional. Pero no por ello queda olvidada, sino que mantiene un alto lugar en la escena nacional, la sempiterna regulación por el Poder Ejecutivo nacional o sus Ministerios o Secretarías de Estado. Ella es de dudosa constitucionalidad luego de la reforma de 1994, aunque el legislador le ha intentado insuflar nueva vida temporaria por las leyes 25.148<sup>54</sup> y 25.645<sup>55</sup>, primero supuestamente hasta el 2004 y luego por la ley 25.918<sup>56</sup> por dos años más<sup>57</sup>, la historia continúa de la misma forma, así fue que en el año 2006 por ley 26.135<sup>58</sup> se ratifica en el Poder Ejecutivo Nacional, por el plazo de tres años desde Agosto del 2006 la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública. El penúltimo capítulo de esta atrapante historia, transcurrió en Agosto del año 2009, donde nuevamente por una ley del Congreso Nacional n° 26.519<sup>59</sup>, al menos se respeta en eso la Constitución, se vuelve a ratificar la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, pero en este caso por el plazo de un año, perdiendo vigencia esta ley, en Agosto de el presente año, la pregunta que debemos hacer es si se volverá a ratificar como vino sucediendo hasta hoy, o cambiarán de una buena vez las cosas como debió haber sido en el año 1999, volviendo a legislar solamente el Poder del Estado que esta constituido para eso y no otro que además de cumplir sus funciones propias, que son muchísimas, cumpla funciones provisorias que no le pertenecen, es hora de que cada uno se ocupe solamente de sus competencias propias.

Además de ese conflicto no resuelto, como lo expresamos antes, en la experiencia sobre qué grado de regulación le compete a quién, queda pendiente determinar caso por caso cuál es el nivel y el tipo de regulación que es adecuado a una actividad económica o social. En el primer aspecto, es imposible discutir desde el Derecho Constitucional que el Poder Legislativo tiene la más amplia potestad para regular actividades económicas y sociales, dentro de los límites de razonabilidad que impone la Constitución Nacional. Hay también una razón práctica para ello y es que las

regulaciones legislativas nunca suelen ser detalladas y exageradas como pueden serlo las reglamentaciones administrativas. Donde la discusión se tensa es si la regulación debe ser- luego de la ley-, de competencia exclusiva del ente regulador, o si puede serlo en alguna o incluso principal medida del Poder Ejecutivo, del Jefe de Gabinete y demás Ministerios y Secretarías. En el caso argentino, la tradición regulatoria descansó siempre fuertemente en los decretos del Poder Ejecutivo y resoluciones de sus órganos centralizados. Las empresas del Estado y entes autárquicos cumplían también un rol reglamentario de las actividades a ellos subordinadas, pero no se presentaba nunca conflicto de competencias con el Poder Ejecutivo, pues su sometimiento a éste era a su vez indubitable.<sup>60</sup>

Afirmamos precedentemente que por delegaciones interminables la regulación la ejercía quien la Constitución no mandaba hacerlo, y por comodidad de quién si debía hacerlo se continuaba violando la Norma superior, sin importar tal situación degradante para las instituciones, la historia continuó, de la forma que veremos seguidamente.

### **6.1.- ¿Qué aconteció luego de vencidos los plazos de la delegación legislativa?**

A partir de 1994 la facultad normativa queda cercenada al Poder Ejecutivo y con mayor razón a sus Ministerios y Secretarías, con un plazo de gracia de cinco años que venció en 1999, pero aparecía en su lugar, por el artículo 42<sup>61</sup> de la Constitución nacional, la potestad constitucional propia de los entes llamados precisamente reguladores. Aunque se hubiera interpretado que leyes anteriores habían dado previamente al Poder Ejecutivo o a la Secretaría atribuciones que excedían el nuevo marco constitucional, ellas no encuadraban en el principio de la cláusula transitoria Octava.<sup>62</sup> Esta cláusula se refiere a las normas dictadas en virtud de la plétora de leyes que delegaban cualquier cosa al Poder Ejecutivo y éste reglamentaba como autoridad de aplicación, a su vez subdelegando en Secretarías y Subsecretarías. Eso venció en 1999,

aunque la ley 25.148<sup>63</sup> ha pretendido prorrogar el plazo por tres años más y vencido éste, la ley 25.645<sup>64</sup> por otros dos años más. Luego, la ley 25.918<sup>65</sup>, a partir de Agosto de 2004, ratifica lo anterior por otros dos años: un nuevo *Diktat* sobre la delegación que, ignorando la manda constitucional, se renueva constantemente<sup>66</sup>. La situación desde el 2004 al presente, ya la hemos explicado, el problema se presenta para los legisladores nacionales, en Agosto de este año, cuando pierda vigencia la ley que por un año ratificó nuevamente en el Poder Ejecutivo Nacional, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública, porque cuando el Congreso legisla, puede dictar una ley completa en sí misma o establecer en ella las pautas generales, delegando en el Poder Ejecutivo y la administración pública los detalles. Es en el segundo caso, frecuente en la práctica, que se produce la delegación legislativa, y las normas que se producen las llaman legislación delegada. La disposición transitoria Octava parece exigir al Congreso que revise tan sólo unas pocas leyes existentes y decida si ratifica o no su contenido, pero la cuestión no es tan simple, se dan dos graves problemas, uno es que la tarea de revisión se debió hacer después de reformada la Constitución, y el otro son las dimensiones, porque el Congreso no debe revisar unas leyes, sino una vasta mayoría, porque la parte sustancial del ordenamiento jurídico nacional, esta montada sobre la base de una delegación legislativa, la que no está exenta de estos alcances, es la regulación de los servicios públicos, porque cuando estos fueron privatizados, el Congreso dictó los marcos regulatorios de algunos y además crearon los entes reguladores, donde sus funciones son el fruto de una delegación legislativa. Así que la doctrina se encuentra dividida, entre los que sostienen que el Congreso debe asumir en plenitud la tarea que le encomendó la Convención Constituyente y revisar todas y cada una de las leyes con alguna delegación, y en contra están los que consideran, razonablemente que ya no hay tiempo para llevar a cabo este trabajo, además de crear inseguridad en el Derecho

argentino.<sup>67</sup> Sostenemos la postura de la segunda corriente, por su pragmatismo, pero como lúcidamente aclara el autor de este artículo, que ninguna solución es perfecta, porque tampoco hay tiempo material para que el Congreso, reasuma las facultades que desde hace ciento cuarenta años viene delegando y revise cada una de las leyes existentes, generaría además de inseguridad en el Derecho, un caos jurídico. “sería institucionalmente muy sano que pudiera ser realizado un arqueo legislativo”.<sup>68</sup> No sabemos si es posible y mucho menos conveniente que el Congreso, se ocupe de tanta labor sino lo llevo a cabo con anterioridad, seguro es que debe pensar en el futuro que es promisorio y aprender de los errores que se cometieron en el pasado. Desde la sanción de la ley n° 26.519<sup>69</sup>, que además de ratificar nuevamente en el Poder Ejecutivo Nacional, por el plazo de un año, con arreglo a las bases fijadas oportunamente por el Poder Legislativo Nacional, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración, entre la que se encuentra la legislación en materia de servicios públicos, o situaciones de emergencia pública emitidas con anterioridad a la última reforma Constitucional, manda a crear en el ámbito del Congreso Nacional una comisión bicameral especial, integrada por ocho miembros de cada una de las Cámaras, siendo elegidos por esas mismas Honorables Cámaras, que tendrán como misión y tarea revisar, estudiar, compilar y analizar dentro de un plazo de doscientos cuarenta (240) días desde la entrada en vigencia de la citada ley, es decir, 24 de Agosto de 2009, la totalidad de la legislación delegante preexistente en virtud de la disposición transitoria octava<sup>70</sup> de la Constitución Nacional, para elevar a conocimiento de cada Cámara antes de expirar su plazo y no más allá del 30 de Junio del 2010, un informe final con conclusiones sobre la misma, debiendo contener, cuales son las leyes que delegan facultades, cuales están vigentes, cuales fueron modificadas, derogadas o son de objeto cumplido y si las materias se corresponden con lo regulado en el artículo 76<sup>71</sup> de la Constitución Nacional. Todo ello porque en Agosto próximo vencerán las delegaciones

legislativas, que entre otras figura el Código Aduanero y otras 1900 leyes, como ya dijimos el Congreso debe decidir qué hacer con ellas, y parece ser que la Comisión especial viene cumpliendo con su labor y llegaron a tiempo adelantaron algunos legisladores y que de la totalidad de las leyes, solo unas 270 deberían seguir vigentes, parece que se realizará el arqueo legislativo institucionalmente sano pretendido por la doctrina, debemos esperar y con el tiempo sabremos si además de bien realizado ese estudio técnico, sembró la peligrosa inseguridad jurídica.<sup>72</sup>

Desde la Constitución Nacional de 1994, la autoridad de aplicación del marco normativo sólo puede ser una agencia regulatoria independiente, de la cual nos ocuparemos en extensión y precisión en el próximo capítulo sobre los institutos y entes tuitivos de los usuarios, con participación de los usuarios, régimen de audiencias públicas, no avocación, intervención ni alzada, buscando siempre la pretendida independencia e idoneidad técnica. Pero es una convicción que tarda en permear la conciencia pública. La Constitución ahora solamente autoriza la delegación legislativa al Ejecutivo en cuestiones de administración y mediando emergencia. Esas leyes a su vez deben tener plazo determinado y no pueden prorrogarse *sine die* como vino sucediendo; su interpretación ha de ser, en cualquier caso, restrictiva y las eventuales delegaciones que pudieran existir en materia que no sea administrativa y de emergencia con plazo taxativo, caen automáticamente en 1999/2004/2006/2009/20... y ¿El 2010 será el año que se ponga fin a la delegación contra Constitución? También es cierto que la autorización constitucional de la otra figura, el reglamento de necesidad y urgencia, ha sido utilizada con una profusión enteramente ajena al espíritu, al texto y al procedimiento constitucional lo mismo que la delegación legislativa en blanco en materia presupuestaria. Pero no hay que desfallecer en la lucha por el Derecho, es tan antigua y tan eterna como la lucha contra la corrupción. El factor de confusión jurídica que ello ocasiona es grande. Pero lo peor quizás sea el ejemplo que desde las más altas

esferas del poder se le brinda a toda sociedad: “El que puede, como nosotros, incumple impunemente las normas más fundamentales. Saque usted, ciudadano, sus propias conclusiones a cerca de cuáles podrán ser sus propias conductas a partir de la observación del ejemplo que le brindamos nosotros sus gobernantes.”<sup>73</sup>

Que es lo que sucede cuando las actividades a regular no tienen límites precisos o estrictos como en Argentina y son importantes, porque si no fueran así nadie se adjudicaría su titularidad veremos a continuación, afirmando que no hay criterios claros como debería serlo, además se le suma una actitud de atropello del gobierno Federal hacia las provincias, que ahora pueden crear Servicios Públicos regionales pero que no tuvieron casi aplicación práctica.

## **6.2.- La regulación interjurisdiccional.**

Hay materias que están constitucionalmente sometidas solamente a la Nación, por ser de aplicación la cláusula del comercio o tráfico interprovincial. Aunque subsisten nichos de regulación local, como por ejemplo, la distribución de energía eléctrica. También hay casos en que tres jurisdicciones pactan una regulación unificada del sector.<sup>74</sup>

Otra parte de la doctrina, entiende que el artículo 42<sup>75</sup> de la Constitución nacional está diciendo que coexistirán legislaciones federales y locales. Federal, en materia de Servicios Públicos de competencia federal, la protección de los usuarios de aquellos servicios y, en general, en todo lo que sea regulación del comercio interjurisdiccional y la defensa de la competencia en estos ámbitos. La segunda, limitada a los Servicios Públicos locales, el comercio intraprovincial o municipal, el poder de policía en materias de competencia local, la protección de consumidores- pero sin trascender esos ámbitos locales, o interferir con la legislación o competencias federales.<sup>76</sup> Con un análisis lógico se deduce que la norma citada distingue los de competencia Nacional porque hay también de competencia Provincial y Municipal.



También puede comprobarse la competencia de las Provincias para determinar sus Servicios Públicos, ya que estas son autónomas, siendo una facultad no delegada, y poseen facultades plenas para darse sus propias instituciones locales<sup>77</sup>. Entonces la regulación de los Servicios Públicos debe hacerse por ley Nacional o Provincial, según el caso, porque el artículo 42<sup>78</sup> de la Constitución Nacional, concretamente dice “legislación”. No se puede desconocer la competencia Municipal siempre que la Provincia respectiva le haya otorgado esas facultades en su Carta Magna provincial, por medio de la autonomía que la Constitución Nacional le ha ordenado<sup>79</sup>. Por lo que deberá analizarse cada Provincia y diferente será la facultad de determinación y regulación de los servicios públicos de cada Municipalidad. Asimismo las Provincias están facultadas para dictar las normas de los marcos regulatorios de los servicios provinciales, como también crear los entes de control.<sup>80</sup>

Tras la incorporación del nuevo artículo 124 de la Constitución Nacional, que dispone “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o al crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La Ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”<sup>81</sup>, es posible encontrar un espacio para la regulación regional, en lo que serían ámbitos de prestación de Servicios Públicos surgidos de pactos interprovinciales, o de los que celebren las provincias en el plano internacional. La Constitución las habilita a crear regiones para el desarrollo económico y social, lo cual incluye la organización y prestación de servicios públicos, en la medida en que no tienen por qué ser incompatibles con la política exterior del Gobierno Federal o sus regulaciones

comerciales. Sería este un supuesto de retracción de las competencias federales, con previsión constitucional expresa y específica, en virtud del principio de subsidiariedad.<sup>82</sup>

El Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (en adelante ETOSS) solamente, puede ser considerado un fruto y ejemplo de un Tratado interprovincial, porque su fuente normativa tiene naturaleza de Tratado entre la Nación, la C.A.B.A y la provincia de Buenos Aires. Afirma la doctrina, no siendo el caso del ETOSS, que implementando órganos regionales se produciría una competencia de naturaleza interprovincial y no federal, situándose fuera de las competencias jurisdiccionales de la Justicia Federal.<sup>83</sup>

El problema de la armonización de las competencias locales y federales radica en que sus límites no son estrictos, sino bastante movedizos, porque remiten a cuestiones de hecho, técnicas o económicas, que resultan relevantes para la determinación del ámbito jurisdiccional de que se trate, por lo que daremos un somero análisis sobre la cuestión.

Reconociendo que en muchos casos ha prevalecido una fórmula que sacrifica innecesariamente las facultades locales a las federales, lo cual tiene el efecto no querido de acentuar nuestro centralismo y desequilibrios territoriales, con organismos de regulación y control, revisión judicial, todos ellos concentrados en Capital Federal, insistimos que esto aleja la toma de decisiones de las necesidades e intereses de los usuarios del interior del país, distorsionando y debilitando, en la práctica, nuestro federalismo.<sup>84</sup>

Aunque en la teoría constitucional y administrativa el principio general es el contrario al que se produce en la *praxis*, porque las competencias de la Nación, en materia de Servicios Públicos son restringidas, en principio esta no es competente a menos que la competencia otorgada por la Constitución sea expresa o implícita. Es claro

nuestro texto constitucional que otorga a las provincias todas las facultades no delegadas a la Nación<sup>85</sup>, principio ratificado por otro precepto, que atribuye al Congreso Nacional la facultad de dictar solo la legislación necesaria y para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional<sup>86</sup>, debemos también aclarar que no hay que caer en el error de que los gobiernos provinciales poseen amplísimos poderes, significa que en el reparto de potencias e impotencias, entre una y otras, la balanza no se inclina por ninguno de los dos centros de poder.<sup>87</sup> Entre las competencias expresas otorgadas a la Nación por nuestra Constitución, encontramos entre otros, el que respecta a la temática del trabajo, la facultad del dictado de los marcos regulatorios de los Servicios Públicos de competencia Nacional, por el artículo 42<sup>88</sup>, y en el mismo precepto se le da la competencia para la creación de “órganos de control” con la participación necesaria de las provincias.

Sobre las atribuciones implícitas, la Constitución atribuye al Congreso Nacional, sometiendo a la regulación federal, el tránsito y comercio interprovincial e internacional, es una variable muy importante, porque otorga posibilidades de intervención de la autoridad nacional en cuestiones provinciales<sup>89</sup>, se puede fácilmente comprobar que los Servicios Públicos de gran importancia, como son el sistema aeroportuario, eléctrico nacional, del gas, son de competencia federal porque incluyen el tráfico comercial. Así planteada la cuestión, no alcanza para que se produzca una inversión del principio general, de que la competencia es provincial<sup>90</sup>. Se encuentran también competencias dudosas, y algunas asumidas por la Nación de forma ilegítima, convalidadas por una cláusula transitoria que en su segunda parte expresa, “la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada<sup>91</sup>”. Sucede algo similar a lo anteriormente analizado respecto a la delegación legislativa, pero aquí a quien se despoja de sus facultades es a las Provincias, hasta cuando no lo sabremos.

Son atropellos que la Nación ahora, hace de las competencias provinciales, donde los Servicios Públicos quedan incluidos.

El principio general es la titularidad de las provincias en la regulación de los Servicios Públicos, y por lo tanto ante la duda de quién es competente, serán las provincias quienes detenten dicha titularidad. Porque en el Derecho Argentino, no es factible la concepción de que un Servicio Público pueda estar sometido ni siquiera a un régimen bi-jurisdiccional. Solo se reconoce un titular, el Estado o concedente delega la prestación y el servicio se halla entonces, bajo la inspección y control del concedente, excluyendo toda voluntad extraña, comprensible porque no cabe entre estos, otra voluntad soberana<sup>92</sup>. Se evitarían esos engorrosos problemas, solamente por un estricto control del principio de no interferencia provincial, como evitar la doble imposición, y la causalidad en las tasas de Servicios Públicos.

Ahora debemos tratar la competencia municipal, lógico sería recurrir a cada texto constitucional provincial, para conocer el alcance de la autonomía local, si cada municipio puede autogobernarse. Y como antes expresamos, el principio general, es que la competencia es local, y si la provincia por su texto constitucional le otorgó a sus municipios autonomía debería verse en cada caso concreto. Hay razones importantes para hacer a los municipios responsables directos de los Servicios Públicos, por la funcionalidad de estos, para reconocer las necesidades públicas gracias a su inmediatez con la realidad comunitaria. Según la Provincia, encontraremos en minoría las que aluden a una responsabilidad estatal, otras en amplia mayoría reconocen que la creación y regulación de los Servicios Públicos es facultad provincial o municipal, sería entonces una facultad concurrente, finalmente, hay otras que la consideran una facultad municipal originaria. La nueva corriente es que se reconoce esa facultad municipal solamente por delegación de la provincia, expresamente por su Constitución provincial. Como lo expresamos, para saber quien tiene competencia, hay que analizar cada una de

las provincias que forman la Nación. El caso más interesante es el de la Provincia de San Juan, su Constitución es defensora de la autonomía municipal, porque otorga originalmente la contratación y concesión de los Servicios Públicos en forma originaria a sus municipios. Esa provincia ha separado la contratación de la regulación, corresponde al municipio, la contratación y al Poder Ejecutivo, la regulación de esos Servicios Públicos.<sup>93</sup>

Como lo expresamos a lo largo de todo el capítulo, una regulación económica precisa, detallada y equilibrada, mayor donde las actividades sean prestadas en monopolio, y realizada por el órgano específico para hacerlo, es en principio una forma de proteger a la comunidad y sobre el tema en tratamiento, a los usuarios de Servicios Públicos, porque en el caso opuesto de que la regulación sea realizada por un órgano extraño a esa función y emparentado con quién es regulado, peca en una deficiente y precaria regulación, porque al no tener conocimiento en el tema pero connivencia para con los regulados se inclina la balanza de la regulación para un sector y se pierde el equilibrio que es el objetivo de ella, es lo que sucede entre nosotros cuando es la Nación por medio del Poder Ejecutivo o sus Secretarías quién regula, infringiendo la frase “quien concede no regula, y quien regula no concede”. Además de sustraer poderes regulatorios de las provincias y de los propios entes reguladores, todo funciona mal, en un principio se dejó todo librado al mercado, ahora se regula en beneficio de sectores económicos poderosos que son capitales extranjeros, olvidando que los usuarios son los sujetos perjudicados por esa deficiente regulación, siendo nadie más y nadie menos que los conciudadanos. Por todo lo expresado a lo largo del capítulo y lo dicho anteriormente, damos por probado el punto de tesis: una deficiente y precaria regulación es en beneficio de quien no corresponde beneficiar y como consecuencia genera desprotección a los usuarios, y en relación con el problema propuesto de acuerdo a que a pesar de tener una forma indirecta pero anticipada de protección a los usuarios es la

primera que no se utiliza con ese fin, sino todo lo contrario, para que las empresas prestadoras puedan obtener mayores réditos económicos y mantengan conformes a nuestros gobernantes con jugosos beneficios; para los usuarios, lo de siempre, mucho menos de lo que se merecen.

Si la regulación económica de actividades consideradas como Servicios Públicos deberían realizarse con el propósito de proteger a los usuarios, por ser estos quienes se benefician con una apropiada prestación, es que debemos pasar a estudiar en detalle cuales son las características esenciales que gozan estas actividades tan importantes para la vida en sociedad y el hombre moderno, que por ser denominados Servicios Públicos ya nos anticipan su importancia, son prestados a todos y hacia todos o mejor dicho a cualquiera que lo solicite. Serán tratados temas como la diversidad de definiciones sobre este instituto clásico del Derecho Administrativo, su evolución hasta la actualidad, como también cuando es que podemos considerar un actividad como Servicio Público, si es que puede decirse que hay un sistema de estos servicios en nuestra CN, los caracteres que estos tienen para ser caracterizados de esa forma, entre otros temas, así afirmamos que si estudiamos en principio que es la regulación y su utilidad, ahora debemos estudiar sobre que actividades se ejerce principalmente esa regulación y que características propias tienen para que ello así sea, afirmando nuevamente que el Servicio Público es el objeto primero de la regulación económica.

## **Capítulo II**

### **Servicio Público**

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Servicio Público. Diversidad de definiciones. 2.1 Evolución y situación actual del servicio público. 2.2. ¿Cuándo nos encontramos frente a un servicio público? 2.3. Servicios públicos económicos y la concesión. 3. ¿Hay un sistema de servicios públicos en la Constitución Nacional. 4. Caracteres de los servicios públicos. 4.1. Régimen jurídico de los servicios públicos.

## **1.- Introducción.**

El Derecho administrativo no es concebible, si las normas y principios que disciplinan la organización y la actividad de la Administración carecen de obligatoriedad para ésta. Si esa exigibilidad no concurre este modo de vinculación de la Administración con las normas se resume en una mera relación de dependencia inter-orgánica que excluye todo sentido de garantía para los derechos individuales. Sólo cuando las normas que disciplinan el accionar administrativo son exigibles externamente, está dada la condición necesaria de alteridad que caracteriza todo el Derecho.<sup>94</sup>

Pero esa condición no es suficiente para revelar la presencia del Derecho administrativo porque éste solo aparece cuando el contenido de las normas y principios que rigen el accionar de la Administración exorbita los caracteres propios del Derecho Privado; esencialmente porque la Administración consagra en su relación con los particulares una situación de prerrogativa.<sup>95</sup>

A partir de un análisis comparado de la doctrina administrativa Argentina, sobre la forma de concebir al Servicio Público, características propias, conceptos propuestos y críticas al instituto, en el presente capítulo se demostrará y defenderá el siguiente punto de tesis: no existe consenso para afirmar un concepto de Servicio Público, por lo que existe una diversidad absoluta, y los vertiginosos cambios en el instituto generan desconfianza en la comunidad. En referencia a la metodología, se han empleado en el trabajo las técnicas de cruzamiento de datos, hermenéutica jurídica y el análisis de casos bajo criterios sociológicos y de la información aportada por expertos.

Podemos afirmar que el Derecho administrativo es, simultáneamente, poder y libertad, prerrogativa y garantía. Se presentan así, como técnicas que, al influjo de los valores sociales, tanto como valores políticos y económicos tan cambiantes en todas las épocas, constituyen instrumentos de conformación social. Esta rama del Derecho,



instrumento de poder juridizado, no es neutral ni indiferente a los fines del Estado, realidad muy apreciable en el Servicio Público.<sup>96</sup> Por la razón expuesta, el instituto en estudio cambia de rumbo y se mueve como veleta que sigue la dirección del viento y apunta para otro punto cardinal que quizá pueda ser el opuesto al anterior, que en el caso sería la política económica que adopta el gobierno, por ello es que la relevancia del tema que será estudiado a continuación, en este segundo capítulo queda justificada por que el Servicio Público, de mayúscula importancia para la sociedad, se altera constantemente y genera desconfianza para los que se proponen estudiarlo, ni pensar lo que genera hacia la comunidad siempre tan celosa a la aceptación de los cambios. Es importante destacar y analizar el régimen jurídico del Servicio Público, porque lo único que se sabe hoy es su absoluta dificultad para determinar con precisión los límites, solo sabemos una cosa y es que se debe hablar en presente, porque el futuro de estos es incierto y puede cambiar repentinamente.

Lo mismo sucede con la noción de Servicio Público, analizada a continuación, adelantando que también debe mutar, desaparecer o reaparecer, dependiendo como se presente ese régimen jurídico en cada contexto económico temporal, por eso todo lo que se escriba al respecto tiene carácter efímero<sup>97</sup>, pero no debemos dejar de reconocer que los Servicios Públicos a pesar de sus cambios o variaciones, hace mucho tiempo que existen en el mundo contemporáneo y son necesarios porque brindan a la comunidad servicios de primera necesidad, como también hay que remarcar que la Constitución nacional hace mención de ellos y ello es muy importante, porque el Constituyente lo consideró relevante.

Hay quienes sostienen que cuando uno se introduce en el estudio del Servicio Público advierte que la única coincidencia existente entre quienes ya han estudiado el concepto, es la de su absoluta equivocidad, por lo que se afirma, que hay tantos conceptos del Servicio Público como autores de han ocupado de él,<sup>98</sup> es lo mismo que

afirmar que hay innumerables conceptos pero a la vez no hay ninguno de utilidad, cuestión que será tratada en análisis en un punto del presente capítulo.

Como también hay autores que han hecho referencia, a la ideología del Servicio Público<sup>99</sup>, así es que la ideología que aquí esta en juego es la del Derecho Administrativo por que es el instrumento que afirma la prerrogativa, y la garantía, en materia de Servicio Público y en todo el campo del ejercicio de la función administrativa.<sup>100</sup>

Más allá de los conceptos y las definiciones sobre las cuales nuestra doctrina a derramado ríos de tinta, donde se pueden hasta distinguir más de una noción al respecto, y donde solo encontramos más desaciertos que logros y conceptos elogiosos, siempre cargados de una importante ideología en la forma de concebir al Estado, haremos hincapié sobre el desarrollo de la doctrina nacional en relación a los conceptos aportados, su evolución nacional como también se analizará la variante actual de los Servicios Públicos económicos y una de sus formas de ser trasladados a los particulares para que realicen la prestación, no obviaremos el estudio de los caracteres tradicionales y la posibilidad de incluir alguno novedoso. Se intentará determinar si hay en nuestra CN un sistema de estos servicios y la forma de saber cuando una actividad debe ser denominada como Servicio Público.

Analizando este importante instituto del Derecho Público, que por su forma de nacimiento, desarrollo y alteraciones, su relación inmediata con la economía, tanto macro como microeconomía, y por el desequilibrio en las relaciones jurídicas que en la actualidad generan, por aplicarse principalmente sobre actividades prestadas en monopolio, es que se incluye su tratamiento en este trabajo de investigación como paso previo al análisis de la protección del usuario de estos servicios.

Si el orden jurídico resuelve que determinada actividad ha de prestarse en libre competencia, entonces el rol del Estado es el mismo que cumple con todas las

actividades privadas de esa índole, asegurar la libre competencia, la lealtad comercial, persigue las propagandas engañosas, tutela al consumidor, como vimos en el anterior capítulo, existe alguna variante de regulación económica y social, pero no del nivel que se aplica en las actividades monopólicas constitutivas de Servicios Públicos.<sup>101</sup>

## **2.- Servicio Público. Diversidad de definiciones.**

La noción de Servicio Público nació en Francia, así fue que nuestra doctrina abrevaba en tales fuentes, pero nuestra jurisprudencia lo hacía en la estadounidense, que ni siquiera utilizaba tal noción sino que se refería al grado de regulación normativa que determinadas actividades privadas podían o debían tener.<sup>102</sup>

El Dr. Comadira afirma, “el Servicio Público es un título jurídico en sí mismo exorbitante, invocable por el Estado para asumir la titularidad de competencias prestacionales con el fin de ejercerlas en forma directa (por administración) o indirecta a través de órganos personificados pública (entes autárquicos), o privadamente a través de terceros (personas jurídicas privadas); para desarrollarlas subsidiariamente en ausencia de prestadores privados, sin titularizarlas en sentido propio, o bien para ejercer su Poder de Policía sobre actividades privadas prestacionales, con el objeto de dar satisfacción o, en su caso, de asegurar la satisfacción de necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común<sup>103</sup>”, se vislumbra un concepto demasiado extenso, por querer definir la actividad del Servicio Público considerando cada variante que a lo largo del tiempo fue adoptando debido a los cambios sociales y económicos en nuestro país como en el mundo entero, por ello, la tarea de abarcar un concepto de Servicio Público simple, de fácil memorización se dificulta demasiado por su constante variación, siguiendo las continuas corrientes modificatorias que normalmente nos llegan desde otros lugares, muchas veces alejados de nuestro país pero con una fuerte influencia sobre éste.

Distinto a lo que sucedió en el orden nacional, cuando los Jueces y juristas norteamericanos notaron que no podían formular acertadamente una definición de las

*public utilities* abandonaron el intento y concentraron energías en los hechos que las conforman. Entonces si la teoría jurídica es imprecisa, cuando una actividad no puede ser únicamente regulada por el mercado, por ser monopólica, se debe regular el precio que el público pagará por el servicio recibido. En nuestro país se dieron tesis desde la supresión y hasta en la actualidad se continúa con esfuerzo en la búsqueda de construir un concepto homogéneo de Servicios Públicos.

No caigamos pues en el error de querer encontrar esencias inmutables donde sólo están las arenas movedizas de las cambiantes políticas económicas gubernamentales, sin embargo, algo ha permanecido inmutable y es que su resultado práctico no satisface los derechos individuales.<sup>104</sup> Clara síntesis de un sector de la doctrina nacional que reconoce la imposibilidad e inconveniencia de buscar un concepto que al poco tiempo demostrará su error conceptual y su anacrónica perspectiva de los Servicios Públicos, cambiantes de época en época, influidos por la economía mundial y el progreso de las comunidades con el necesario desarrollo de las naciones.

Hay una tendencia a desacreditar el Servicio Público, facilitada tanto por las imprecisiones terminológicas y conceptuales que han rodeado desde siempre a este instituto, hasta han propuesto la eliminación del concepto, explicable cuando en doctrina el único consenso existente es su confusa concepción. Es necesario dejar en claro que las actividades que denominamos Servicio Público, existen. También, es la propia Constitución quien la nombra, por lo que exige mayor atención. Sobre la interpretación de este, los anglosajones optaron por limitarse a las explicaciones económicas, y no avanzar demasiado en el campo del Derecho más que en la descripción de los sistemas legales vigentes, mientras que nosotros no podemos dejar de caer en la tentación por los conceptos.<sup>105</sup>

Sobre la definición actual, el nudo de la cuestión no está centrado a qué decidamos colectiva o individualmente, por acto mágico de nuestra voluntad, llamar

“Servicio Público” y luego deducir algo. El verdadero debate es decidir qué tipo y cantidad de regulación el orden jurídico ha establecido para que tipo de actividad, en qué tiempo y lugar. Adelantamos que esta es la manera más simple pero enmascarada de adoptar el procedimiento para analizar este tipo de actividades, utilizado en los EE.UU. sobre las *public utilities*, si es por el bien de los usuarios, por su protección y en consecuencia para la eficiencia y calidad de los Servicios Públicos, garantía que reconoce la Constitución, bienvenida sea, copiar lo bueno de otros no contiene nada de malo, siempre que sea para buscar y lograr el bien, que cuando es común, es mucho más importante.

Ya resuelta la discusión anterior de cuánta regulación hay o queremos que exista para ciertas actividades, entonces sí podemos resolver si llamamos a algunas de ellas Servicio Público, actividad regulada, o si pasamos mas simplemente a abandonar la pretensión de establecer criterios generales precisos y explicamos cada actividad principal por sí misma en su régimen jurídico concreto.<sup>106</sup>

Encontramos en el orden nacional, a los menos, dos grandes modelos. El primero de estos campos, representa la noción clásica, nacida por los años 1930, coincidiendo con la desaparición de los prestadores privados. Nuestros autores estudiaron el comportamiento jurídico que se terminaba extinguiendo en manos del Estado, se confundía como otra competencia más de las que ejercía. El segundo de estos campos, se dieron numerosos y ricos aportes doctrinarios, influyendo sobre la anterior noción, pero sin querer se cometió un error de ir superponiendo nociones, hasta el punto de mezclarse y perderse la esencia de cada una.

Sobre la versión clásica, hay que recordar que fueron dos corrientes las que concurrieron a su formación. Una fue la realizada por juristas argentinos desde 1930, puede encontrarse en el despacho sobre “Régimen jurídico de la concesión de Servicios Públicos” en la IV Conferencia Nacional de Abogados del año 1936<sup>107</sup>, los juristas

fueron entre los más reconocidos Bielsa, Villegas Basavilbaso, Diez, Marienhoff, entre los primeros había coincidencia en que “el Servicio Público es una prestación o actividad realizada por la administración, en forma directa o indirecta, con el objeto de satisfacer una necesidad de interés general<sup>108</sup>”, también afirmaban que simultáneamente, al lado de los Servicios Públicos propiamente dichos (propios) había otras prestaciones llevadas a cabo por los particulares bajo una reglamentación estatal a las que denominaban Servicios Públicos impropios. En cambio, Marienhoff<sup>109</sup> extendió los límites de la noción de Servicio Público a ambas categorías.

Se desprendían así las características típicas del Servicio Público, que serán tratadas en otro punto de este capítulo, como la uniformidad, la regularidad, la generalidad, la continuidad y la igualdad. También reconociendo en el rescate una forma inherente de extinción de la concesión, como también que el Estado y los concesionarios aportan respectivamente bienes para la prestación del servicio. Como dato destacado de esta noción es la separación entre el régimen del Servicio Público y el del contrato de concesión de Servicios Públicos, claro testimonio de que esta institución, por regla, era una prestación propia del Estado que podía dar la concesión a particulares, también tema a tratar en un punto específico del presente capítulo. Sobre la otra corriente dentro de esta misma vertiente, surge con la Constitución Peronista de 1949, esa prescribía que el Servicio Público se estatizaba por completo. Esta versión, diferente de la anterior, que a pesar de ser una prestación Estatal aquella y poder prestarse indirectamente por los particulares, por el contrario esta es una función estatal indelegable. Lo preveía la misma letra de la Constitución en su artículo 40<sup>110</sup>, que si bien su vigencia fue fugaz, por la derogación por medio de una Proclama del gobierno militar emitida el 27 de abril de 1956, su ideología perduró hasta los años 1990, considera cierta doctrina a la cual nos adherimos.<sup>111</sup>

No tardaron en aparecer las críticas sobre la versión clásica, mucho antes de la Reforma Estatal en las antípodas de la década del 80 Agustín Gordillo, ya criticaba la concepción del Servicio Público, de la misma forma que Barra, por aquellos años, sostenía la necesidad de que se interprete a este instituto de manera restrictiva, porque para él no había Servicios Públicos por naturaleza<sup>112</sup>. Si anteriormente a la reforma era crítico respecto al concepto, luego lo hacía con mayor vehemencia y hasta sostenía la necesidad de suprimir la “noción esencial” de Servicio Público, va aún más lejos al considerar que la construcción doctrinaria del concepto de Servicio Público es inútil y solo debe estar basada en el régimen jurídico positivo.<sup>113</sup> Sin llegar a una posición extrema, Mairal propone una nueva conceptualización basada en la obligatoriedad de la prestación, como nota distintiva del Servicio Público.<sup>114</sup>

Otros intentaron delimitar a la noción tradicional, así fue el caso de Comadira que transcribimos precedentemente su concepto, donde la definición es una limitación de la amplitud del concepto clásico, pero intocable se mantiene reconocido su alcance a las actividades privadas reguladas o Servicios Públicos impropios.

Frente a la diversidad de conceptos o definiciones, un autor reconoce que no es posible hablar de una noción moderna única del Servicio Público, aunque todas ellas saquen a relucir los errores de la noción tradicional y la necesidad de limitarla.<sup>115</sup> Vista y analizada la cuestión crítica del instituto y seguidamente, para entrar de lleno completando el punto de tesis a probar, veremos la vertiginosa evolución nacional, que solamente confunde a la población, de estos servicios hoy económicos, hace unos años, actividades prestadas por el mismo Estado. Después, buscar una sucinta manera de determinación de cuando es que a las actividades podemos llamarlas Servicios Públicos y finalizar con la forma en que es trasladada la prestación de estos a los particulares, como antes lo aclaramos. Si este trabajo de investigación tiene como objetivo general

desentrañar la protección del usuario de Servicios Públicos, antes de ello es esencial entender como fueron y que son estas actividades.

## **2.1.-Evolución y situación actual del Servicio Público.**

Actividades que podrían considerarse Servicios Públicos muy genéricamente, podemos hallarlas aún antes de la consagración del constitucionalismo, como por ejemplo justicia, defensa y relaciones exteriores, pero hay que reconocer que su prestación estaba en realidad desprovista de toda significación servicial porque con ellos se trataba de atender las necesidades estatales, antes que proporcionar utilidad a los súbditos.<sup>116</sup>

La asistencia, la sanidad, la educación, el correo, son, en una primera etapa, servicios asumidos por el Estado; empero, no se advierte todavía en esta instancia, vocación de *publicatio*, ni de monopolio, ni de exclusividad aunque sí es posible encontrar, como excepción, fundamentos políticos ideológicos para hacer de la enseñanza un monopolio estatal, como ocurrió en Francia, considerado un método de igualación social.<sup>117</sup>

En lo que respecta a nuestro país, el Servicio Público ya transitó tres etapas y hoy se encuentra en tránsito por una cuarta. En la primera de ellas se da comienzo a finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, donde las actividades calificadas como Servicios Públicos se encontraban en manos de los particulares, prestándolas bajo diversos títulos, como el contrato de concesión. El desarrollo doctrinario de estos, se dio en la segunda etapa, es el Estado quien toma aquí la dirección de los Servicios Públicos, por lo que estos pierden buena parte de su identidad jurídica, son una prestación estatal y la noción preparada para que el Estado regule a un prestador en resguardo del usuario, cambia cuando aquél reúne las dos calidades.<sup>118</sup> Se extiende esta por un espacio de medio siglo, entre (1940-1990), surgen las grandes empresas públicas, siguiendo un rumbo general de la economía con predominio estatal, hacia fines de la Primera Guerra



Mundial, y luego de la Gran Depresión de 1930. El Estado se encarga de lo que antes realizaban los particulares, tendencia que tuvo rango constitucional, así en nuestro país la Constitución de 1949<sup>119</sup> afirmaba que “Los Servicios Públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren, en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa cuando una ley nacional lo determine.” Contribuyeron diversos factores: insatisfacción con el poder monopólico de los prestadores privados como la poca capacidad del Estado para controlarlos; los servicios privados que pasaron al Estado recibieron el mismo régimen jurídico de la administración, se confundieron Servicio Público y función administrativa en un mismo régimen jurídico y en una misma *praxis* administrativa.<sup>120</sup>

También sucedió que los organismos de control de los Servicios Públicos se desmontaron y desapareció el concepto de la “tarifa” o “tasa” como contraprestación del servicio, para transformarse en otra manifestación del poder tributario: era otro impuesto destinado a rentas generales y no tenía relación con el servicio prestado, en el siglo XXI se intenta volver a esa época, esta claro que los temas jurídicos de ese momento no eran entonces los Servicios Públicos, sino la actividad total del Estado y la regulación pública de casi toda la economía<sup>121</sup>, cuestión que fue estudiada en el capítulo anterior al cual nos remitimos.

A partir de 1989 se recepta en nuestro país, nuevamente un cambio de orientación mundial de las ideas económicas, tanto abandonando la reglamentación de la economía privada como traspasando nuevamente a la actividad privada actividades asumidas tiempo antes por el Estado, por ello algunas actividades quedaron desmonopolizadas y libradas a las reglas del mercado sin una destacada regulación, es la época de las privatizaciones con desmonopolización, como lo define un reconocido autor.<sup>122</sup> Otro autor nos explica que la apertura hacia mercados internacionales nos

permitió tomar contacto con ideas diferentes acerca de cómo se regulan actividades comerciales cuando son de interés público. Aparecieron las llamadas *public utilities* del derecho anglosajón y junto a ellas títulos habilitantes como la licencia. Tampoco escapamos al intento de modelar nuestros entes reguladores a imagen y semejanza de las ya nombradas *independent regulatory commissions* de los Estados Unidos, junto a la audiencia pública. “El Servicio Público que ya languidecía- como se atrofia cualquier órgano en desuso- recobró sus antiguos bríos.”<sup>123</sup>

Fiel a la tradición nacional, algunas privatizaciones se hicieron no hacia la libre competencia, como era lo correcto sino bajo un régimen jurídico oficial de monopolio. Era necesario entonces, la creación de los mecanismos apropiados de control, si hay servicios en manos de particulares en condiciones monopólicas, el Estado debe ejercer su potestad de controlar como se presta ese poder, entonces ahí reaparece un cuerpo normativo como una realidad económica que puede ser calificada como Servicio Público.<sup>124</sup> Esa es una solución de Derecho que debe constantemente reajustarse, en cada actividad, a lo que la regulación determina sobre los cambiantes hechos, jurídicamente lo cierto es que sólo su condición monopólica, cuando la tenga y no su objeto, es lo que justifica y determina ese régimen, “La declaración de Servicio Público significa un monopolio de derecho y no de gestión. Ello implica que las personas privadas no pueden prestar este servicio sino como concesionarios”.<sup>125</sup>

Nos encontramos en el camino de la cuarta etapa, su comienzo se dio en una fecha determinada, en Enero de 2002 por la sanción de la Ley 25.561<sup>126</sup>, su particular signo se da en la severa crítica que se le hace al modelo anterior, intentando un retorno a la segunda etapa. Algunos Servicios Públicos regresan a manos estatales por incumplimiento de los prestadores, un ejemplo es el de Aerolíneas Argentinas, línea de bandera nacional y se ordenó por la normativa anteriormente citada una renegociación obligatoria de todos los contratos suscriptos en la década anterior. Es notable el intento

de borrón y cuenta nueva, generando inseguridad jurídica con todos los costos que ello implica, entre algunos el de aumentar considerablemente las prestaciones. Podemos afirmar que solamente un contrato de concesión asegurando controles estatales no puede limitar el avance de las grandes compañías y mucho menos como su más inmediata consecuencia brindar adecuada protección a los usuarios. Así se habla popularmente que las empresas prestadoras de Servicios Públicos no invierten y obtienen ganancias extraordinarias a expensas de los usuarios, la parte más débil, generando una actitud de desconfianza sobre las empresas prestadoras y las actividades en sí, pero por la necesidad de ellas, poco pueden hacer los usuarios y menos si se les omite la educación para el consumo.

Un artículo periodístico resume la causa de tal desconfianza, “El secretario de Transporte de la Nación, Ricardo Jaime, inició ayer una serie de inspecciones para constatar el estado del sistema ferroviario en la ciudad de Buenos Aires. Y lo hizo de la mejor manera para conocer la realidad: viajó en tren. Después de realizar dos recorridos- uno de Flores a Liniers, en la ex línea Sarmiento, de TBA, y el otro de Quilmes a Constitución, en el ramal Roca, de Metropolitano-, la impresión de Jaime fue negativa”. “Dentro de una semana, el Gobierno espera contar con los datos que le permitan realizar un informe sobre la situación del transporte público, incluyendo trenes, colectivos y aeropuertos nacionales”. Por ese entonces corría el año 2003 y había motivos para creer en la sinceridad de los flamantes funcionarios. Cuatro años después, el mismo funcionario produjo la misma noticia. Jaime volvió a viajar en tren como cualquier pasajero: para ver con sus propios ojos lo que estaba pasando, *in situ*. En el medio, se perdieron millones y millones en subsidios, que fueron a parar a los bolsillos de empresarios típicos de la década del noventa, esos que disfrutaron de un crecimiento económico dramático mientras el país se iba a pique. Y en el servicio ferroviario no cambió nada: la gente sigue viajando como ganado, tal cual lo denunció el candidato

Néstor Kirchner en plena campaña electoral por el año 2003. Aquí transcribiré la parte más interesante: “ante cada denuncia de lo que ocurría, los organismos del Estado que debían controlar los trenes y dependen del Sr. Secretario de Transporte de la Nación Ricardo Jaime, sostenían ante la justicia que los trabajadores usuarios de estas líneas de ferrocarriles viajaban más o menos como la princesa Máxima Zorreguieta de la Casa de Orange”. Hay un texto de la CNRT que presentó ante la Justicia que merece leerse una y otra vez: un documento burdo, en referencia al tren Roca, donde se niega de forma contundente todos los problemas que anteriormente el Sr. Jaime había reconocido.<sup>127</sup> Todavía mucho camino por recorrer y derechos por reconocer a los usuarios, pasaron muchos años y todavía ese sector de la sociedad se encuentra desamparado. Si mareados a esta altura nos encontramos luego de leer tanto, pero a la vez nada que nos aporte un criterio definitivo para cerrar el tema en tratamiento, es que debemos intentar ahora necesariamente dejar algún indicio para saber cuando y así cuales y que actividades pueden llamárselas con propiedad Servicio Público.

## **2.2.- ¿Cuándo nos encontramos frente a un Servicio Público?**

Como en el pasado ha podido señalarse que lo típico del Servicio Público era un monopolio en manos del Estado, con la consecuencia de atribuir potestades al Estado prestador, ahora la regla se volvió excepción para distinguir que una actividad sea o no Servicio Público, es la consecuencia opuesta de limitar las potestades y los derechos del prestador monopólico, ahora en manos privadas.<sup>128</sup> El Estado mantiene el deber de controlar si se produce una tendencia monopolizante o de abuso de posición dominante en el mercado, para mantener la competencia como regla.

La regulación y el control son facultades que el Estado ejerce cuando ha conferido un monopolio y que a la inversa no puede llevar a cabo, actualmente, para actividades prestadas en libre competencia. Aunque hay claros casos, porque encontramos casos en que existe competencia y de todos modos hay una importante

regulación, por ejemplo la actividad bancaria, las compañías aseguradoras. Reconociendo que nadie pretende llamarlas Servicio Público, lo que coincide con la idea basada en monopolio o la libre competencia.

No hay duda que cuando existe monopolio *stricto sensu* la legislación expresa o implícitamente impone limitaciones y regulaciones especiales que pueden englobarse en la noción de Servicio Público.<sup>129</sup> Cuando el monopolio es imperfecto, cuando hay una importante restricción o limitación de la libre competencia, cabe la aplicación del mismo régimen jurídico básico, aunque con morigeraciones, como el caso del transporte de pasajeros que no constituye monopolio pero es Servicio Público. Es cierto tomando el significado de la palabra estrictamente, pero en dicha actividad tampoco hay libre competencia.

La doctrina considera que es una cuestión de grado en la cual las definiciones, se hagan como se quieran, no alcanzarán para explicar la riqueza de la realidad. Pues decir que toda vez que haya ausencia de libre competencia hay Servicio Público también es algo exagerado. Por ejemplo, las paradas de diarios, necesitan de autorización estatal y se dan conforme a ciertos criterios. Pero habiendo tantas que ofrecen lo mismo al mismo precio, sería irrazonable pensar en más regulaciones.<sup>130</sup> En este caso la regulación se da por el mismo mercado o también llamada autorregulación.

El eje de la discusión debe estar alrededor de cuál es el grado de regulación que se justifica en una determinada actividad, sea por determinación del legislador, del ente regulador independiente, o de la jurisprudencia, todo lo cual recogerá luego la doctrina de forma objetiva según el Derecho vigente y no por preconceptos. En la Argentina de comienzos del siglo XXI y del Bicentenario, a despecho de la Constitución, el gran regulador de facto es todavía un Secretario de Estado bajo cuya égida actúa el ente constitucionalmente regulador e independiente: se viola doblemente la Constitución,<sup>131</sup> algo impensado en EE.UU., donde la propia autoridad del Presidente de los Estados

Unidos es enorme pero se concentra en una media docena de cuestiones. La presidencia de los Estados Unidos, no pretende ocuparse, como la Argentina, de toda la administración, aunque sean ambos sistemas presidencialistas. Lo que acá vemos como fenómeno normal de la vida diaria, allá se vería como una inimaginable aberración.<sup>132</sup>

En casi todos los casos de las privatizaciones todo fue hecho mal, así en vez de un régimen legal, cambiantes reglamentos de la administración, la autoridad regulatoria dependiente de la administración central, como los casos de la Comisión Nacional de Comunicaciones o las autopistas de acceso a Buenos Aires por OCCOVI, que las audiencias públicas sean llevadas a cabo con renuencia y a fuerza de demandas judiciales, casos en que primero se hizo la privatización y después el régimen jurídico que ha de regir el servicio, con resultados visibles y claros, donde no ha existido ente regulador independiente creado por ley ni debido acatamiento al principio de la audiencia pública, los contratos fueron renegociados sin la debida audiencia pública y en detrimento de los intereses económicos de los usuarios que la constitución garantiza, aumentando sin causa las tarifas, prorrogando las concesiones, perdonando multas devengadas a favor de los usuarios, como bien aclara Gordillo, son los mismos vicios que en décadas anteriores sumaron razones para la estatización. “Un comienzo poco auspicioso”.<sup>133</sup> Se pueden nombrar como características de los Servicios Públicos en esa época, o mejor dicho denominador común, las prestaciones calamitosas, cuentas deficitarias, un abrumador exceso de personal con bajísima productividad, la ya nombrada corrupción expandida a todo nivel con participación política, como también burocrática y sindical.

En ese momento todavía algunos tribunales negaban derechos a los usuarios que la propia Constitución les garantizaba a tener un ente regulador independiente para controlar los Servicios Públicos. Parecía que se ignoraba la Constitución Nacional, que no es extraño en nuestro país, sino todo lo contrario, es moneda corriente.

Como síntesis para descubrir si estamos frente a un Servicio Público podemos decir que este debe tener tres aspectos: satisfacer necesidades primordiales, las actividades deben ser de tipo económico e industrial y el contenido de la prestación debe ser obligatorio, podemos adelantarnos y agregar uno más, sobre la existencia de un ente regulador independiente de dicha actividad.

Así es la importancia que tiene la finalidad del Servicio Público, como importante es determinar cuál es el objeto o finalidad de aquellos, sería satisfacer una necesidad pública, colectiva, de interés público. Necesidad pública o de interés público, significa la suma de las necesidades individuales, lo que no presupone es que todos los individuos de la sociedad deban tenerla, pero sí al menos que una mayoría de ellos la tiene.

Como bien aclara el Dr. Gordillo, hay muchas actividades humanas que satisfacen un fin público, pero a nadie se le ocurriría extraer consecuencia jurídica alguna de ello.<sup>134</sup> Pero si además de que la actividad cumpla con un fin público, los particulares la prestan a la comunidad porque el Estado les otorgo la prestación mediante la concesión, o alguna forma análoga, es un firme indicio de que nos encontramos ante un Servicio Público. Seguidamente veremos ese supuesto.

### **2.3.- Servicios Públicos económicos y la concesión.**

Pasado algún tiempo, avances tecnológicos mediante, exigencias del industrialismo, y demandas de la comunidad que colocan al Estado ante la necesidad de asumir prestaciones con naturaleza económica y complejas, que por no revestir carácter asistencial es que requieren de él, intervención justificada; en la insuficiencia privada para hacerlo, en la importancia de satisfacción a la comunidad y en la vocación monopolística en que se desarrollaba; así el Servicio Público se presenta, como el título jurídico invocado por el Estado para asumir la titularidad de competencias

prestacionales como el transporte ferroviario o por carretera, el correo, la electricidad, el gas o el teléfono.<sup>135</sup>

La redefinición del accionar del Estado se produce por su incapacidad empresarial y abstención de éste en la vida económica. Por lo tanto, se salva la situación con la figura de la concesión traslativa, así es que el Estado, después de atribuirse la titularidad de la actividad económica que sea, transfiere su gestión o ejercicio a una persona privada que la asume por su cuenta y riesgo. Entonces decimos que, la concesión es, inherente a la explotación de los Servicios Públicos económicos y se erige en el modo más inteligente que el Estado de Derecho Liberal halla para responder a las exigencias de los hechos que desde una ideología que repudiaba en sí misma la actuación económica del Estado, debía dar cuenta del propio desarrollo histórico del capitalismo liberal necesitado de un marco económico tecnológico que el Estado, por sí solo no podía generar.<sup>136</sup>

La prerrogativa va, unida al Servicio Público; en este caso como poderes jurídicos del concedente sobre el prestador e, incluso, como posibilidad de poderes de éste, el prestador, sobre el usuario y terceros, transferidos por aquél.

Es cuando hay monopolio privado que se aplica un régimen especial, así al menos ha sido interpretado el orden jurídico donde una actividad que ha de prestarse bajo un régimen monopólico o de competencia imperfecta, el Estado debe controlarla con un régimen de Derecho público. Así, por ejemplo, un mismo tema, energía, puede encontrarse bajo diversos regímenes jurídicos: la generación de energía eléctrica, casi en libre competencia, pero el transporte, distribución y venta muy regulada, porque hay monopolio.<sup>137</sup>

La regla constitucional es la desregulación y la libre competencia, no el monopolio, el privilegio o la exclusividad, porque desde la reforma de la Constitución, toda norma que establece alguna restricción a la libre competencia es temporaria y con



tendencia a la desregulación y desmonopolización, o sea hacia la plena competencia. Como aclara Gordillo, tal restricción a la libre competencia solo puede tener fundamento legislativo formal, es el sentido de la expresión legislación en el artículo 42<sup>138</sup> de la Constitución. En Derecho corresponde estar a favor de la libertad de comercio y no del monopolio.<sup>139</sup>

Es diferente en los Servicios Públicos la exclusividad, en principio no nace espontáneamente en el libre juego del mercado y de la competencia, sino que lo impone el Estado mediante un acto normativo, otorgando a persona determinada privilegios legales específicos para prestarlo en un tiempo y bajo condiciones determinadas.

Un reconocido jurista distingue entre monopolio y exclusividad. El primero implica que una actividad se sustrae de la concurrencia y se reserva para su desarrollo sólo por una persona pública o privada. La segunda significa que el Estado asegura a quien es objeto de ella que no otorgará nuevas concesiones para el mismo servicio o actividad,<sup>140</sup> es un reconocimiento que el Estado protegerá al que goce del privilegio.

Los privilegios o monopolios se funden en el interés colectivo, como única y exclusiva razón que los legitimaría y los haría encuadrar en el marco constitucional. Como fundamento de que toda vez que el Servicio Público fue creado para satisfacer necesidades de la comunidad, la creación de monopolios o regímenes de exclusividad nunca puede ir en detrimento de los usuarios,<sup>141</sup> sino por el contrario siempre en su beneficio.

La exclusividad, por imponer una ventaja adicional al concesionario o permisionario, con más razón como dice Marienhoff, su otorgamiento es, siempre, de competencia legislativa y su extensión y existencia es de interpretación restrictiva, porque tampoco hay privilegios implícitos.<sup>142</sup> No es constitucionalmente posible conceder un servicio sin marco legal específico, ni modificar algún privilegio o monopolio sin expresa aprobación legislativa antes de entrar en vigencia, que en la

práctica no sucede de esta manera, en la privatización de los aeropuertos nacionales, en ocasión de una demora en el Poder Legislativo, para la sanción de la correspondiente Ley, el Poder Ejecutivo concedió un privilegio por medio de reglamentaciones, las que fueron declaradas constitucionalmente válidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo de gran trascendencia, por la resolución del más alto tribunal de Justicia de nuestro país, siendo cómplice de las auto atribuciones que por ese entonces el Presidente de la Nación ejercía, y de las turbias y deficientes negociaciones en las que fue otorgado ese monopolio, para una extensa explicación jurídica y política, aconsejamos recurrir a una nota a fallo muy interesante.<sup>143</sup>

Entonces diremos que el Servicio Público, opera como título exorbitante para la exclusión de la titularidad privada de la actividad.

En cuanto a la obligación de control de los monopolios naturales o legales, que prevé el artículo 42<sup>144</sup> de la Constitución es que pone más énfasis en el control que en la permisión: es en el segundo párrafo que se establece que todas las autoridades, tanto legislativas como administrativas y pudiendo ser judiciales, en último caso, deben proveer lo necesario al control de los monopolios naturales y legales, “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...constitución de asociaciones de consumidores y usuarios”.

La normativa Constitucional es clara y directa respecto a los derechos que se protegen, no tan clara es respecto a quien se encuentra obligado a dar esa protección, mucho se ha dicho al respecto, consideramos en este momento que todavía hay muchos de ellos que deben hacerse realidad, porque sobre la educación para el consumo, nunca se ha escuchado hablar, sobre los monopolios, afirma que debe controlarlos, y bien

sabemos que muchas veces, por no decir todas son los mismos monopolios los que controlan la Administración.

Es repetido que el Servicio Público presupone una organización de elementos y actividades para alcanzar su finalidad, ordenación de medios materiales y personales, como la idea de organización es inseparable de cualquier otra empresa o actividad humana: es que la desorganización nunca fue productiva y el mercado siempre la castigó con el fracaso.<sup>145</sup> Confirmada la importancia del instituto, corresponde determinar ahora si el Constituyente previó un sistema de aquellos o solo los nombró de forma dispersa en la normativa constitucional, adelantando que donde se encuentran nombrados, es en los preceptos incluidos por la última reforma al texto superior, en el capítulo denominado, nuevos Derechos y Garantías, por ende, antes de esa modificación no se nombraba a estas actividades.

### **3.- ¿Hay un sistema de los Servicios Públicos en la Constitución nacional?**

La Constitución se refiere expresamente, en dos oportunidades, a los Servicios Públicos, ambas en el mismo artículo 42<sup>146</sup>, segundo párrafo, para imponer a las autoridades el deber de promover al control de la calidad y eficiencia de estos y en el tercer párrafo, determinando que la legislación debe establecer los marcos regulatorios de los Servicios Públicos de competencia nacional, previendo la participación necesaria de las asociaciones de usuarios y consumidores con las provincias interesadas, en los organismos de control. Asimismo, se refieren a los Servicio Públicos las previsiones constitucionales que reconocen a los usuarios una serie de derechos y también las que imponen a las autoridades deberes hacia los usuarios.

De lo que se extrae de la cláusula constitucional, se vislumbra un sistema de Servicios Públicos, montado sobre dos ideas:

- a) Reconocimiento y protección de los derechos de los usuarios de los Servicios Públicos sin perjuicio del respeto de otros derechos; y
- b) Consagración de potestades estatales orientadas, a la regulación y el control. Su sentido es la protección y respeto de tales derechos;

Este sistema tiene un fin, es la protección de los derechos pero la potestad es el medio que los asegura. El poder al servicio de la libertad.<sup>147</sup> Recordamos unas palabras que antes citamos de Agustín Gordillo, decía algo como que la lucha contra los abusos del poder es tan antigua como la humanidad, nosotros somos los que no demos desfallecer en el intento por lograr ganar esa lucha, la Constitución nacional ya nos otorga unas potestades.

Ya fue dicho con antelación que los caracteres de estas actividades importantes hacen a la esencia de las mismas, y conociendo ellos, aún sin decir un concepto, sabemos de lo que se está hablando, porque esa es una particularidad de los Servicios Públicos, sino el único, varían las concepciones sin encontrar una definitiva, pero inmutable siguen los caracteres clásicos sin desconocer la novedad del surgimiento de algunos más, por lo que veremos en detalle a que hace referencia cada uno. Luego analizaremos el régimen jurídico del Servicio Público, por las importantes consecuencias jurídicas que ello trae al instituto.

#### **4.- Caracteres de los Servicios Públicos.**

Para algunos se trata de la aplicación particularizada del “régimen tutelar impuesto por la Constitución para aquellos supuestos genéricos de protección al más débil”<sup>148</sup>, para otros, tradicionalmente, en cambio, justificando que trata de satisfacer una necesidad pública el Servicio Público debe estar dotado de “medios exorbitantes al Derecho común”, de un régimen de Derecho Público que asegure su generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad, una aguda interpretación advierte que el último razonamiento puede resultarle contrapuesto al anterior y por ello hasta se postula su

inutilidad.<sup>149</sup> Aunque debemos aclarar, siguiendo al Dr. Gordillo, que ese régimen se convierte en necesario cuando hay una condición monopólica, no abstractamente en virtud de lo que cada autor considere que es el interés público en juego.<sup>150</sup>

Entre los cuatro caracteres clásicos que rigen los destinos del Servicio Público, la continuidad no significa que sea ininterrumpida la actividad, sino tan sólo que satisfaga la necesidad pública, de manera oportuna, que puede ser intermitente, según de que necesidad pública se trate, no siendo posible que se determine abstractamente por la doctrina, sino debe ser una decisión concreta del orden jurídico por la posibilidad material de prestar el servicio. Otro carácter, es la generalidad, así todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio y a exigir el servicio en igualdad de condiciones, que no haya discriminaciones de ninguna especie, se reafirma algo común a toda actividad humana y no específico del Servicio Público. La regularidad quiere decir conformidad a reglas y condiciones preestablecidas, lo cual es un insalvable pleonismo. Para un sector de la doctrina, nada más es susceptible de ser enseñado como supuestas notas calificadoras o diferenciadoras de la actividad en cuestión.<sup>151</sup>

Debemos agregar como caracteres nuevos o híbridos, pero no menos importantes que los caracteres clásicos del Servicio Público, siempre después de la reforma de la Constitución de 1994, que están destinados principalmente a proteger a los usuarios, y generan una obligación para los prestadores de forma directa y a los entes reguladores indirectamente, a la calidad y eficiencia de los Servicios Públicos, así la calidad es sinónimo de excelencia y la eficiencia de competencia y eficacia, por ser los nuevos caracteres, a los cuales ya consideramos de híbridos, es que los prestadores deben enérgicamente comprometerse a cumplirlos, si es que deseamos ir por el camino del avance y el desarrollo como Nación, algo que actualmente está en dudas porque si en ocasiones los prestadores no cumplen con los caracteres clásicos, difícil es que lo hagan con los caracteres nuevos.

#### **4.1- Régimen jurídico de los Servicios Públicos.**

El régimen jurídico del Servicio Público no se puede establecer o crear por la doctrina, porque es el orden jurídico el que le impone las reglas que el legislador ha estimado oportunas a cada servicio y el ente regulador es quien completa la obra, o sea el régimen específico de cada actividad controlada. El régimen jurídico no depende de la doctrina, sino de la legislación y la jurisprudencia. Es el legislador el que determina quién prestará esa actividad monopólica<sup>152</sup>, por cuánto tiempo y bajo que condiciones y la jurisprudencia le indica principios que lo conforman o mejoran que es similar a decir que remite a la decisión del legislador *stricto sensu*.

Cuando es el Estado que monopoliza una actividad productiva, su régimen jurídico por lo general se confunde con el resto de la actividad administrativa en general, en cambio si una actividad es regida por el Derecho Privado, esto es razón suficiente para no denominarlos Servicios Públicos.

La característica más recordada de ese régimen jurídico especial es que los hombres que trabajan en él carecen de del Derecho a huelga, porque esta implica la suspensión del servicio y el Estado debe asegurar su continuidad. Sobre esto se determina que la fuerza pública preste un apoyo especial a su prestación, también puede solicitar se establezcan servidumbres y restricciones al dominio privado por ese servicio, indemnizando en el primero, que se organice el poder de percibir tarifas, precios o tasas en contraprestación por el servicio, como que los contratos que asocien un particular al funcionamiento del servicio sean contratos administrativos y también de suma importancia, que toda cuestión vinculada a él, incluidos los problemas contractuales de los usuarios con el prestador del servicio, correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa.<sup>153</sup>

La noción tradicional de Servicio Público tiene tres elementos que son: el fin que el servicio cumple, otro es la persona que lo atiende, junto al régimen que lo regula completando la trilogía.

Sostienen algunos que no hay Servicio Público que no tenga por fin la satisfacción de una necesidad colectiva; para otros ese criterio aislado sería insuficiente<sup>154</sup>, porque son múltiples en cualquier sociedad bien constituida, las necesidades públicas que se satisfacen mediante el procedimiento del servicio privado, como las panaderías. Como también sería insuficiente decir que Servicio Público es el prestado por la administración, pues ésta puede conceder el servicio; y además porque no todas las actividades de la administración son Servicios Públicos y afirman de manera contundente que el régimen de Servicio Público sólo nace en ausencia de libre competencia, “es un fruto o consecuencia de la regulación del monopolio, no su causa”.<sup>155</sup>

Relativo a la persona que presta el Servicio Público, ya no es sólo la administración por sí misma o a través de concesionarios que satisfacen necesidades públicas bajo un régimen especial, también existen otras entidades encargadas de esas tareas. Son las entidades profesionales o corporativas tales como los Colegios de Abogados, cuando están creadas y organizadas por la ley, con autodeterminación de su régimen de funcionamiento o las asociaciones gremiales, quienes tienen su actividad en ocasiones sometidas a un régimen exorbitante al derecho común, es decir, se le asignan por ley atribuciones de poder público.

Ahí es que vislumbramos una crisis de la noción, abría un Servicio Público prestado directamente por particulares o al menos por órganos que no forman parte de la administración ni tienen un contrato de concesión con ella para realizar tal actividad, serían algo así como Servicios Públicos virtuales, donde sin estar presente la actividad del Estado ni un acto expreso de concesión a un particular o a otra entidad no estatal, de

todos modos se sostiene que la actividad es materialmente un Servicio Público y por ello debe ser jurídicamente considerada de esa manera.<sup>156</sup> Lo afirma otro reconocido jurista, cuando dice “también puede haber Servicios Públicos cuya índole de tales no derive de un acto estatal expreso o de un hecho o comportamiento de la Administración Pública, sino de su propia naturaleza o esencia”<sup>157</sup>, enuncia entre estos Servicios Públicos virtuales, también llamados objetivos, farmacias, proveedurías y carnicerías.

Pero el contrato temporal de concesión o licencia no es la única forma en que el Estado puede delegar poderes de naturaleza pública en un ente para que realice una parte de la función administrativa; también puede la ley directamente crear ese ente y conferirle dichas facultades sin limitación temporal, ejerciendo una parte de la función administrativa, pero de forma indirecta, es decir no por los órganos directamente encargados por la Constitución. Se pueden fijar dos tipos de entes: en unos, los directivos pueden ser nombrados por el Estado, como por ejemplo los entes autárquicos, y en los otros los directivos que son nombrados por los administrados, como las asociaciones profesionales y las gremiales.

Es muy opinable admitir la noción virtual del Servicio Público, o sea que haya actividades que sean un Servicio Público por su propia naturaleza, independientemente de un acto expreso del Estado reconociéndolo.<sup>158</sup>

El Servicio Público tiene por objeto la satisfacción de una necesidad colectiva, aunque hay otras actividades que interesan al público que no son calificadas por el legislador como Servicios Públicos, sostiene Mairal, que la nota típica de estas actividades es la obligatoriedad de prestarlo a todo aquel que lo solicite, como ya lo dijimos con anterioridad al hablar de la concepción, aclarando que es el legislador quien aprecia cuando hay en la sociedad una necesidad que deba ser atendida por el Servicio Público, por lo que la finalidad de este es cambiante, contingente, no se puede demarcarlo en una teoría estática, no puede apreciarse objetivamente.<sup>159</sup>



Así, el régimen de Derecho Público es normal que se lo asocie con la ausencia de libre competencia o monopolio, que en ocasiones el Estado establece a favor de particulares, por eso, no toda la actividad realizada directa o indirectamente por la administración con fines de satisfacer una necesidad pública se rige por el Derecho Público y a la inversa, hay actividades que no son administrativas directa o indirectamente y que, por su finalidad de satisfacer una necesidad pública, su régimen es exorbitante al Derecho Privado, son los “Servicios Públicos impropios”, concepto en formación o híbrido, con el que se quiere designar a las actividades de particulares a los que el Estado exige una autorización y reglamenta sus servicios con miras a asegurar su continuidad, la veracidad de las tarifas y también su uniformidad, es el caso de los taxis, remises y farmacias, esta lista puede extenderse a todas las actividades o empresas reglamentadas, como los bancos, compañías financieras, de seguros, que tienen la misma regulación especial de Derecho Público, sin importar preocuparse si corresponde llamarlos o no Servicios Públicos impropios, por último, para demostrar lo variante e intrincado del tema, no pudiendo ser determinado de manera abstracta, hay actividades que no las realiza directa ni indirectamente la administración, que no tienen ni un fin de interés colectivo y aún así se rigen en parte por el Derecho Público, algunas de esas son el abuso de posición dominante, prohibición de actividades nocivas a la salud y el Derecho marcario, siendo esto así por ser objeto de regulación normativa por el Derecho Público.<sup>160</sup>

Como colofón del segundo capítulo en que se compone este trabajo final, estamos en condiciones de afirmar que fue probado el punto de tesis respectivo a este capítulo, así lo único seguro en este tema es que no hay un concepto único de Servicio Público, ni tampoco coincidencias importantes, cada autor crea uno nuevo y sumado a esos debiles logros e insulsas costumbres, los cambios del gobierno en las políticas internas, que solo producen alteraciones considerables en toda la institución de estas

actividades, generando incertidumbre y desconfianza en la comunidad, siendo más preocupante para los trabajadores de esas empresas, que no saben si mantendrán esos puestos de trabajo, si lo hacen para el Estado siendo por ende trabajadores públicos, o para las empresas privadas, alcanzados por el régimen jurídico del Derecho Privado, y la Ley de Contrato de Trabajo. Nos sucede a todos, si antes de creer en algo, porque todavía no se gana nuestra confianza, sufre cambios que no siempre entendemos porqué pasan, es normal el descreimiento, pero es perjudicial solo porque como beneficiarios de los Servicios Públicos deberíamos entender porque cambian sus características, y nunca sucede así, sino lo contrario, nunca entendemos las causas, que son lejanas por cierto.

Después de analizar las propiedades de los Servicios Públicos, como actividades que son objeto de la regulación económica, tema del primer capítulo y en referencia al objetivo final de este trabajo estamos en condiciones de introducirnos al análisis final, en el próximo capítulo de los instrumentos tuitivos o precisamente a los medios de protección al usuario que como herramientas para ellos, se encuentran en el ordenamiento jurídico para tutelar sus derechos e intereses económicos.

De esta manera, y en forma inversa al título del trabajo es que vamos a la meta de poder desentrañar cuales son los medios para protegerse con que cuenta el usuario, que ya anticipamos, son ineficientes e insuficientes, porque si tiene protección un sujeto con un cheque para iniciar un título ejecutivo, y se le da cierta prerrogativa ante el deudor, cómo puede ser que al usuario, no se le brinde una protección previa, anticipada y eficaz para proteger sus derechos, si como veremos a continuación ni con la realización de las audiencias públicas obligatorias se cumple y el usuario todavía sigue a la deriva sin protección eficiente en esta tormenta en la inmensidad del océano.

## **Capítulo III**

### **Protección del usuario de Servicios Públicos**

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Institutos tuitivos. 2.1. Audiencias Públicas. 2.1.1. Algunos precedentes relevantes. 2.2. Entes Reguladores Independientes. 2.2.1. Competencias de los entes reguladores independientes. 2.2.2. Régimen Jurídico de los Entes reguladores en particular. 2.2.3. ¿Quién controla el sistema de servicios públicos? 2.3. Ley de defensa del consumidor. 2.3.1. Reglamentos de servicios. 2.3.2. Ámbito de aplicación de la LDC. 2.3.3. Más que un principio relevante. 2.3.4. Ahora son dos autoridades que controlan. 2.4. Acción de Amparo. 2.5. Amparo Colectivo. Intereses difuso. 2.6. Actuación del Defensor del Pueblo.

## **1.- Introducción.**

Desde los primeros tiempos el hombre estuvo precisado a atender las necesidades de su cuerpo, como la alimentación, la vestimenta, la vivienda. En tiempos más remotos fue que atendió esas necesidades de supervivencia por sí mismo.

La problemática de los consumidores, como así también la de los usuarios, sujeto sustancial de este trabajo de investigación, por ser común a todos, a pobres y a ricos, a fuertes y a débiles, a instruidos y a ignorantes, a los habitantes de la ciudad principalmente por sobre los de zona rural, quienes no deben ser descartados, concierne genéricamente a la persona, que es eje necesario del sistema de protección.<sup>161</sup>

El camino para el reconocimiento de los derechos de usuarios y consumidores ha sido arduo y trabajoso, y desde diferentes áreas de la sociedad se intenta frustrar la protección de aquellos, quienes sabemos del trabajo que llevo conseguir esos Derechos debemos continuar en la lucha para obtener más y mejores.

La protección de usuarios y consumidores ingresó en la Constitución, mientras el espacio público disminuía ostensiblemente y cada usuario, consumidor o persona se tornaba usuario vulnerable, en un incipiente mercado de consumidores.<sup>162</sup>

Un mecanismo en contra es desacreditar a quienes se dedican a estudiar el Derecho del Consumo y del usuario, afirmando que se trata de un tema menor, de un Derecho con minúscula, de un entretenimiento para juristas de segundo nivel.<sup>163</sup>

Otro mecanismo, es impedir que se dicten leyes, tal como sucedió con la ley 24.240<sup>164</sup>, que duró siete años y finalmente sufrió un veto presidencial que entre otras cuestiones fundamentales, negó a las asociaciones de consumidores la calidad de litisconsortes, esto será visto en un capítulo IV, y como una propuesta de solución a la desprotección de los usuarios.

Entre otros temas, estos serán estudiados en el presente capítulo dedicado pura y exclusivamente a los medios de protección con que cuentan los usuarios, se hará un

análisis sobre las audiencias públicas, nos introduciremos de lleno ahora sí en los Entes reguladores independientes, tratando temas como sus competencias, cuál es su régimen jurídico y si ellos cumplen realmente con su función de control sobre las actividades consideradas como Servicios Públicos, lo cual vimos en el capítulo I pero desde otra perspectiva, ahora apuntando a la protección a secas de la prestación y sobre los intereses de los usuarios.

La LDC será eje central del presente capítulo, como buen comienzo de tutela a los sujetos vulnerables en las relaciones jurídicas actuales, pero como veremos en los títulos respectivos, trata a los usuarios como una especie y no como género, cuestión que no nos convence, como tampoco convence a quienes se paran en la vereda opuesta.

Como posible mecanismo de frustración se menosprecia el sistema estatutario del consumidor, estimando que su esencia “podría reducirse, a la curatela del prodigo”<sup>165</sup>, aunque se haya declarado en Congresos Internacionales que la protección de consumidores y usuarios es un Derecho fundamental del hombre y componente esencial de un mercado fuerte, justo y democrático. También como pauta de un pretendido sistema de protección es que debe ser consagrado el principio de reconocimiento de la vulnerabilidad de esos dos grupos sociales y el último muy importante mecanismo para intentar frustrar la protección es, no educar a la gente, a pesar de la operatividad del precepto constitucional n° 42<sup>166</sup> de la carta magna reformada en 1994 y así mismo la ley n° 24.240<sup>167</sup> trae disposiciones precisas al respecto, porque cuando la gente conoce cuales y que derechos tiene a su alcance, exige su respeto y reclama su efectividad, de esta forma queda justificada la relevancia que tiene el capítulo, como síntesis a un problema mayor que nos incluye a todos, sin distinción de ningún tipo, porque usuarios somos todos.

De esta manera el régimen de defensa de consumidores y usuarios en la República Argentina, esta instrumentado esencialmente en los artículos 42 y 43<sup>168</sup> de la

Constitución Nacional y en la ley 24.240<sup>169</sup>, esta última fundamentalmente para los consumidores, incluyendo solo unos pocos artículos para los usuarios de Servicios Públicos domiciliarios, no para cualquier Servicio Público, quedando a mitad de camino, dejando a los usuarios, como por ejemplo de comunicaciones, transporte terrestre y aeroportuario, tan o más desprotegidos y vulnerables que los consumidores, por lo que en este capítulo trataremos de encontrar soluciones para su injusta desprotección. De esta manera, para esos Servicios Públicos que no sean domiciliarios encontramos otros pocos y posibles instrumentos de tutela, los cuales serán estudiados también en este capítulo como son los intereses difusos o colectivos y la Acción de Amparo individual, más la actuación del Defensor del Pueblo. A continuación ya daremos comienzo de forma general a los institutos tuitivos, para que a lo largo del punto sean vistos de manera concreta cada uno de ellos.

La metodología empleada para la elaboración de este capítulo de investigación, ha sido la hermenéutica jurídica de datos aportados de diferentes fuentes, un cuadro de doble entrada para comparar uno de los institutos en estudio, el análisis de casos bajo criterios sociológicos y un análisis histórico lógico referido al tema general.

En cuanto a los puntos de tesis a probar en este capítulo, ellos serán: por un lado, que los entes reguladores independientes, no cumplen con la realización de audiencias públicas antes de adoptar decisiones, como tampoco con el Derecho de los usuarios a gozar de un servicio eficiente y con calidad, y por el otro, que la LDC es el principio del progreso en la protección de las partes más débiles en las relaciones jurídicas contemporáneas, pero solo eso, un comienzo.

## **2.- Institutos tuitivos.**

La inclusión de un punto nominado de esta manera, hace referencia a la búsqueda en particular de toda forma prevista en el ordenamiento jurídico nacional que de manera amplia, inclusive restringida cumpla con la finalidad de brindar una

protección a los usuarios de Servicios Públicos. La tutela de este grupo social, puede darse de forma previa, que en la práctica es difícil de encontrar y es como consecuencia de una deficiente tutela anterior que podemos encontrar otras maneras de proteger a usuarios y consumidores. La realidad de la situación actual nos muestra un consumidor protegido por una normativa específica, preceptos constitucionales que protegen a sectores débiles en las relaciones jurídicas contemporáneas y pocos mecanismos procesales simples y eficientes para su protección, diferente es la situación de los usuarios, que están citados en los preceptos constitucionales similares a los consumidores, donde no se los asimila, y no tienen normativa específica, pero se los incluye en la misma ley relativa a los consumidores, como si el género fuesen estos y la especie fuesen los usuarios, desde ya dejamos la aclaración de que no consideramos esto como apropiado, porque los usuarios son un sector muy importante de la comunidad, y por las características de sus necesidades mucho más esenciales que las de los consumidores.

Así están las cosas en nuestro país, los usuarios sin normativa específica, sólo marcos regulatorios diferentes para cada Servicio Público privatizado, sin reconocer todavía en nuestro medio las acciones de clase, pero no hay que entregarse en la lucha por la defensa de los derechos y la protección de los usuarios, lo que a continuación se llevará a cabo es una descripción de cada instrumento que consideramos apropiado para tutelar a este sector muy grande de la sociedad, trataremos todos los que encontremos a pesar de que algunos no sean de aplicación amplia todavía. Pero para eso estamos, que la nueva corriente con fuerza en sus ideas logren cambiar el rumbo de los acontecimientos nacionales y alcanzar metas en beneficio y protección de la comunidad.

## **2.1. Audiencias Públicas.**

La garantía de oír al interesado, antes de dictar una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses es un principio clásico del Derecho Constitucional y Administrativo,

es un principio jurídico casi siempre reconocido como tal, pero también frecuentemente incumplido. La historia registra, también, innumerables ejemplos de decisiones de la más alta importancia política que fueron anuladas por falta de audiencia previa. Desde hace ya muchos años el Derecho contemporáneo muestra una creciente evolución del alcance de este principio jurídico, que ha comenzado en forma sistemática a comprender también la emisión de normas generales y grandes proyectos o decisiones particulares, como la importante cuestión del impacto ambiental, o bien sobre el tema que estudiamos aquí sobre problemas de servicios públicos.<sup>170</sup>

En esa misma categoría entran todas las normas fundamentales sobre las relaciones entre administración, concesionario o licenciatario y usuarios especialmente sus intereses económicos y demás derechos, por lo tanto cuando se deba dictar cualquier futura norma que pueda no solo afectar sino tan solo modificar, debe ser realizada una audiencia pública, bajo pena de nulidad, así lo entendemos nosotros. Esa extensión del principio de la audiencia individual al principio de la audiencia pública ha comenzado primero en el Derecho anglosajón, pero es ya de naturaleza universal, por lo que sostenemos la necesaria y obligatoria realización de la audiencia pública, porque si hay que realizar la audiencia cuando los intereses son particulares con mucha mayor razón se deben llevar a cabo cuando son intereses de la comunidad, intereses generales en suma, porque los intereses son mayores y porque son públicos, la transparencia de la actividad administrativa se alcanza con la voluntad de la población. En el Derecho comparado antiguamente ya se introducía una segunda forma de cumplir con el antiguo principio *audi alteram partem* y es la necesidad política y jurídica de escuchar al público antes de adoptar una decisión, cuando ella consiste en una medida de carácter general, un proyecto que afecta al usuario o a la comunidad, al medio ambiente, la designación de un magistrado de la Corte Suprema<sup>171</sup>, caso que en nuestro país viene siendo realizada en los últimos tiempos para la selección de los



Ministros de la Corte Suprema, recordamos la audiencia ante el Senado de la Nación para nombrar al Dr. Zaffaroni, hoy miembro del alto cuerpo Judicial. Relativo al tema que nos ocupa, sobre audiencias públicas en los entes reguladores, donde la ley exige expresamente este recaudo en diversos supuestos, con la doble consecuencia de incorporarlo así taxativamente como requisito previo a la emanación del acto, como parte entonces de la garantía de audiencia del interesado a nivel constitucional y de tener el expreso alcance de nulidad absoluta en caso de omisión, conforme el art. 14 del decreto-ley 19.549/72<sup>172</sup> como antes lo expresamos.

Sostenemos siguiendo la doctrina que el principio de la audiencia pública es de raigambre constitucional. Por lo tanto es que deviene el único modo de aplicar al supuesto del artículo 43 de la CN, con la garantía del artículo 18<sup>173</sup>, para que pueda darse lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación denominó la efectiva participación útil de los interesados, en el sentido de que sean admitidos los que tienen derecho o interés legítimo y también los titulares de derechos de incidencia colectiva. No hay otra forma de tutelar y respetar el derecho de los usuarios de defensa previa en sede administrativa, puesto que la participación de estos en el directorio de los entes reguladores, que según algunos pronunciamientos podría paliar la indefensión, se encuentra incumplida. No es posible subsanar judicialmente la previa indefensión, como algunos pronunciamientos pretenden en casos individuales: mucho menos en casos que afectan a un número indeterminado de personas.<sup>174</sup> Aquí se nota la importancia de la audiencia pública, por ser de la única forma en que se puede defender a los usuarios en sede administrativa y previamente al dictado de cualquier norma que afecte sus intereses. Por ende es indispensable tanto conceder las cautelares que se soliciten para evitar que una medida sea tomada sin previa audiencia pública, como declarar la nulidad absoluta e insanable de toda decisión que, debiendo ser tomada previa audiencia pública, la omitió porque todos los

mecanismos de defensa y protección previos son convenientes a cualquiera que sea posterior, por ejemplo a la interposición de una acción de Amparo, la cual es una solución posterior y en instancia judicial con todo lo que ello implica.

La audiencia pública debiera ser el primer peldaño pero como ya vimos la administración idea otros menores, como el “documento de consulta,” o directamente incumple el precepto mínimo de la participación de los usuarios y consumidores en los entes regulatorios de servicios públicos, exigida por el artículo 42<sup>175</sup> de la Constitución. También hay mayores mecanismos de protección y defensa, reconocidos en la CN, sostiene el Dr. Gordillo “la participación decisoria en los cuerpos colegiados de la administración, con voz y voto, es posiblemente de mayor entidad que la audiencia pública, pues en ella el público se limita a defender sus derechos pero no tiene voto en la decisión administrativa que se adopte con posterioridad; la importancia de la audiencia pública es material pues en ella quedará demostrado el sustento fáctico, o carencia de él, de la decisión a adoptarse. Debe asegurarse al usuario la participación e información previas al dictado de un acto de marcada trascendencia social. Una de las formas idóneas es, la audiencia pública. Pero la administración sostiene que si existe más de un medio para el cumplimiento del mandato constitucional, la elección entre una u otra alternativa corresponde a ella”.<sup>176</sup>

La audiencia pública tiene un doble carácter público: por la publicidad y transparencia misma del procedimiento, su oralidad e inmediación, asistencia y registro gráfico y fílmico a través de los medios de comunicación con más la necesaria publicación de las reuniones y cabe agregar especialmente la participación procesal y el acceso del público en general, asociaciones a tales procedimientos, como sujetos activos y partes en sentido procesal de ellos. Lo primero hace a la calidad necesariamente transparente y abierta al conocimiento del público de virtualmente todos los actos estatales. El secreto es sólo un resabio medieval que las modernas

democracias ya no aceptan. Es entonces la participación oral y pública lo que cualifica las audiencias públicas, como también la activa participación del público como parte en el procedimiento, en sentido jurídico y no como un espectador.<sup>177</sup>

Por lo dicho parecería necesario que en cada adopción de medidas que realice la administración deba realizar una audiencia pública, lo cual no lo consideramos tan así, porque tornaría imposible la marcha del Estado, y sin determinar en que caso debería realizarse, afirmamos con certeza que ante la situación de adoptar medidas que involucren a los usuarios por exceder un caso concreto e involucrar a un grupo de la comunidad, es obligatoria la realización de una audiencia pública previa, para los demás casos el órgano natural de discusión y deliberación es el Congreso Nacional. Siguiendo nuevamente al Dr. Gordillo, que afirma nuestra postura en lo referido a cuando debe hacerse la audiencia pública, dice: “Va de suyo que la administración no está limitada a efectuar la audiencia pública únicamente en los casos preceptivamente impuestos por la ley o el reglamento, sino que tiene también la obligación de realizar audiencias públicas en todos los demás casos en que los efectos de la decisión excedan del caso particular y en que objetivamente sea necesario realizar el procedimiento para el ejercicio del Derecho de defensa de los usuarios y afectados”.<sup>178</sup>

El que la administración deba realizar una audiencia pública, cuya materialidad debe adoptar buena parte de las formas de un proceso judicial oral, no debe llevar a confusión en cuanto a la índole de la función que se realiza: ella es administrativa, incluso en el caso de los entes de regulación y control de servicios privatizados. Los principios de la audiencia pública son algunos de los que se aplican al procedimiento administrativo, como el debido proceso, publicidad, oralidad, informalismo, contradicción, participación, instrucción e impulsión de oficio y economía procesal; a veces se agrega la gratuidad.<sup>179</sup>

Sin embargo nuestras administraciones son bastantes reticentes para hacerlo,

pues en verdad le tienen miedo a la confrontación directa y a tener que fundar bien su acto o incluso cambiarlo por uno mejor. Es por costumbre y conveniencia que prefieren actuar en forma directa, es por pedancia que prefieren tomar decisiones sin consulta pública y por impunidad después se animan a enfrentar la opinión pública y la justicia. Esto es así porque todavía nuestros tribunales no han comenzado a hacer personalmente responsables de su accionar contrario a derecho, siendo cómplices de aquellos. A continuación, traeremos a colación dos fallos judiciales que son resueltos en forma contraria, uno considera obligatoria la realización de la audiencia pública y para el otro, no es imprescindible, así no hay protección eficiente para los usuarios.

### **2.1.1. Algunos precedentes relevantes.**

La Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal *in re* Youssefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones<sup>180</sup> resolvió que debe tenerse en cuenta que en el artículo 42<sup>181</sup> de la Constitución vigente se otorga a los usuarios de los Servicios Públicos una serie de derechos que resultan operativos y cuya concreción aparecería razonablemente canalizada a través del referido instrumento, esto es, de la audiencia pública. Que el derecho a que se celebre una audiencia pública previa a la decisión administrativa, cuando se trata de actos de grave trascendencia social, aparece potenciado en el caso puesto que el marco regulatorio al que se encuentran sometidas las telecomunicaciones no prevé otro mecanismo alternativo de participación en la toma de decisiones por las asociaciones de consumidores y usuarios, tal como viene exigido en el artículo 42<sup>182</sup>, último párrafo, de la Constitución Nacional. Así se dijo que la gravedad de la infracción al ordenamiento en la eventualidad de que se decidiera omitiendo la previa audiencia pública se consideró acertadamente de entidad suficiente para otorgar una medida cautelar, pues la sola omisión de dar participación al usuario, en la forma indicada, configura el perjuicio que, en las condiciones enunciadas, satisface adecuadamente el requisito de actualidad y certidumbre de un daño que no podría

subsanarse con el dictado de una sentencia que hiciera lugar a la pretensión del actor.

En otro precedente pero resuelto en forma contraria a la obligatoria realización de la audiencia pública previa, fue sostenido que el procedimiento de la audiencia pública se encuentra remitido a una reglamentación especial que no ha sido dictada por la administración y que por ello se ha establecido un ámbito de apreciación discrecional que es de competencia primaria de la administración definir, según considerando IV, dice la Cámara que la normativa existente no parece prever que la reunión pública sea necesaria específicamente en los supuestos de fijación o aprobación de tarifas para atender a la tasa de retorno o rentabilidad, y reafirma su postura diciendo que tampoco son aplicables linealmente a la fijación de tarifas, las conclusiones a las que llegó otra sala de ésta Cámara haciendo referencia al fallo citado *ut supra*, porque la insoslayable participación de los consumidores y usuarios que allí se determinó no estaba referida a una toma de decisión en materia tarifaria del Servicio Público de transporte automotor de pasajeros como el fallo en análisis, que es establecida en carácter general, a diferencia de los parámetros operativos del permiso, sino a la trascendencia del asunto consistente en la prórroga del período de exclusividad de las licenciatarias del servicio básico telefónico nacional e internacional, en relación con el texto expreso de los usuarios.<sup>183</sup>

En este último fallo, se nota que no coincide con la interpretación doctrinaria del artículo referido de la CN, de la cual resulta que el Derecho a la participación y al control de los usuarios en defensa de sus intereses económicos, requiere como mínimo de la realización de una audiencia pública previa, exista o no norma que reglamente el citado procedimiento, atento a la naturaleza constitucional del mismo.<sup>184</sup>

Aún sostienen algunos como programáticos los nuevos derechos y garantías que la reforma constitucional de 1994 incorporó a la Carta Magna, a quienes considero de “fieles cómplices de los poderes de turno”. Ya visto el tema referente a las audiencias públicas, ahora para confirmar el primer punto de tesis debemos introducirnos en el

análisis de los entes reguladores independientes y determinar si es que brindan a los usuarios un servicio eficiente y digno.

## **2.2. Entes reguladores independientes.**

Con anterioridad nos referimos a estos, en ocasión de analizar la regulación económica en el capítulo 1 de este trabajo y pusimos énfasis en el estudio detallado de las *public utilities* del Derecho norteamericano y como un antecedente inmediato para no decir copia fiel de aquel modelo, en las *independent regulatory commissions* que hoy todavía se encuentran en el intento de ser nacionalizadas. En todas las obras que fueron analizadas, se descubre algo muy llamativo y es que a estos órganos es costumbre su denominación incompleta, sostenemos esto porque mientras sigamos en la cómoda situación de llamarlos solo “entes reguladores”, serán solo eso, regularán solamente, pero no a voluntad propia sino incididos y determinados por la Administración o lo que es peor aún por las mismas empresas prestatarias de dichos Servicios Públicos, en flagrante violación a su condición de ente regulador independiente y en sujeto encargado de equilibrar la relación jurídica desequilibrada desde el comienzo en contra de los usuarios. Es así que debe cambiarse la modalidad de denominar de forma incompleta a estos, para hacerlo con el aditamento de “independientes” así termina de permear en la conciencia de la doctrina nacional y luego en la conciencia de la comunidad en general, que estos entes no tienen dependencia de sujeto alguno y que decidirán y regularán de acuerdo a sus conocimientos técnicos y profesionales, sin olvidar que los sujetos que primero deben entender esta necesidad son nuestros gobernantes. Entonces postulamos la necesidad de llamar definitivamente de forma completa a estos “Entes reguladores independientes”, para tomar conciencia absoluta de su condición, mientras así no se haga estos permanecerán en la incertidumbre si cumplen con la finalidad para los cuales fueron creados, en esta cuestión la doctrina es coincidente con los criterios expresados *ut supra*.

Corresponde adoptar, también en nuestra Constitución el éxito demostrado por el modelo estadounidense. La Unión Europea exige que los países que la integran tengan autoridades independientes para regular los Servicios Públicos: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Grecia, Italia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia, Suiza, Reino Unido, entre otros. Nosotros debemos empezar a olvidar los entes administrativos descentralizados, sometidos al control de tutela de la administración central y comenzar a enfatizar que el Estado contemporáneo requiere de autoridades administrativas que necesariamente sean independientes del poder central.<sup>185</sup>

Estos entes tienen poder para reglamentar, dictar normas, es legislador administrativo y policía del servicio, que a continuación se analizarán sus competencias. Así regular es controlar, estos entes se ocupan del control de las prestaciones de cada servicio en particular. La regulación puede prever órganos múltiples que regulen y controlen, así fue que en cada marco regulatorio se prevé un ente regulador, los que también serán señalados luego en un cuadro con sus características particulares, significa que cada servicio cuenta con un órgano especializado en la materia que hace las veces de policía del servicio. Lo que consideramos mejor aún, y no sucede en el orden Federal en nuestro país es la existencia de un órgano único, como si existe en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde la Constitución creó el Ente Único Regulador de Servicios Públicos a fin de ejercer el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los Servicios Públicos en defensa y protección de los derechos de los usuarios<sup>186</sup>, según artículo 138: ‘El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad, instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, es autárquico, con personería jurídica, independencia funcional y legitimación procesal. Ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los Servicios Públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la administración central y descentralizada o por terceros para la defensa y

protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto”.<sup>187</sup> Y en consecuencia el artículo 139 del mismo cuerpo legal prescribe: “El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos está constituido por un Directorio, conformado por cinco miembros, que deben ser profesionales expertos. Los miembros del Directorio son designados por la Legislatura por mayoría absoluta del total de sus miembros, previa presentación en audiencia pública de los candidatos. El Presidente o Presidenta será propuesto por el Poder Ejecutivo y los vocales por la Legislatura, garantizando la pluralidad de la representación, debiendo ser uno de ellos miembro de organizaciones de usuarios y consumidores. No podrán tener vinculación directa ni mediata con los concesionarios y licenciarios de Servicios Públicos”.<sup>188</sup>

Se afirma que de todos los modelos de ente regulador que surgen en nuestro país, no existe una identidad: no hay un modelo de ente regulador. Por ello sostenemos junto a un destacado jurista la necesidad de un orden normativo, de un modelo de ente de regulación y control de los Servicios Públicos, porque lo que existe es un mosaico de atipicidad, y es necesario para volver a crecer una política regulatoria en la materia, entes de regulación homogéneos y estables, siempre establecidos en una ley orgánica.<sup>189</sup>

Otro jurista afirma que la noción de ente regulador no es precisa ni definitiva, ya que estos poseen una caracterización multifacética.<sup>190</sup>

Estos organismos que postulamos con necesidad deben ser de forma determinante, técnicos, profesionalizados, independientes, instituidos por ley y no por decretos como veremos a continuación, cuestión controvertida que en la *praxis* administrativa son creados en forma concurrente por el Congreso y por el Poder Ejecutivo, y también cumplir obligatoriamente con las funciones de regulación y control. En cuanto a la característica de técnicos es que hacemos referencia a que son responsables en cuanto a estas cuestiones, deben tener excelencia técnica, para prestar el



servicio de forma excelente, sin un rasgo de política. Alto nivel técnico, con conocimiento en las ciencias que implica la prestación del Servicio Público, tanto en Derecho, Economía e Ingeniería. Sobre estas características, las enfocamos y explicamos, referido a un solo ente regulador independiente, que es la necesidad en el orden Federal de unificar las cuestiones generales de los entes reguladores, por medio de una ley marco y no como veremos *infra* la diversidad de entes y de formas de creación. Deben ser profesionalizados, por requerimiento constitucional, deben ser idóneos en las áreas requeridas, con conocimientos específicos y experiencia. La forma de acreditar su idoneidad y capacidad de forma transparente es que se deben designar por un concurso público, realizándose en todos los niveles hasta los directores del ente. La independencia, quizá la más importante especificidad del ente, debe ser en referencia a varios tópicos, así debe ser una independencia burocrática, técnica y económica, debe serlo de todos los poderes del Estado, con la finalidad de que no descuiden la fiscalización de la prestación que tienen a su cargo, sin olvidar que deben mantener su independencia de los demás sujetos de la relación jurídica, sean usuarios o empresas prestadoras. Su composición debe ser pluri-institucional, para cumplimiento de la manda constitucional en relación a que se asegure la participación de representantes de las asociaciones de usuarios y de las provincias interesadas en la prestación del servicio, según artículo 42<sup>191</sup>, que también postula otra característica de estos organismos y es relativo a la creación por ley en sentido formal, dictada por el Congreso de la Nación.<sup>192</sup>

La primera visión de estos entes es relativa a su estructura como personas del Derecho Público. Donde la mayoría están constituidos como entidades autárquicas, algunas con una capacidad amplia, o sea para actuar en el Derecho Público y en el privado, es el ejemplo del Ente nacional de regulación eléctrica y el Ente tripartito de obras y servicios sanitarios. Así es que en consecuencia de su tipicidad jurídica, todos

están ubicados en dependencias de órganos de la administración central, siempre los órganos directivos son colegiados, y se designan los miembros por el P.E, como también este mismo los remueve. Confiriéndosele a éste gran discrecionalidad en el manejo de aquellos. Se dice que cuando no exista disposición legal expresa, los entes reguladores (aún dependientes) se rigen por la Ley Nacional de procedimientos Administrativos, y puede aplicarse en algunos casos la Ley de Contrato de Trabajo. Entonces así es que el ente regulador ocupa un importante lugar en la dinámica de fuerzas entre los sectores interesados directamente en la prestación del Servicio Público, son el Estado como concedente, el concesionario o licenciatario y los usuarios, en donde el ente debe mantener una postura neutra de los intereses de los tres sujetos intervinientes y velar por la protección y el cumplimiento de los derechos y obligaciones de cada uno, llegando a denominarlo como árbitro neutral.<sup>193</sup>

A modo de cierre y en afirmación de lo sostenido precedentemente sobre la necesidad de adherir definitivamente el adjetivo a la denominación de estos entes, un jurista reconocido nos expresa que “la independencia constitucional de los entes reguladores, sin sujeción al Poder Ejecutivo, no supone que tengamos órganos pretendidamente sin control. Lo que ocurre es que en el sistema constitucional se ha pensado, correctamente, que el control de tales entes no lo puede hacer bien el Poder Ejecutivo concedente, demasiado cercano a los monopolios que él mismo ha concedido, sino que lo harán mejor otros órganos también independientes y desde luego el Poder Judicial de la Nación. Es otra transferencia de poder, en el caso a todo un sistema de autoridades administrativas independientes que interactúan con mecanismos de control recíproco a la luz de la opinión pública y bajo supervisión parlamentaria y judicial”.<sup>194</sup>

Después de la descripción de las funciones que cumplen y debieran cumplir estos órganos, por consecuencia lógica es que debemos pasar a explicar cuales son las competencias que detentan para ejercer sus atribuciones.

### **2.2.1. Competencias de los entes reguladores independientes.**

En general, se los considera como un Estado dentro del Estado, de acuerdo que reúnen las tres competencias básicas de todo Estado: legislar, administrar y emitir pronunciamientos jurisdiccionales. Todas las estructuras de estos entes son similares, comienzan con una enunciación general de las funciones y finalizan con las atribuciones residuales o implícitas. En la primera competencia, la legislativa es sostenido que todos poseen facultades reglamentarias, otorgadas en forma amplia, que se extienden entre otras a la seguridad de las instalaciones, el control y uso de los medidores de interrupción y reconexión de suministros, un procedimiento para la aplicación de sanciones, reglamentos para trámites y reclamos de los usuarios. También están autorizados para ejercer la delegación de sus facultades, a favor de funcionarios del ente o hacia los gobiernos provinciales, como fue el caso del Ente Nacional regulador del gas (en adelante Enargas).<sup>195</sup>

Ahora respecto a la competencia administrativa, tienen estos como facultades, la de fiscalizar y controlar al concesionario y licenciatario, justificando su existencia, la aprobación de las tarifas, que pueden establecer las bases para el cálculo de las tarifas y comprobar que sean aplicadas de conformidad, aprobar las que serán de aplicación de los prestadores y deben intervenir en las actualizaciones tarifarias, por lo que si una tarifa resulta inadecuada, solo en los casos del Ente Nacional regulador de la energía (en adelante Enre) y del Enargas deben notificarlo al prestador del servicio y convocar una audiencia pública. Coincidencia que es posible este remedio en los entes reguladores creados por ley y con marco regulatorio pero no así en los demás casos. También es importante la competencia respecto a la protección del usuario, lo cual es considerado por la doctrina como un aspecto polifacético en estos entes, complementado con la facultad de dictar el reglamento del usuario: un ejemplo es organizar el régimen de las audiencias publicas, atender los reclamos de los usuarios sobre la prestación del servicio

o sobre las tarifas para producir una decisión fundada. También pueden resolver en instancia administrativa los reclamos de aquellos, incluye también la facultad de informar y asesorar a los usuarios acerca de sus derechos.<sup>196</sup> Otra facultad es la aprobación de los planos de mejora y expansión, como la intervención en temas contractuales. Ahora en cuanto a las obligaciones de estos entes, encontramos la de brindar asesoramiento y publicidad de sus actos. Relativo a la primera obligación, estos cuentan con la obligación de asesorar, por derivación de su capacidad esencialmente técnica, el cual se brinda a los concesionarios, licenciatarios, usuarios y al mismo P.E.<sup>197</sup>

La más controvertida es la competencia jurisdiccional, sucedió que la aparición de los entes reguladores reavivó el tema, pero no han incorporado nada novedoso a las facultades jurisdiccionales de la administración pública. Por el ejercicio de estas es que se exige necesariamente la determinación de tres aspectos: uno es lo que debe entenderse por actividad jurisdiccional, otro es el valor como instancia que se le otorga al ente que produce la decisión jurisdiccional y por último cuales son los alcances del control posterior. Sobre el primero, que es el más difícil de determinar, no existe consenso claro acerca de la noción de facultad jurisdiccional, al respecto dice Bianchi, en donde pueda suscitarse un caso en el sentido judicial de ser llevado a la justicia, habrá materia jurisdiccional, donde los entes tendrán intervención obligatoria y previa.<sup>198</sup> Siguiendo a este autor, decimos que la función puede ser más amplia, como el caso de las facultades disciplinarias que tienen todos los entes reguladores. En los marcos regulatorios de unos pocos servicios (gas y energía eléctrica), está previsto que la primera instancia judicial queda cumplida por el mismo ente y el control que realizan los tribunales sobre estas decisiones se hace a través de un recurso directo ante la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, también está permitido aquí el recurso de alzada ante la administración central, lejos de la pretendida

independencia del ente.<sup>199</sup> Sobre el alcance del control, será restringido si la justicia no puede revisar los hechos y en cambio será amplio, si debe revisarlos. El problema se debe a si la interpretación administrativa de la ley es o no obligatoria para los jueces, para sintetizar. Concluimos que es controlante o influyente en el ámbito judicial la interpretación administrativa a menos que sea errónea o contradictoria y siempre será aceptada cuando sea razonable y la ley sea insuficiente o ambigua.<sup>200</sup>

No podemos dejar de soslayar un debate doctrinario sobre otra competencia de estos entes, pero respecto a su creación, que tiene larga historia en nuestro medio. En un principio se ha dicho que es el Congreso, luego otra corriente afirmo que la potestad corresponde al Poder Ejecutivo considerándose inconstitucionales por algunos tribunales las mismas leyes de creación de entes autárquicos, llegando a crearse entes autárquicos y hasta otorgando privatizaciones por decreto aún después de la última reforma constitucional, nosotros concluimos que más allá de todo lo que pueda escribirse y decirse en relación a la especie, si todavía hay entes reguladores creados por Ley del Congreso y a su vez por decretos del P.E, la creación de estos en la dinámica administrativa fue y es concurrente.

Luego de la descripción de estos órganos y como antes vimos lo referido sobre las audiencias públicas nos encontramos en condiciones de afirmar que se da por probado el primer punto de tesis del presente capítulo, porque en principio dijimos que no se cumplía con la realización de las audiencias públicas, como buen método de protección previo de usuarios, y peor es todavía cuando esa conducta omisiva es realizada por los entes reguladores independientes, que están encargados del control y la fiscalización de la prestación. Así es que trae la consecuencia de incumplir con el Derecho de los usuarios a recibir un servicio eficiente, porque no participó en las decisiones para su prestación y la calidad será inferior porque no pudo decir cuales son sus necesidades en la audiencia pública, lugar para oír las inquietudes y necesidades.

## **2.2.2. Régimen jurídico de los entes reguladores en particular.**

Servicio público	Energía Eléctrica	Gas Natural	Comunicaciones	Agua potable Y saneamiento	Transporte Automotor, Ferroviario	Aeropuertos
Nombre y sigla	Ente Nacional Regulador De la Electricidad (ENRE)	Ente Nacional Regulador Del Gas (ENARGAS)	Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC)	Ente tripartito De obras y servicios Sanitarios (ETOSS)	Comisión Nacional de Regulación Del transporte (CNRT)	Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA)
Materias de su competencia	Generación, transporte y distribución de electricidad; artículo 1 ley 24.065.	Transporte y distribución de gas natural; artículo 1 ley 24.076. La producción, la captación y el tratamiento están expresamente excluidos.	Servicios postales y de Telecomunicaciones; Artículo 4 decreto 1185/90, texto según decreto 80/97.	Servicios públicos de provisión de agua potable y desagües cloacales en Capital Federal Y Gran Buenos Aires; artículo 1, anexo I, decreto 999/92.	Transporte Automotor y Ferroviario, de pasajeros y de Carga sujeto a Jurisdicción Nacional; artículo 4, anexo I, decreto 1388/96.	Actividad Aeroportuaria En el ámbito del Sistema Nacional de Aeropuertos (SNA); artículo 15 decreto 375/97.
Naturaleza jurídica	Ente autárquico; Artículo 55 ley 24.065.	Ente autárquico; Artículo 51 ley 24.076.	Organismo Descentralizado; Artículo 3 decreto 1185/90, texto según Decreto 80/97.	Ente Autárquico; Artículo 15, anexo I, decreto 999/92.	Ente Autárquico; Artículo 2, Anexo I, Decreto 1388/96.	Ente Autárquico; Artículo 16 decreto 375/97.
Norma de creación	Ley 24.065, De la energía Eléctrica Artículo 54.	Ley 24.076, Marco regulatorio Del transporte y la distribución de gas natural. Artículo 50.	Decreto 660/96, artículo 31 y sus Modificatorios: 952/96, 1260/96, 80/97.	Ley 23.696 De reforma del Estado, anexo I; Convenio del 10-2-92 entre la Secretaria de Obras públicas y comunicaciones, Obras sanitarias De la Nación, Pcia. De Bs. As y Municipalidad de la Ciudad de Bs.As, artículo 1.	Decreto 660/96, Artículo 40.	Decreto 375/97, Artículo 14.
Normas aplicables	Ley 24.065, capítulo XII. Decretos 1398/92, 186/95, 570/96, 858/98.	Ley 24.076, Capítulo X. Decretos 1738/92, 2255/92, 729/95, 951/95, 692/95, 186/99.	Decretos 1185/90, 761/93, 515/96, 1620/96, 115/97, 1503/98.	Decreto 999/92.	Decreto 253/95, 1388/96, 756/97, 105/98, 1395/98.	Decretos 375/97, 16/98, 20/99, 197/00, 772/00,642/03.

En el orden nacional se creó especialmente en materia técnica, y para la fiscalización de cada Servicio Público transferido a empresas privadas un ente

regulador, entonces se puede afirmar como ya lo hemos dicho, que en perjuicio y desconcierto de todos, cada Servicio Público se regula de forma distinta.

“Todos los entes reguladores independientes son organismos descentralizados y autárquicos, se pueden verificar grandes diferencias. Se producen desde la causa fuente de su creación, los hay surgidos de leyes y creados por decretos (que han adquirido rango de delegación delegada); con patrimonio propio o que dependen de un presupuesto elaborado por la Administración central; aquellos en los que la designación de sus miembros se hace por concurso público, garantizando la idoneidad de sus miembros, y otros en los que prima la digitación política; algunos en los que la remoción de sus miembros debe hacerse previo sumario, y otros en los que la decisión la toma el Poder Ejecutivo, sin ningún tipo de sumario o investigación previos; algunos en los que se prevé la presentación de un recurso de alzada, otros en los que su decisión agota la instancia administrativa; entes con participación de provincias, municipios y asociaciones de usuarios, otros que no cuentan con ninguna forma de participación; entes en los que se prevé la realización de audiencias públicas y otros en los que no hay ninguna forma de participación; entes en los que se prevé la realización de audiencias públicas y otros en los que esta forma participativa no existe; entes que regulan y entes que solo fiscalizan”.<sup>202</sup>

Para que puedan cumplir con las funciones encomendadas, cada marco regulatorio del servicio contiene disposiciones que facultan a tales entes a efectuar por ejemplo, el examen de los libros y documentos del concesionario para comprobar su marcha, las inversiones realizadas y todo otro aspecto importante para un control adecuado, como sería el de los subsidios otorgados por el Estado a las prestatarias, que tienen un interés general en los Servicios Públicos.

“El control no se ejerce sólo para saber si el contratista cumple, sino también para establecer si puede cumplir mejor, es decir, hasta dónde puede mejorar el servicio que presta, en cantidad, calidad o precio”.<sup>203</sup>

Siendo determinante en consideración a lo expuesto sobre el régimen de cada Servicio Público, como así también lo relativo a cada normativa aplicable, se puede concluir sin esfuerzo intelectual y con la doctrina nacional que nos respalda que la disparidad de origen normativo y del contenido de los respectivos textos, la diferente composición y nombramiento de sus autoridades, hace imposible generalizar conclusiones. Consideración que debe ser hecha solo en carácter de introductorio, antes que una exacta descripción de un ordenamiento enteramente vigente en la realidad.<sup>204</sup>

Luego de extendernos en el estudio de aquellos órganos relevantes en la prestación de estas actividades con funciones determinadas, ahora corresponde hacer un estudio de otros órganos que fiscalizan pero no la forma de prestar el servicio y los prestatarios directamente, sino quienes controlan al fiscalizador del sistema.

### **2.2.3. ¿Quién controla el sistema de Servicios Públicos?**

Antes de aclarar quien es el encargado de la fiscalización sobre la prestación de los Servicios Públicos debemos reconocer que no es uno el que esta encargado sino todo lo contrario, son varios los órganos del Estado que pueden controlar. Así por ejemplo, es necesario destacar aquí el principio de quien concede no debe controlar, quien otorga el monopolio no debe estar encargado del control de quien lo ejerce, es por el mismo principio de la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, que nuestra Constitución perfecciona.<sup>205</sup>

En principio podemos reconocer que el encargado principal es el Ente Regulador Independiente de cada Servicio Público esencial, quien debe llevar a cabo el control y la fiscalización de las empresas privatizadas, porque como ya fue expresado,



estos se encuentran dotados de idoneidad técnica en materias relacionadas a cada uno de los servicios. También estos mismos entes tienen competencia para resolver en caso de controversia ocasionada por la gestión de los servicios entre el usuario y la empresa prestataria de ese servicio. Estudiaremos el tema de sus facultades en detalle seguidamente.

Ahora hay que responder a la pregunta *¿quis custodies custodiat?* Afirma la doctrina en nuestro medio que hay una clara y fácil respuesta. Son entes de control sujetos ellos a múltiples controles sobre como ejercen su control, y no solamente del Congreso de la Nación y los Jueces del Poder Judicial, así también y específicamente por el Defensor del Pueblo nacional, la Auditoría General de la Nación, la Sindicatura General de la Nación, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas y aquí viene lo interesante de la cuestión, también ejercen su control la opinión pública y los usuarios, y recordamos también la defensa de los derechos de incidencia colectiva, tema que será tratado en particular en otro punto del presente capítulo<sup>206</sup>, sobre la actuación del Defensor del pueblo también nos ocuparemos en el punto respectivo.

En lo referido a la protección de los usuarios, y no precisamente al control sobre la prestación de los Servicios Públicos, es que en el punto relativo al análisis de la normativa protectoria pertinente, conforme LDC, nos ocuparemos en determinar quienes ejercen el contralor sobre cuestiones de protección de usuarios y consumidores.

Otro organismo de control previsto en la Constitución nacional, por ese motivo traído a un análisis en el presente capítulo, es la Auditoría General de la Nación, en el artículo 85: “El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación. Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad

de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos”.<sup>207</sup>

En este caso ejercería el control externo de la gestión de los entes reguladores de Servicios Públicos, este podría ser preventivo, solo sobre la actividad de la Administración y podrá ser concomitante y posterior sobre las obligaciones asumidas por las adjudicatarias de las privatizaciones.<sup>208</sup>

A continuación corresponde analizar la normativa de protección al consumidor, que actualmente goza de notoria aceptación en la doctrina nacional por sus numerosos trabajos especializados en su análisis, además de ser el primer instrumento de protección a consumidores, es una valorada herramienta jurídica, veremos sus virtudes y defectos, como también temas como los principios que crea y luego su ámbito de aplicación. Mezclado se hará mención a los reglamentos de servicios.

### **2.3. Ley de defensa del Consumidor.**

Como antes lo expresamos, este cuerpo normativo, solamente regula lo atinente al usuario de servicios públicos domiciliarios, no alcanzando por ende a los otros usuarios que no cumplan con esa tipificación para nosotros, lo cual conlleva a una notoria discriminación, porque si el legislador incluyó a una parte de los usuarios, que pasa con los demás, ¿los dejamos desprotegidos por el hecho de no ser un Servicio Público domiciliario?, si la Constitución nacional, no diferencia ni clasifica a los Servicios Públicos, entonces, porque en este cuerpo normativo si se lo hace, dejando a los no domiciliarios, a la deriva de los marcos regulatorios y resoluciones de los Ministerios u organismos competentes, como también entes reguladores del Servicio Público correspondiente. Si bien es cierto que los incluidos en esta ley, son por esencia los más ordinarios e imprescindibles, porque los servicios de energía eléctrica, gas,

sanitarios, y hoy en día también la telefonía pública, son necesidades vitales del hombre y no es posible ni aceptable, al menos para nosotros, (no quiere decir que aún en nuestro país todos los habitantes satisfagan ampliamente sus necesidades primarias), que nuestro Estado no provea de estos a la totalidad de la población, pero hay que reconocer que a pesar de la omisión, o de la inclusión parcial, es un buen avance, y unos pocos artículos de protección son un principio hacia la necesaria protección de todos los usuarios de Servicios Públicos.

A partir del capítulo VI denominado Usuarios de Servicios Públicos domiciliarios, en su artículo 25 prescribe: 'Constancia escrita. Información al usuario: Las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio deben entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de la prestación y de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes. Sin perjuicio de ello, deben mantener tal información a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al público. Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deberán colocar en toda facturación que se extienda al usuario y en las oficinas de atención al público carteles con la leyenda: "Usted tiene derecho a reclamar una indemnización si le facturamos sumas o conceptos indebidos o reclamamos el pago de facturas ya abonadas, Ley N° 24.240". Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor. Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley'.<sup>209</sup>

A modo de introducción se entiende por Servicios Públicos domiciliarios, aquellos que contienen todos los caracteres de los Servicios Públicos, pero con una

particularidad, porque llegan a los domicilios de los usuarios por medio de conexiones que requieren instalaciones o artefactos específicos. Hay que sumarle otro elemento tipificante, es el precio que se fija a través de una tarifa determinada normalmente por el concedente y que el consumo será medido generalmente con instrumentos o unidades de medición.<sup>210</sup>

Esta clase de usuarios, por ende no todos, están amparados por un sistema triangular, así es que coexisten disposiciones de carácter Constitucional, Legal y Reglamentario.

En el orden Constitucional, el artículo 42<sup>211</sup> arto citado, con todos sus derechos plasmados como en el artículo 41<sup>212</sup>, denominadas de tercera generación, que presentan los siguientes rasgos: a.- junto a la titularidad personal e individual, alojan una dimensión colectiva y transindividual que los afilia a la categoría de los intereses difusos o derechos de incidencia colectiva, ya mencionados por el artículo 43,<sup>213</sup> b.- exhiben una intersección, en cuanto al desarrollo reglamentario, que se da entre Derecho Público y Derecho Privado, c.- están relacionados con muchísimos otros derechos, como el derecho a la calidad de vida, a la educación, a la tutela judicial eficaz, aparecen conectados con derechos implícitos y con derechos por analogazo.<sup>214</sup>

Es por estas normas que, se vigila el mercado y la tutela de los derechos de la parte más vulnerable en las relaciones de consumo en todo lo relacionado con las necesidades primarias y fundamentales que se deban satisfacer a favor de las personas, frente al Estado, porque autoridades son todos los órganos del mismo, involucrando también al Poder Judicial. Cuando se utiliza la expresión necesidades primarias, fundamentales o básicas, estamos pensando en el suministro de agua; en la energía eléctrica, en las redes cloacales, en el gas, en el teléfono, como también los alimentos y muchas cosas mas.<sup>215</sup>

Cuando una norma otorga derechos a una persona siempre recorta, en la misma medida, facultades a la otra, la protección constitucional de usuarios debe ser compatible con otros Derechos declarados y con los principios de la Constitución.<sup>216</sup>

En el ámbito del MERCOSUR, el 15 de Diciembre de 2000, todos los presidentes de los Estados Parte, que se encontraban reunidos ordinariamente en Florianópolis, Brasil, aprobaron la Declaración de Derechos Fundamentales de los Consumidores del MERCOSUR, donde puede leerse entre muchos otros, el Derecho a la facilitación del acceso a los órganos judiciales, administrativos y a medios alternativos de solución de conflictos, mediante procedimientos ágiles y eficaces, para la protección de los intereses individuales y difusos de los consumidores y usuarios.<sup>217</sup>

Pasando a los otro dos ángulos del triángulo protectorio, ahora el infraconstitucional, o la base del mismo, encontramos primariamente siguiendo la conocida pirámide jurídica de Hans Kelsen, pero en serie descendente, a la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante LDC) y luego, para ir cerrando el triángulo, los marcos regulatorios de los Servicios Públicos respectivos.

Afirma un autor, basado en la Jurisprudencia que la LDC ampara al usuario de los Servicios Públicos domiciliarios en forma específica o particular en su Capítulo VI, “La relación entre el usuario presuntamente afectado y quien presta en forma profesional un servicio público deben enmarcarse en las previsiones de dicho plexo normativo, debiendo resaltarse que los usuarios de servicios públicos domiciliarios son los más necesitados de protección, pues el acceso al consumo de servicios públicos es el primer derecho de los ciudadanos-usuarios, en cuanto imprescindibles para el desenvolvimiento de una vida digna... Y que la idea de protección al usuario analizada deriva de la concreta “*ratio legis*”, la inferioridad de los profanos respecto de los profesionales, quienes tienen una superioridad considerable en las relaciones

contractuales y en especial en las que se enlazan entre los prestadores de servicios públicos por una parte, y los usuarios por la otra”.<sup>218</sup>

Pasamos ya al último, pero no menos importante, vértice del triángulo de protección a los usuarios, son los marcos regulatorios legales o reglamentarios de cada uno de los Servicios Públicos privatizados, que en general sistematizan la actividad de estos, desde los contratos de concesión o licencia hasta los reglamentos de ejecución o integración elaborados por la autoridad concedente, o por los mismos entes reguladores independientes creados por las privatizaciones de cada Servicio Público.

### **2.3.1. Reglamentos de servicios.**

Falta aún dictar el resto de los marcos reguladores legales exigidos por el artículo 42<sup>219</sup> (por ahora existen el del gas y la electricidad), readecuar los preexistentes y tal vez como igualmente se propone, dictar una ley marco que establezca los trazos generales de su funcionamiento, sin dependencia del Poder Ejecutivo ni facultades reglamentarias de éste sobre tales entes o sus relaciones con los concesionarios y licenciatarios sujetos al control.

Es obligatoria por manda constitucional la participación de las asociaciones de usuarios y consumidores para hacer los marcos regulatorios de los Servicios Públicos de competencia nacional.

En el cuadro anterior, se nota fácilmente la diversidad de marcos regulatorios, hasta la ilegalidad ya que hay algunos que no fueron hechos por ley, en flagrante violación del orden jurídico, así expuestas las cosas, sin marco regulador único a nivel nacional, con diversidad de marcos regulatorios para cada Servicio Público y con su respectivo Ente regulador dependiente, todavía, la situación es oscura. Proponemos la creación de un marco regulatorio único, con notas específicas para cada servicio, y la formación de un ente regulador general independiente, compuesto por pluralidad de especialistas en materias afines, responsable directo y superior jerárquico de los entes

reguladores de cada servicio.

### **2.3.2. Ámbito de aplicación de la LDC.**

Al considerarse a la relación jurídica prestador-usuario, una de la más proficua, como sinónimo de provechosa, ventajosa que existe en el mundo jurídico, en ambas partes por su notable desequilibrio sobre cada una en la relación jurídica, hay dependencia, necesidad, generalidad y esencialidad, es que los sujetos a los cuales resulta aplicable, son fácilmente diferenciables y reconocibles. En el lugar donde se encuentran las ventajas y se mantiene mayor poder pero más obligaciones, situamos a las Empresas prestatarias del Servicio Público, “no cabe duda alguna que las empresas prestatarias de Servicios Públicos domiciliarios son proveedores profesionales de bienes y servicios, dado que se trata de empresas constituidas bajo alguna forma societaria, que desarrolla de manera profesional, aún ocasionalmente cualquier actividad de las nombradas en el artículo 2<sup>220</sup> de la LDC siempre que sean servicios destinados a usuarios”.<sup>221</sup> Dice la doctrina que nos encontramos por un lado, frente a un usuario que contrató la prestación de un Servicio Público domiciliario a título oneroso y en su propio beneficio o de su grupo familiar, sería el sujeto protegido, y del otro aquel prestador del servicio, como lo dijimos persona jurídica que realiza esa tarea de manera profesional o habitual. Por estos motivos debe categorizarse la relación como de consumo, aplicándose la legislación sobre la materia,<sup>222</sup> lo que consideramos forzado o solucionado luego de la omisión legislativa. Volviendo sobre el sujeto tutelado, que antes de la última reforma de la LDC por ley 26.361,<sup>223</sup> la doctrina mirando como fuente los marcos regulatorios respectivos hacía una diferenciación en el concepto de usuario, entre el “usuario efectivo”, aquel que utiliza un Servicio Público en funcionamiento y el “usuario potencial”, es quien está jurídicamente en condiciones de utilizar un Servicio Público en funcionamiento pero que aún no lo realiza. Los dos tipos de usuarios, como dijimos anteriormente, se encontraban protegidos por la LDC

primitiva, en una causa relevante se sostuvo “la calidad de usuario del servicio telefónico no puede quedar restringido únicamente al titular de la línea que figura registrado en guía y que alcanza aún a aquel que no tenga aparato telefónico en su domicilio y solo use la red pública”.<sup>224</sup>

Es importante resaltar que al usuario efectivo, algunos marcos regulatorios lo denominan “cliente”, siendo un término utilizado para señalar que las empresas prestatarias del Servicio Público deben jerarquizar la situación del usuario para convertirlo en un verdadero “cliente”<sup>225</sup>, lo cual afirma aún más nuestra postura por rotularlo nuevamente, ya no sería usuario, sino otro sujeto, se ningunea al usuario.

Toda esta división de usuarios, categorización al fin, fue superada por la reforma citada anteriormente, que en su artículo 3<sup>226</sup> de la LDC actual, aplica la relación de consumo, es aquel vínculo jurídico existente entre el proveedor y el consumidor o usuario. Así consumidores, sinónimo de usuarios son: quienes celebran un contrato de consumo, pudiendo ser el usuario cliente, cuando este sea el destinatario final, en su beneficio o de su grupo familiar, también quién a pesar de no haber celebrado un contrato de este tipo, adquiere o utiliza bienes en forma gratuita u onerosa como destinatario final de su grupo social o familiar, la doctrina da el ejemplo del inquilino de un inmueble quien no siendo titular del servicio, es beneficiario del mismo, y por último quien está expuesto a una relación de consumo, es el caso de cualquier persona que puede sufrir un accidente por la deficiencia de los instrumentos utilizados para la prestación del servicio. Todos estos se consideran consumidores actualmente y se encuentran vinculados con la empresa prestadora, también se le reconoce la legitimidad activa para reclamar sus derechos ante quién corresponda.<sup>227</sup>

### **2.3.3. Más que un principio relevante.**

Desde antaño la filosofía jurídica fue creando principios de protección a determinados sujetos cuando se crean dudas en la aplicación de una norma o en la



interpretación de una cuestión, así recordamos el principio que en caso de duda debe estarse a favor del deudor en materia comercial o en caso de duda debe estar a favor del reo en Derecho Penal.

Bien sabido es que el nuevo microsistema de defensa al consumidor, contiene un principio llamado *in dubio Pro consumidor*, aplicándose siempre ante interpretación dudosa entre dos o más normas de aplicación al caso, en este tema concreto se daría cuando la LDC es más benévola que los marcos regulatorios de la actividad en cuestión.

Tema controvertido fue desde un comienzo, si es de aplicación dicho principio a los usuarios de Servicios Públicos domiciliarios. La jurisprudencia había pronunciado las siguientes palabras aceptando la extensión para incluir a los usuarios como beneficiarios de dicho principio, se dijo “que no debe perderse de vista que la LDC ha establecido, como regla obligatoria de interpretación que en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor, y si aún existiesen dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa, según artículo 3 in fine.”<sup>228</sup> No caben dudas que dicho principio de favor al débil debe ser tenido en cuenta por el infrascripto como principio orientador al interpretar la ley, atento al carácter de orden público que ostenta la normativa en análisis, reconociendo que el fundamento de esta regla tiende siempre a una finalidad de justicia que propone restablecer el equilibrio entre las partes”.<sup>229</sup>

Como siempre sucede, siendo la jurisprudencia la que antecede con sus sentencias el camino que debe tomar la comunidad para que luego sea el legislador quien recoge por el camino que ha sido transitado antes, aquellas soluciones a casos concretos para elevarlos a normas generales. Fue así que la reforma de la LDC por ley 26.361<sup>230</sup> cambia la redacción como debía ser de la norma referida, así prescribe “Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle esté

alcanzado asimismo por otra normativa específica”<sup>231</sup> y como complemento de lo expresado, el artículo 25<sup>232</sup> párrafo 3 afirma esta protección a los usuarios, pero solamente por ahora para los usuarios de Servicios Públicos domiciliarios. Esta nueva afirmación de principios y garantías en protección de los más débiles, como por si acaso quedaran dudas respecto a si es aplicable a los usuarios, como si el legislador se anticipara a que alguien dudase de que fuere aplicable directamente a los usuarios vuelve a ratificar en otro precepto lo siguiente. “La relación entre el prestador de servicios públicos y el usuario tendrá como base la integración normativa dispuesta en los artículos 3 y 25 de la presente ley”<sup>233</sup>, deja de ser supletoria como fue desde su sanción, para que luego de la reforma ya sea de aplicación directa, siempre que su aplicación sea más favorable al usuario-cliente en caso de duda entre la normativa específica o la LDC.<sup>234</sup>

Hay acuerdo en la doctrina respecto a que en los supuestos de que la cuestión verse sobre aspectos esenciales del Servicio Público domiciliario, aquí en cambio debería aplicarse la normativa específica aún cuando fuese contraria a la LDC, supuesto raro, porque al aplicarse las normas específicas son las que tienen aspectos referidos al tema y no la norma general que siempre se queda en aspectos más amplios.

#### **2.3.4. Ahora son dos autoridades que controlan.**

Antes de la reforma citada la autoridad de contralor eran solamente los entes reguladores, creados desde los procesos de privatización de los Servicios Públicos, como ya dijimos tienen la misión de la defensa de los usuarios, no lograda definitivamente en forma amplia en la práctica esa misión, por ineficacia en consecuencia de no realizar por ejemplo como lo dijimos las audiencias públicas y también por inactividad, lo que hay que reconocer es que no cumplen la misión de proteger a los usuarios.

Señala Gelli,...“el otorgamiento o no de facultades jurisdiccionales a los entes, suscita, por cierto controversias. Sea como fuese la determinación sobre el punto y como lo recordó la Corte Suprema en “Litoral Gas S.A. c/ Enargas” las decisiones de los órganos administrativos al resolver los conflictos deben estar condicionadas, siempre a una revisión judicial suficiente. También el Tribunal entendió que las atribuciones de ENARGAS conferidas por ley, no alcanzan para darle categoría de tribunal administrativo aplicando un criterio restrictivo a las atribuciones del mencionado ente. En consecuencia en Ángel Estrada, la Corte trazó una línea divisoria entre lo que denominó jurisdicción primaria otorgada a los Entes de regulación y Control de los Servicios Públicos, para resolver controversias entre esas empresas prestatarias y los usuarios por un lado, y por el otro, las obligaciones civiles que pudieran emerger del contrato respectivo, exentas de la competencia de los entes”.<sup>235</sup>

Actualmente el usuario puede optar administrativamente entre formular sus reclamos ante los Entes Reguladores independientes, o ante la autoridad de aplicación nacional o bien local de la LDC, siendo excluyente la opción, elegida una de las vías no podrá recurrir a la otra, pero puede desistir de la primera, siempre que no haya recaído resolución o cosa juzgada administrativa sobre la cuestión. Todo esto surge del último párrafo del artículo 25 ya transcrito *ut supra* de la LDC.

Lo precedente implica sin dudas un mayor avance y ampliación de los entes de aplicación de la LDC, reconociendo que deteriora la autonomía como las potestades de los entes reguladores de los Servicios Públicos domiciliarios, como entes autárquicos e independientes del Poder Ejecutivo, pero aquí viene lo interesante, porque no hay mal que por bien no venga, es que tiende a paliar los déficits de controles rigurosos y de una defensa más activa de los derechos de los consumidores en la parte administrativa. La doctrina considera que los entes reguladores independientes deben ser consultados antes de resolver planteos, como puede ser la interpretación del marco regulatorio, régimen

tarifario, inconvenientes con la prestación del servicio sobre cuestiones técnicas, sobre las cuestiones que las secretarías no tienen profesionales especializados en materias afines. Esta competencia concurrente servirá para incentivar a las empresas prestatarias de los servicios para cumplir lo más fielmente posible con la LDC y con los marcos regulatorios, y solucionar en forma amigable los planteos de los usuarios.<sup>236</sup>

Se aclaró bastante la importancia que tuvo la sanción de la LDC y como lo diremos al final de este capítulo es un gran progreso, ahora como otra justificación para dar por probado el primer punto de tesis sobre el incompleto desempeño de los entes reguladores, además de no realizar las audiencias públicas, la doctrina dice lo siguiente al respecto: “la deficiente defensa de los usuarios de los Servicios Públicos domiciliarios por los organismos de control, produjo por una parte un saludable activismo judicial, fue un firme motivo por los que se reconoció en forma expresa competencia a los organismos de defensa del consumidor en forma concurrente con los órganos de contralor a elección del usuario”.<sup>237</sup>

#### **2.4. Acción de Amparo.**

La Constitución Nacional reconoce legitimación activa para interponer la acción de Amparo en ...“lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general, al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines”<sup>238</sup>, nos brinda una certeza y dos incógnitas. La primera es sobre los sujetos legitimados para accionar por la vía del Amparo.

Está claro que si se amparan los derechos de usuarios en relación al consumo, los afectados son los que están en aquellos términos, pero ¿pueden aquellos sujetos ejercitar la acción, cuando de no haber contratado, se encuentran afectados?, ¿pueden alegar la defensa de los intereses colectivos de toda la categoría de usuarios?, ¿o, la acción corresponde a las asociaciones de defensa de los usuarios, al Defensor del Pueblo

y al Ministerio Público?, ¿las asociaciones están habilitadas para accionar en caso de que el afectado en sus Derechos subjetivos fuese un consumidor o usuario?<sup>239</sup>

La primigenia LDC, según el artículo 52 establecía que “el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al Ministerio Público”<sup>240</sup>, así fue que la ley no distingue cuando corresponde accionar a unos u otros, sin embargo, el Poder Ejecutivo Nacional vetó<sup>241</sup> la parte de la norma que facultaba a las asociaciones de consumidores (usuarios) para actuar como litisconsortes de cualquiera de las partes. La doctrina interpreta que si el caso es de afectación de un interés subjetivo, debe accionar el usuario, en cambio si es un interés colectivo, corresponde accionar a las asociaciones de usuarios y al Ministerio Público.<sup>242</sup>

El citado artículo 43 de la CN en toda su amplitud prescribe: “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.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o

los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.<sup>243</sup>

Al momento de reformarse la Constitución e incluirse la normativa citada *ut supra*, entre los Convencionales Constituyentes, se discutía acerca de el carácter de la acción de Amparo, como siempre haciendo eco sobre las resoluciones de la jurisprudencia en los *leadings cases* “Siri” y “Kot”, en función de si la acción analizada tenía carácter excepcional, residual y heroica para unos y en cambio era principal y supletorio de la acción, que no se requiere el agotamiento de la instancia administrativa para interponerlo, para la otra corriente, aclarando que la fórmula en que quedó redactada la norma dice “siempre que no exista medio judicial más idóneo”, pareciera un indicio de su excepcionalidad, pero siempre que la eficacia del orden jurídico exista, sino sería ya una acción principal, directa y supletoria de la inexistencia del orden jurídico eficaz.

Afirma la doctrina que no es un remedio ordinario, a excepción de que se interponga por algunos de los temas mencionados en la letra de su precepto.<sup>244</sup>

Entonces clasificando este remedio, puede ser individual, personal o clásico, el de la primera parte del precepto constitucional, que no es necesario traerlo a colación aquí porque consideramos apropiado que el usuario, reclame directamente por ante los organismos de contralor que antes explicamos, interesa para el desarrollo de este trabajo

la segunda parte de la normativa, que a continuación pasaremos a su análisis, que contiene expresamente el Amparo colectivo.

## **2.5. Amparo Colectivo. Intereses difusos.**

El legislador ha creado la categoría de derechos de incidencia colectiva en general y legítima para accionar a tres sujetos en particular: ellos son, el afectado, el Defensor del Pueblo y las Asociaciones de defensa de aquellos fines, recordamos que nombra un grupo de intereses. Sobre el término afectado es importante la legitimación activa del amparista, así quien sufre una lesión puede interponer un amparo individual, obvio también es que el afectado en algún derecho de incidencia colectiva tiene legitimación en otra hipótesis. Cuando sin padecer daño concreto, es tocado, interesado, concernido, vinculado por los efectos del acto u omisión lesivo a sus intereses, o mejor dicho perjudicado en un futuro, aquí es que está legitimado también claro, a título individual pero la característica es que está afectado aquí con otros sujetos en la misma situación, es decir en un grupo de afectados.

En defensa del afectado en derechos que le pertenecen pero también atañen a muchas personas más, o sea a un grupo considerable, suelen concurrir intereses privados e intereses públicos. Lo que sucede es que la entidad económica del Derecho de un titular es mínima, pero en el conjunto es que el daño causado a todos los que sufrieron un menoscabo a sus derechos e intereses económicos, es considerable, es de magnitud. Por lo que siguiendo a la Dra. María Angélica Gelli, afirmamos que las Acciones de clase, constituyen alternativas posibles que brinda la Constitución para proteger a los usuarios y otros grupos que se pierden en la individualidad, pero deben ser considerados como grupos.<sup>245</sup> No está demás volver a expresar la triste situación de estas acciones en nuestro medio, las cuales siguen sin tener una amplia aceptación como en otros países de vanguardia, donde ya tienen reglamentación propia y reconocimiento por todos los estratos sociales, aquí otra solución que tarda en reconocerse.

La consagración de la acción de clase requiere una reglamentación precisa para resolver problemas relevantes de la sociedad, que afectan a grupos considerables de personas.<sup>246</sup>

Reconoce la doctrina, sustentada en la jurisprudencia internacional que si la demanda es admitida, estas acciones son pertinentes siempre y cuando: “la acción requiera poca discusión”, “la clase sea lo suficientemente numerosa”, “la cuestión sobre los hechos y derecho de los que dependen las obligaciones sea común a todos los miembros”, “no existan razones para dudar de que el actor pueda actuar como representante adecuado de la clase” y “sus abogados tienen comprobada experiencia en litigios comparables”.<sup>247</sup>

Es sabido que existe resistencia en nuestro país, principalmente por los eventuales legitimados pasivos a la aceptación de los efectos de la sentencia a todos los lesionados por el acto u omisión, clara fue la dirección del veto presidencial a la LDC que mencionamos.

Si en un amparo colectivo se disputa la protección de un interés general, la sentencia debe tener necesariamente efecto para todos los particulares afectados, debe tener un efecto expansivo a toda esa clase, sino sucede así, la garantía queda neutralizada, sin vida. Y por lo tanto, que se obligue a demandar a todos los potenciales afectados, interferiría con la *ratio* del amparo colectivo<sup>248</sup> para hacer cesar el acto lesivo o para obligar a cumplir con lo omitido, podríamos decir que la garantía estaría enferma. Si entre los legitimados para interponer las acciones con la finalidad de solucionar el desequilibrio de las relaciones jurídicas encontramos siempre al Defensor del Pueblo, no podemos soslayar su importancia y debemos darle tratamiento.

## **2.6. Actuación del Defensor del Pueblo.**

“La tendencia que objetivamente, por la propia fuerza de las circunstancias, deberá asumir el Defensor del Pueblo nacional, es la de cuestionar a los entes



reguladores y a los concesionarios o licenciarios. Su más definido campo de actuación son los grandes servicios nacionales privatizados y su medio casi natural e inevitable de canalizar sus observaciones, críticas, reclamos y sugerencias habrán de ser necesariamente los entes nacionales reguladores o de control de tales servicios privatizados. En cada informe público anual que haga, envíe al Congreso y publique, una parte sustancial lo habrán de ocupar las actividades de estos entes y las suyas propias sobre ellos y sus respectivos controlados”.<sup>249</sup>”

Tiene muy amplias atribuciones constitucionales: “Artículo 86 1º párrafo: El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”.<sup>250</sup>

Están entre todos los derechos y las funciones que debe defender y proteger los de los usuarios y necesariamente la prestación de Servicios Públicos que fuese delegada en empresas privadas.

Toda esta labor de control puede resumirse en una oración: “cuestionar a los entes reguladores para a través de ello cuestionar la prestación del servicio”.<sup>251</sup> Por ello es la amplia legitimación que se le da a este órgano reconocido por la CN, la de interponer la acción correspondiente, pero aclaramos que una actitud de impedir la normal funcionamiento de los entes reguladores tampoco es conveniente, ni sano para un Estado de Derecho como el nuestro.

A modo de conclusión de este tercer capítulo de investigación, debido a que en el próximo se tratarán las conclusiones y propuestas, debe necesariamente aclarar que la situación de los usuarios en nuestro país, como ya fue visto y comprobado, es crítica,

por lo que imperioso es adoptar una actitud de compromiso de parte de todos los operadores jurídicos para intentar mejorar el desequilibrio originario, reconociendo que cada usuario por separado tanto como en grupo de ellos, debe necesariamente gozar de protección por la importancia y esencialidad que tienen los Servicios Públicos.

De esa manera damos por probados, como se fue haciendo referencia a lo largo del capítulo, los dos puntos de tesis, porque si las audiencias públicas son realizadas sólo a fuerza de demandas judiciales a pesar de que se consideren nulas las resoluciones adoptadas sin ellas, que los entes reguladores no cumplan con la función esencial de fiscalizar la prestación del servicio para proteger a los usuarios, deja a la vista su posición de beneficiar a quien no debe, y por ello es que tampoco podemos reconocer que brinde un mínimo cumplimiento a los derechos de los usuarios a gozar de un servicio eficiente y con calidad, como ya lo expresamos, quién no cumple con lo mínimo, está imposibilitado de dar un amplio cumplimiento a lo máximo, que son los derechos de los usuarios reconocidos en la CN. Hoy todavía esos órganos no cumplen acabadamente con la función esencial para la cual fueron creados.

Respecto al segundo punto de tesis, relativo a la LDC, fue probado que realmente es un principio del progreso de protección a los sectores débiles en las relaciones jurídicas, considerando que su sanción fue anterior a la reforma de la Constitución nacional del año 1994, reconociendo derechos para equilibrar las situaciones que se generan como consecuencia del avasallamiento de los monopolios y sus cómplices entes reguladores, y permitiendo que los usuarios de algunos Servicios Públicos, los domiciliarios, que sufran violaciones o atropellos a sus derechos o intereses económicos, se funden en ella, es un principio pero no hay que conformarse con ello, hay que seguir para alcanzar el logro de un completo sistema tuitivo de los usuarios, incluyendo todos los usuarios y con medios eficaces, eficientes y previos.

## **Capítulo IV**

### **Conclusiones y propuestas:**

**Sumario:** 1. Conclusiones. 2. Propuestas. 2.1. Asociación de usuarios. 2.2. Informando y educando a los usuarios.

## **1.- Conclusiones.**

El nuevo orden conlleva asimismo la elaboración de un nuevo Derecho Público, que coloca entre las funciones esenciales del Estado, la de regulación y control de ciertas actividades que, por su naturaleza y esencialidad, requieren de la protección estatal, por cuanto su desprotección puede afectar a la comunidad en forma grave, asumiendo las mismas una acentuada cuota en la fijación de las pautas determinantes del nivel de bienestar general de una sociedad.<sup>252</sup>

La regulación económica es un eslabón importante del sistema de protección del usuario de Servicios Públicos, con la regulación apropiada, por el mismo control que se realiza sobre los Servicios Públicos, el usuario no se encuentra en posición de que los prestadores realicen conductas perjudiciales para sus intereses y sin la regulación, es de perogrullo decir que los prestadores realizarían sólo conductas convenientes a sus intereses económicos, sólo porque no hay nadie con mayor poder que los vigile y nunca serían capaz de detenerse a pensar con conciencia que perjudican a los usuarios y por consiguiente el interés de la comunidad.

Así de importante es que el texto constitucional nacional reconoce que existen varias y distintas esferas de competencias en materia de Servicios Públicos y como lo expresamos anteriormente, el principio es que la regulación de los Servicios Públicos corresponde a las provincias. Respecto a estas últimas, con los municipios en el reparto de competencias que juega a favor de las provincias, estas desde su poder constituyente local, regulan la autonomía municipal.

Fue confirmado que es necesario una regulación económica, ni mucho, ni demasiado poco, un justo equilibrio, que permita a los prestadores de Servicios Públicos brindar de manera eficiente la prestación a su cargo y que por parte de los usuarios, quienes tienen derecho a gozar de los Servicios Públicos, y la obligación de pagar una tarifa acorde y justa para un servicio que merezca dicho sacrificio. Siempre con

instrumentos jurídicos a su alcance para proteger esos derechos en caso de que sean restringidos, los cuales ya afirmamos que son insuficientes como también ineficientes.

Todos sabemos que cuando el Estado presta determinada actividad económica de provisión de bienes o servicios, su tendencia no es autorregularse ni auto limitarse, lo que tampoco desean las empresas prestatarias, sino en todo caso regular a los demás con los cuales entra en contacto. Pero esa época queda atrás ante la realidad de la privatización de actividades antes estatales, que si bien se trasladan para su ejercicio al sector privado de la economía, no se las libera de la tutela reguladora del Estado ni mucho menos se les puede a su vez, otorgar facultades regulatorias a terceros. En este sentido, la privatización no alcanza al Derecho aplicable, tampoco a la regulación o al control estatal, no estaría contagiada de los poderes exorbitantes.

En materia de regulación de Servicios Públicos privatizados existen algunas definiciones constitucionales que todavía tardan en convertirse en realidad plena, y siendo optimista como el Dr. Gordillo, es sólo cuestión de tiempo.<sup>253</sup>

Cabe entre ellos destacar una vez más: es imperiosa la plena autonomía de los entes reguladores, es obligatoria la realización de audiencias públicas previas a toda decisión trascendente sobre el servicio, la necesaria participación de los usuarios y las Provincias en los directorios de los entes, la devolución a los usuarios de las ganancias excesivas que consideramos una utopía, como el consiguiente equilibrio entre tarifas justas y razonables y ganancias justas y razonables<sup>254</sup>, es por todo ello que sostenemos la imperiosa protección de los usuarios de Servicios Públicos.

Como es necesario cambiar cuestiones políticamente culturales, como el centralismo, que entorpece el control además de favorecer la desviación de los fines, por lo que urge una descentralización geográfica, por la necesaria inmediatez entre los prestadores y usuarios, siendo injustificable que entre tantos otros organismos, todos los entes reguladores se encuentren en la Capital Federal.

Fue demostrado que la actividad realizada directa o indirectamente por la administración con miras a satisfacer una necesidad colectiva, no llevan al tercer elemento, o régimen de Derecho Público, porque se presenta en otros casos que los señalados por los primeros elementos y puede darse además, que no siempre se presenta cuando aparezcan ellos. “La satisfacción de una necesidad colectiva no fundamenta ni condiciona el régimen de Derecho Público”.<sup>255</sup> Porque esa determinación no es una decisión que pueda darse por la doctrina, sino que viene dada por el orden jurídico, siempre que someta o no alguna actividad humana al Derecho Público.

Que llamen Servicio Público antes de existir la regulación legal de Derecho Público, expresa nada más que una opinión personal, un deseo y por el contrario, que se denomine a una actividad, después que se lo ha regulado por el Derecho Público, es intrascendente, y lleva a confusiones, muchos pueden creer, siguiendo el concepto tradicional, que se rige por el Derecho Público porque es un Servicio Público, cuando es a la inversa, o sea es Servicio Público porque está regido expresamente por el Derecho Público, con todo lo que ello trae como consecuencia, en ocasiones para beneficiar a los usuarios de Servicios Públicos, pero no en todas.

“Solamente el régimen jurídico positivo puede justificar la denominación y ese régimen jurídico tan intervencionista sólo tiene sustento constitucional suficiente cuando se ha otorgado antes un privilegio o monopolio bajo forma de concesión o licencia”.<sup>256</sup> Aquí expresamos una idea que a nuestro entender mejor explica la realidad del instituto y detenta una ideología más protectora para los usuarios, diferente a las demás que solo se encargan de la descripción del concepto resaltando las características que le otorga el Estado o las que le brinda la empresa prestadora. En este se nota que la Constitución es la que le otorga los límites para su funcionamiento, como garantía para los usuarios.

Luego de la etapa de las privatizaciones de fines del siglo XX se tomaron algunos elementos del Derecho estadounidense, pero no fueron los suficientes ni los adecuados. Así podemos destacar en el marco del gas y la electricidad, donde el Estado:

- a) Dictó un marco regulador legal del Servicio Público que privatizaba bajo forma de monopolio, en los demás solo confusas reglamentaciones;
- b) Creó desde el comienzo, aún antes de dicha privatización, un ente regulador que no es independiente para controlar dichas actividades, los conocidos ENARGAS y el ENRE, aunque sí los únicos creados por ley formal;
- c) Aplicó empíricamente, los aspectos mínimos del principio: quien concede no debe controlar.

Y como parte indispensable del sistema, se prevé:

- a) La realización de audiencias públicas antes de adoptar medidas generales,;
- b) La aplicación de la ley de defensa del usuario y del consumidor y otros mecanismos de regulación;
- c) La operatividad de los principios del artículo 42 de la Constitución;
- d) La tarifa es una contraprestación justa y razonable tanto para el contratista como para el usuario;
- e) Rige el lema o la noción del usuario-soberano.

Que encuentren fundamento constitucional los nuevos derechos de protección a los sujetos más débiles en las nuevas relaciones económicas es un buen avance para el bienestar general y alcanzar el valor que busca el Derecho, la Justicia es buen camino.

De más estarán las palabras para explicar que el usuario de Servicios Públicos es la parte más desprotegida de las relaciones jurídicas actuales, porque no tiene normativa específica, porque los instrumentos jurídicos de los que dispone para su protección *post facto* son demasiado engorrosos y caros por judicialización y las acciones de clase todavía no son miradas con buenos ojos en los estrados judiciales. Solo se deben

conformar con el control que les puede brindar alguna secretaría, o las mismas asociaciones de consumidores, actualmente contando con legitimación activa, pero lo peor de la situación es que si se le pregunta a cualquier usuario donde debe recurrir para solucionar tal o cual cuestión, no lo sabe, ni como, ni donde, entonces llegó el momento de que los usuarios dejen solo de quejarse y cuando recurren a las oficinas de los Servicios Públicos solo reciban rechazos, para que conozcan donde recurrir, confíen en esos organismos y luego hacerles conocer sus derechos y que ellos mismos reclamen por su cumplimiento y su conocimiento.

Estamos atravesando nuevos caminos donde los sujetos más débiles en las situaciones jurídicas piden más protección y con algo de mezquindad y recelo se lo reconocen, este es el momento, la época de pedir por el reconocimiento amplio de la protección al usuario de Servicios Públicos.

Respecto a los objetivos que al comienzo de la elaboración de este trabajo de investigación fueron anunciados como metas a lograr, podemos decir que en cuanto a los generales se han alcanzado, el primero porque consideramos que el análisis del sistema de protección del usuario de Servicios Públicos fue profundizado de manera suficiente, tocando todas las aristas posibles, como puede proteger el Estado desde sus poderes públicos, hasta la protección que pueden brindar las asociaciones de usuarios y todas las dificultades prácticas que el sistema tiene. En cuanto al segundo objetivo general, también lo consideramos alcanzado, porque fueron analizados nuevos institutos, órganos, herramientas que bien o mal, directa o indirectamente, tutelan a los usuarios. Así fueron incluidos algunos y descubiertos otros, pero aclaramos que no todos hoy son incluyentes con los usuarios ni gozan de la ética necesaria para un crecimiento, como los entes reguladores que facilitan beneficios económicos para las empresas prestatarias.



Sobre los objetivos específicos que tuvo este trabajo, consideramos que el primero de ellos relativo a desentrañar la situación jurídica del usuario, fue cumplida en exceso, como también que participación tiene en el control de estas actividades económicas, y sobre la tutela administrativa creemos que en referencia a los entes reguladores, y otros órganos también fue analizada de manera suficiente como fue desentrañada también la protección jurisdiccional que tienen los usuarios, por medio de las acciones que deben aceptar los Tribunales cuando sean interpuestas para solucionar problemas y garantizar derechos a los usuarios. En referencia al segundo de los objetivos específicos, también fue logrado, porque la temática de los derechos de incidencia colectiva y su alcance fueron tratados en el capítulo tercero como una de las herramientas tuitivas de los usuarios, que aún no es aceptada en nuestro medio, sí para otros sectores sociales, y no para quienes utilizan los Servicios Públicos. También se dio tratamiento a la Acción de Amparo colectivo. Sobre la eficacia de los instrumentos jurídicos de protección, a ellos nos remitimos en su tratamiento concreto y concluimos que no es posible integrar todos esos fundamentos, por su notoria diferencia de fuente y alcance, afirmando que los usuarios tienen para protegerse que solo presentarse ante una secretaría que se crea en el ámbito de la LDC y luego interponer una acción de Amparo individual porque como sabemos los derechos de incidencia colectiva, o las acciones de clase no son procedentes, así los usuarios nos encontramos desprotegidos por carecer de instrumentos jurídicos suficientes, eficaces y eficientes, ninguna acción rápida y expedita, cumplirá con esas características cuando el usuario ya sufrió las consecuencias de un Servicio Público interrumpido, una sobrefacturación excesiva, una prestación deficiente como son la mayoría en nuestro país o una tarifa que aumente seguido sin realizar la audiencia pública en la que se de a conocer la causa justificada del aumento.

## **2. Propuestas.**

Como todo proyecto para que sea eficiente debe considerar necesariamente una serie de ítems y responder a un par de preguntas, esas son: en principio describir lo que vamos a lograr, ¿Cómo lo vamos a lograr?, y por último, ¿Para quién lo vamos a lograr? A esta modalidad de concebir un proyecto desde la idea para llevarlo adelante y realizarlo en su máxima expresión lo denominaremos con la sigla “O.V.A”, en referencia a que cada palabra representa el sentido del proyecto que sufrirá variaciones de acuerdo a los fines que se intenten alcanzar.

La letra O representa los objetivos que se tienen en miras para llevar adelante el proyecto, la finalidad que se busca alcanzar, porque es que nace la necesidad de que mediante un proyecto intentamos dar una solución a temas de interés que normalmente son particulares pero que pueden generalizarse si es que los hacemos conocer. Aquí hacemos mención a la descripción de lo que buscamos lograr.

La letra V significa ventajas, también beneficios, diferencias, rentas sin el sentido económico, que nos dará la realización del proyecto. Esas ventajas pueden ser múltiples y diversas, pero siempre con sentido ético y respeto hacia la comunidad, esto de acuerdo al proyecto que seguidamente pasaremos a detallar. Responde a la pregunta ¿Cómo lo vamos a lograr?

La letra A sería alcances, en sentido objetivo, sobre la aplicación del proyecto en cuanto a la materia de aplicación, sobre lo que versará, qué temas tocará y buscará solucionar, también en el sentido subjetivo, a qué personas llegará para cumplir con sus cometidos y a quienes alcanzará con sus logros y acciones. Responde a la pregunta ¿Para quién lo vamos a hacer?

Con la claridad de los objetivos, de las metas buscadas, conociendo las ventajas que nos aportará ese proyecto y los alcances que este tendrá, consideramos que un

proyecto puede volcarse a la acción y convertirse en realidad; hacia ese lugar estamos en camino y no hay dudas de que lo alcanzaremos.

Las propuestas son las siguientes: la creación y constitución a nivel provincial desde un comienzo, de una persona de existencia ideal, asociación civil, sin fines de lucro, que posteriormente será inscripta en el registro correspondiente a las asociaciones no gubernamentales (en adelante ONG). Su contrato constitutivo será incluido en el presente trabajo como anexo documental I, para que se adhieran las personas que tengan voluntad y firmen el acta constitutiva.

Para que por medio de esta se lleve adelante la tarea necesaria de educar a los usuarios, por todos los medios posibles y alcanzar a la mayor cantidad posible personas, cumpliendo con la manda constitucional que aún no se cumple ni en la realidad ni tampoco permeó en la conciencia colectiva. Esta como posible acción concreta siendo uno de los objetos sociales necesarios de la futura ONG antes mencionada. Lo expresamos ya en los objetivos del presente trabajo, es que la desinformación y por ende la omisión en la educación a los usuarios solo redundan en ventajas para las empresas prestatarias, que se aprovechan de los profanos para sacarle ventajas, allí hay que recurrir con énfasis para que también los usuarios sepan protegerse por voluntad propia.

Luego de constituida la asociación civil, buscar en principio, mediante el lobby que tantas veces hemos escuchado, intentar la sanción de una ley especial que contemple la protección de los usuarios, a todos no solamente a los usuarios de Servicios Públicos domiciliarios, porque como lo aclaramos los usuarios son un género de personas y no una especie de los consumidores. Que en esta normativa se incluya obligatoriamente un Ente Regulador Independiente, que agrupe a todos los demás entes reguladores específicos de cada servicio y se unifique todo lo relativo a estos, haciendo el Ente regulador único como Tribunal de Alzada de las decisiones de los demás entes

específicos, buscar un modelo de ente regulador y no diversos entes que no cumplen con sus funciones, con la necesaria sanción de los marcos regulatorios legales todavía pendientes de dictado.

Y por último, reglamentar las acciones de clase, todavía demasiado híbridas en nuestro medio, con sus alcances, procedimientos para interponerlas, jurisdicción y todo lo que sea importante para una defensa eficiente, expedita y rápida, ya que son pocos y dispersos los instrumentos que tienen los usuarios en nuestro país para protegerse.

## **2.1. Asociación de usuarios.**

Las atribuciones concedidas a estos organismos no gubernamentales de defensa de los usuarios y consumidores proporcionan un canal de control de los grupos económicos quienes, constituyen monopolios legales y naturales. “Estas facilitan la visibilidad de los problemas que aquejan a usuarios y consumidores y operan como foro de manifestación del poco, equitativo y digno trato- a pesar de ser una exigencia constitucional- que las empresas brindan, o pueden brindar a sus clientes cautivos”.<sup>257</sup> Entonces para que estas asociaciones de defensa generen verdaderos controles sociales, deben constituirse y mantenerse independientes de los poderes políticos y económicos, así es que se les solicita a los usuarios, consumidores y en especial, a las asociaciones de defensa de sus intereses, resistir al calor oficial y la presión, como también a las dádivas de los grupos económicos.

El Estado y nosotros debemos ser prudentes para no caer en la tentación de crear solamente estos organismos por la vía del artículo 62<sup>258</sup> párrafo primero de la LDC.<sup>259</sup>

Por los motivos expresados y por la profunda necesidad de proteger a los sectores débiles en las actuales relaciones jurídicas, conociendo la injusta desprotección en la que nos encontramos normalmente todos los usuarios, es que proponemos la creación de una asociación civil con domicilio en la ciudad de Rosario, con aquellas

personas que tengan los mismos objetivos de proteger a los débiles y comenzar la lucha por el logro de los objetivos antes propuestos, desde la sanción de una ley especial para el usuario, hasta la unificación de los marcos regulatorios y que sean dictados por ley.

Por lo expuesto consideramos aquí probado otro punto de tesis, el referido a que las asociaciones de usuarios son una buena forma de protección y de medio para hacer conocer los derechos de los usuarios, y que también por eso es propuesta del presente trabajo. Estas también son una importante fuente de educación a los usuarios, lo cual lo dejamos para el siguiente punto, que viene a continuación.

Para alcanzar una meta es necesario dar el primer paso, así es que lo primero sería la constitución de la ONG. Respecto a esta para mayores detalles remitimos al anexo documental I donde se encontrará el instrumento de constitución con su respectivo nombre y objeto social determinado.

La propuesta de asociación civil tendrá como ámbito de actuación el foro de Derecho administrativo de la Universidad Abierta Interamericana, allí se discutirán los temas a resolver por estar compuesto por profesionales ampliamente capacitados, que ayudarán a cumplir con los fines de la misma, entre ellos, docentes de la Facultad de Abogacía, servirán como guías para los futuros socios, que deseen cumplir con los fines propuestos.

Se organizarán debates de análisis y estudio de todas las cuestiones prácticas que planteen los usuarios para ser resueltas por los miembros asociados, dejamos claro, que el ámbito de la Universidad solo servirá de consulta técnica especializada y de ningún modo proponemos que sea la institución que financia el proyecto, hay que tomarlo como otra labor del foro interno de la Facultad de Abogacía a cargo del Dr. Raúl Maiztegui.

Entre los socios que se adhieran al proyecto de asociación, encontraremos diferentes clases, desde los constitutivos, adherentes y vitalicios, cargo que

propondremos a las autoridades de la Facultad de Abogacía y a los docentes de las cátedras de Derecho Administrativo.

## **2.2. Informando y educando a los usuarios.**

A continuación trataremos uno de los objetos sociales de la asociación junto al principal que sería la protección de los usuarios de Servicios Públicos, y la defensa de los intereses colectivos o difusos, en lo respectivo a los servicios prestados por las empresas prestatarias.

El segundo párrafo del artículo 42<sup>260</sup> de la Constitución dispone que las autoridades preverán a la educación para el consumo, no aclarando a que autoridades se refiere, ni los campos que cubrirá la atribución estatal, ni cuáles son los límites. Esta atribución que parece beneficiosa, debe ejercerse con prudencia, porque podría implicar una indirecta actividad publicitaria, violatoria de la libre competencia y ajena las funciones del Estado, quien se convertirá en estos casos en árbitro de la actividad productiva al orientar el consumo. Sólo el Estado debería educar al consumidor en orden a que: preserve su salud, se instrumenten programas escolares para alfabetizar y enseñar desde las aulas y los medios de comunicación. En suma, compete al Estado favorecer al desarrollo de conocimientos para el ejercicio de los derechos de los usuarios.

Así la situación de las cosas damos por probado el último punto de tesis que nos quedaba por fundamentar, es el relativo a que la inactividad de la administración en la falta de educación para el consumo y también sobre los derechos que gozan los usuarios es una desprotección injusta, por ello también es una propuesta que damos para solucionar esa importante desprotección en este último capítulo.

Como sabemos que esta competencia no viene siendo desarrollada por ningún órgano estatal, consideramos que si no lo hace quien debe realizarlo, llevar adelante una petición por medio de la asociación para que sea cumplida esa garantía constitucional

para los usuarios y en caso de que sigan en la negativa de cumplirla, hacerlo nosotros por medio de la asociación, igualmente antes de petitionar que se cumpla a las autoridades con la educación al usuario y al consumidor, será realizada por medio de la asociación civil.

La LDC trae unas normas para relativas al tema sobre programas que el Estado debe llevar adelante con la finalidad de la educación para el consumo, y en la sinceridad de la cuestión, reconocemos que si al Estado Nacional poco interés tiene la educación básica, claro está que la del consumidor son sólo ribetes literarios del legislador que por fórmulas o por que sí las incluye, más que para que tengan aplicación en la práctica. Por lo que mediante el objeto de la asociación civil, trataremos de hacerlo realidad y que se eduque a la comunidad sobre cuáles son los derechos que posee principalmente y cómo hacer para reclamarlos. Para ello debemos recurrir a métodos que no serán expuestos en el presente trabajo y si serán políticas de acción de la asociación civil, consensuadas democráticamente con los demás miembros que tengan Derecho a voto en la asociación propuesta para alcanzar y brindar protección a los usuarios.

Sumado a que la mayoría de las personas no tiene acceso al "consumo básico"; a una formación e información adecuada que les posibilite efectuar elecciones de consumo razonadas y convenientes; no pueden defenderse o no saben que pueden defenderse; los Servicios Públicos esenciales muchas veces llegan hasta donde conviene a las prestatarias de tales servicios, encontrándose en una situación de desprotección y debilidad que debe ser equilibrada con equidad y justicia social, para el desarrollo de una nueva comunidad donde todos tengan servicios dignos y eficientes y se proteja a los usuarios.

- 
- <sup>1</sup> CINCUNEGUI, Juan de Dios. Fundamentos legales de la regulación y el control de los servicios públicos. LL. T.1995- D, Pág. 1261.
- <sup>2</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. La crisis de los servicios públicos en Argentina. En Servicio público y Policía. Varios autores. ED. Pág. 379.
- <sup>3</sup> GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. capítulo III. "Bases políticas, supra constitucionales y sociales del derecho administrativo" 8va edición. F.D.A. 2003.
- <sup>4</sup> Citado en GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo II. 8va edición. F.D.A. 2003. Capítulo VII. Pág. 2.
- <sup>5</sup> GORDILLO, Agustín. Óp. Cit. Capítulo VII. Pág. 2.
- <sup>6</sup> AGUILAR VALDEZ, Oscar. Competencia y regulación económica. En Servicio Público, Policía y Fomento. Jornadas en la Universidad Austral. Ed. Rap. Bs. As. 2003. Pág.79.
- <sup>7</sup> SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. Economía. Ed. Mac Graw Hill. Madrid. 1998. Pág. 330. citado en AGUILAR VALDEZ, Oscar. Op., Cit. Pág. 79.
- <sup>8</sup> DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de Mercados. Ed. Renovar. 2003. San Pablo. Pág., 269.* citado en AGUILAR VALDEZ. Op., Cit. Pág. 79.
- <sup>9</sup> AGUILAR VALDEZ, Oscar. Op., cit. Pág.79.
- <sup>10</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Estudios de Derecho Público. Bs. As Editorial De Palma. 1º edición actualizada. 1997. Pág.95.
- <sup>11</sup> CASSAGNE. Op., Cit. Pág.96.
- <sup>12</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. La crisis de los servicios públicos en Argentina. En Servicio público y Policía. Varios autores. Bs. As. ED. 2000. Pág. 378.
- <sup>13</sup> Ley 23.696. Ley de reforma del Estado. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 11/05/10].
- <sup>14</sup> Constitución de la Nación Argentina. La Plata. ED. Producciones mawis. 1999. Pág. 19.
- <sup>15</sup> GORDILLO, Agustín. Óp., Cit. Pág. 4.
- <sup>16</sup> AGUILAR VALDEZ, Oscar. Op., cit. Pág.64.
- <sup>17</sup> AGUILAR VALDEZ, Oscar. Op., cit. Pág. 67.
- <sup>18</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Óp., Cit. Pág. 97.
- <sup>19</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Óp., Cit. Pág. 99.
- <sup>20</sup> GORDILLO, Agustín. Óp., Cit. Capítulo VII. Pág. 2.
- <sup>21</sup> GORDILLO, Agustín. Óp., Cit. Capítulo VII. Pág. 3.
- <sup>22</sup> GORDILLO, Agustín. Óp., Cit. Capítulo VII. Pág. 5.
- <sup>23</sup> GORDILLO, Agustín. Óp., Cit. Capítulo VII. Pág. 5.
- <sup>24</sup> AGUILAR VALDEZ, Oscar. Op., Cit. Pág. 95.
- <sup>25</sup> MERTEHIKIAN, Eduardo. Breves anotaciones sobre los entes reguladores de servicios públicos. En III Seminario de servicios públicos en Latinoamérica. 22-26 de octubre de 2007. Bs As, Argentina.
- <sup>26</sup> SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. Economía. Ed. Mac Graw Hill. Madrid. 1998. Pág. 279. citado en AGUILAR VALDEZ, Oscar. Op., Cit. Pág. 77.
- <sup>27</sup> AGUILAR VALDEZ, Oscar. Op., Cit. Pág. 77.
- <sup>28</sup> STIGLITZ, Joseph. Microeconomía. Ed. Ariel Economía. Madrid.1999. Pág.98. citado en AGUILAR VALDEZ, Oscar. Op., Cit. Pág. 78.
- <sup>29</sup> AGUILAR VALDEZ, Oscar. Op., Cit. Pág. 78.
- <sup>30</sup> ARIÑO ORTIZ. Citado en AGUILAR VALDEZ, Oscar. Op., Cit. Pág. 80.
- <sup>31</sup> GORDILLO, Agustín. Óp., Cit. Capítulo VII. Pág.7.
- <sup>32</sup> MORENO OCAMPO, Luis. En defensa propia. Cómo salir de la corrupción. Ed. sudamericana. Bs As. 1993. pág. 124.
- <sup>33</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Óp., Cit. Pág. 379.
- <sup>34</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Óp., Cit. Pág. 380.
- <sup>35</sup> GORDILLO, Agustín. Óp., Cit. Capítulo VII. Pág.6.
- <sup>36</sup> SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. Economía. Ed. Mac Graw Hill. Madrid. 1998. Pág. 330. citado en AGUILAR VALDEZ, Oscar. Op., Cit. Pág. 81.
- <sup>37</sup> PROSSER, Tony. *Law and the Regulators.* Oxford. *Oxford University Press.* 1997. citado en AGUILAR VALDEZ, Oscar. Op., Cit. Pág. 82.
- <sup>38</sup> AGUILAR VALDEZ. *Ibíd.*
- <sup>39</sup> GORDILLO, Agustín. Óp., Cit. Capítulo VII. Pág.7.
- <sup>40</sup> GORDILLO, Agustín. Óp., Cit. Capítulo VII. Pág.8.
- <sup>41</sup> CASSAGNE. *Ibíd.*
- <sup>42</sup> GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. capítulo XV. "Los entes reguladores". Pág. 2.
- <sup>43</sup> GORDILLO, Agustín. Óp., Cit. Capítulo VII. Pág. 18.



- <sup>44</sup> El movimiento creció lentamente hasta después del pánico de 1873, cuando se expandió rápidamente, alcanzando su punto máximo de miembros en 1875. A través de la actividad política los Granger fueron capturando algunas legislaturas estatales en el Medio Oeste y obtuvieron la sanción en Illinois, Wisconsin, Minnesota, Iowa de las leyes llamadas Granger, el establecimiento de tarifas máximas o autorización del ferrocarril y el establecimiento de comisiones estatales de ferrocarriles para la administración de la nueva legislación. En los EE.UU. la Corte Suprema, en *Munn v. Illinois* (1876), estableció como constitucional el principio de la regulación pública de empresas privadas dedicadas a uso público. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoplease.com/ce6/history/A0821549.html>]. [Última consulta el 01/06/10].
- <sup>45</sup> BIANCHI, Alberto. Los entes reguladores. En Servicio Público, Policía y Fomento. Jornadas en la Universidad Austral. Ed. Rap. Bs. As. 2003. Pág.152.
- <sup>46</sup> CINCUNEGUI, Juan de Dios. Op., Cit. Pág. 1267.
- <sup>47</sup> BIANCHI, Alberto. Op., Cit. Pág. 155.
- <sup>48</sup> CINCUNEGUI, Juan de Dios. Op., Cit. Pág. 1269.
- <sup>49</sup> CINCUNEGUI, Juan de Dios. Op., Cit. Pág. 1271.
- <sup>50</sup> “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.” Constitución de la Nación Argentina. Ed. Clarín. 2010. Pág. 25.
- <sup>51</sup> “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.” Constitución de la Nación Argentina. Bs. As. Ed. Clarín. 2010. Pág. 31.
- <sup>52</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. La crisis de los servicios públicos en Argentina. En Servicio público y Policía. Varios autores. ED. Pág. 383 y SS.
- <sup>53</sup> Constitución de la Nación Argentina. La Plata. ED. Producciones mawis. 1999. Pág. 19.
- <sup>54</sup> Ley 25.148. delegación legislativa sobre materias determinadas. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 22/05/10].
- <sup>55</sup> Ley 25.645. delegación legislativa en el Poder Ejecutivo. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 22/05/10].
- <sup>56</sup> Ley 25.918. delegación legislativa. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 22/05/10].
- <sup>57</sup> GORDILLO, Agustín. Op., Cit. Capítulo VII. Pág. 15.
- <sup>58</sup> Ley 26.135. delegación de facultades legislativas. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 22/05/10].
- <sup>59</sup> Ley 26.519. delegación de facultades legislativas. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 22/05/10].
- <sup>60</sup> GORDILLO, Agustín. Op., Cit. Capítulo VII. Pág. 16.
- <sup>61</sup> Constitución de la Nación Argentina. La Plata. ED. Producciones mawis. 1999. Pág. 19.
- <sup>62</sup> “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley.” Constitución de la Nación Argentina. Bs. As. Ed. Clarín. 2010. Pág. 45.
- <sup>63</sup> Ley 25.148. delegación legislativa sobre materias determinadas. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 22/05/10].
- <sup>64</sup> Ley 25.645. delegación legislativa en el Poder Ejecutivo. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 22/05/10].
- <sup>65</sup> Ley 25.918. delegación legislativa. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 22/05/10].
- <sup>66</sup> GORDILLO, Agustín. Op., Cit. Capítulo VII. Pág. 16.
- <sup>67</sup> BIANCHI, Alberto. La delegación legislativa. La Nación. 1999 Agosto. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.lanacion.com.ar>]. [Última consulta el 24/06/10].
- <sup>68</sup> BIANCHI, Alberto. Op., Cit. Pág. 2.
- <sup>69</sup> Ley 26.519. delegación de facultades legislativas. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 22/05/10]. Arts. 2 y 3 en su parte pertinente.
- <sup>70</sup> Constitución de la Nación Argentina. Bs. As. Ed. Clarín. 2010. Pág. 45.
- <sup>71</sup> Constitución de la Nación Argentina. Bs. As. Ed. Clarín. 2010. Pág. 25.
- <sup>72</sup> Discuten la delegación legislativa. Diario La Nación. 09.05.2010. [en línea]. [Disponible en Internet. <http://www.lanacion.com.ar>]. [Última consulta el 22/06/10].
- <sup>73</sup> GORDILLO, Agustín. Op., Cit. Capítulo VII. Pág. 17.
- <sup>74</sup> GORDILLO, Agustín. Op., Cit. Capítulo VII. Pág. 19.

- 
- <sup>75</sup> Constitución de la Nación Argentina. La Plata. ED. Producciones mawis. 1999. Pág. 19.
- <sup>76</sup> URRUTIGOITY, Javier. Servicio público y protección del usuario. En III Seminario Internacional. Servicios Públicos en Latinoamérica. Transición, cambio o retroceso. 23 de octubre de 2007. Pág. 13.
- <sup>77</sup> Artículo 122: "Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno Federal". Constitución de la Nación Argentina. Bs. As. Ed. Clarín. 2010. Pág. 41.
- <sup>78</sup> Constitución de la Nación Argentina. La Plata. ED. Producciones mawis. 1999. Pág. 19.
- <sup>79</sup> Artículo 123: "Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art.5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero". Constitución de la Nación Argentina. Ed. Clarín. 2010. Pág. 41.
- <sup>80</sup> PEREZ HUALDE, Alejandro. Competencia para la regulación de los servicios públicos. En Servicio Público, Policía y Fomento. Jornadas en la Universidad Austral. Ed. Rap. Bs. As. 2003. Pág.288.
- <sup>81</sup> Constitución de la Nación Argentina. Ed. Clarín. 2010. Pág. 41.
- <sup>82</sup> URRUTIGOITY, Javier. Op., Cit. Pág. 15.
- <sup>83</sup> PEREZ HUALDE, Alejandro. Op., cit. Pág. 293.
- <sup>84</sup> URRUTIGOITY, Javier. Op., Cit. Pág. 16.
- <sup>85</sup> Artículo 121: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación". Constitución de la Nación Argentina. Ed. Clarín. 2010. Pág. 41.
- <sup>86</sup> Artículo 75 inciso 30: "Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la Republica. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines". Constitución de la Nación Argentina. Ed. Clarín. 2010. Pág. 25.
- <sup>87</sup> PEREZ HUALDE, Alejandro. Op., cit. Pág. 289.
- <sup>88</sup> Constitución de la Nación Argentina. ED. Producciones mawis. 1999. Pág. 19.
- <sup>89</sup> Artículo 75 inciso 13: "Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí". Constitución de la Nación Argentina. Ed. Clarín. 2010. Pág. 21.
- <sup>90</sup> PERRINO, Pablo. "Distribución de competencias entre el Estado Federal, las provincias y los municipios para la regulación de los servicios públicos", RDA. Lexis-Nexis, 2002. Citado en PEREZ HUALDE, Alejandro. Op., cit. Pág. 291.
- <sup>91</sup> Cláusula transitoria Sexta. Constitución de la Nación Argentina. Ed. Clarín. 2010. Pág. 45.
- <sup>92</sup> "Sería monstruoso como idea económica, y absurdo como régimen de explotación, que una línea que sale de Capital Federal y recorre cinco provincias, fuese gobernada, inspeccionada, gravada y regida por cada uno de los gobiernos por cuyos territorios atraviesa. Lejos de ser un agente de comercio y prosperidad, lo sería de desorden, de ruina, de pleitos, de divergencias entre provincias, pues cada una procuraría obtener las mayores ventajas para su comercio por las tarifas o los servicios diversos". PEREZ HUALDE, Alejandro. Op., cit. Pág. 292.
- <sup>93</sup> PEREZ HUALDE, Alejandro. Op., cit. Pág. 294 y 295.
- <sup>94</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. Las transformaciones del régimen administrativo. Estudios de administración. Madrid, 1962. Citado en El derecho Administrativo como régimen exorbitante en el Servicio Público. COMADIRA, Julio. Servicio Público, Policía y Fomento. Ediciones RAP. Bs. As. 2004. Pág.18.
- <sup>95</sup> Servicio Público, Policía y Fomento. Ediciones RAP. Bs. As. 2004. Pág.18.
- <sup>96</sup> COMADIRA, Julio. Op cit. Pág.21.
- <sup>97</sup> GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo II. 8va edición. FDA. 2003. Capítulo VI. Pág. 2.
- <sup>98</sup> COMADIRA, Julio. Op cit. Pág.22.
- <sup>99</sup> MAIRAL, Héctor. La ideología de los servicios públicos en RDA N° 41, Pág. 359. Citado en COMADIRA, Julio. Op cit. Pág.22.
- <sup>100</sup> COMADIRA, Julio. Op cit. Pág.22.
- <sup>101</sup> GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 12.
- <sup>102</sup> GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 2.
- <sup>103</sup> COMADIRA, Julio. Op cit. Pág.22.
- <sup>104</sup> GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 2.
- <sup>105</sup> BIANCHI, Alberto. Una noción restringida del servicio publico. S/L. S/Ed. S/F. Pág. 5.
- <sup>106</sup> GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 7.
- <sup>107</sup> JA, T.61, sección Doctrina, Pág. 90. citado en BIANCHI, Alberto. Op., Cit. Pág. 30.
- <sup>108</sup> BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo Argentino, T. I. 4º ed. El Ateneo. Bs. As. 1947. Pág., 154-156; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. Derecho Administrativo, T.III, TEA. Bs.As. 1951 Pág. 49;

DIEZ, Manuel. Derecho Administrativo. T.III, 2º ed. Plus Ultra. Bs. As. 1979. Pág. 348. Todos citados en BIANCHI, Alberto. Una noción restringida del servicio publico. Pág. 31.

<sup>109</sup> MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. T. II. 4º ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1993. Pág. 55.

<sup>110</sup> “Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren, en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa cuando una ley nacional lo determine”.

<sup>111</sup> También sucedió lo mismo con los recursos naturales cuyo dominio originario fue devuelto a las provincias recién con la reforma Constitucional de 1994. BIANCHI, Alberto. Una noción restringida del servicio publico. Pág. 32.

<sup>112</sup> BARRA, Rodolfo. Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público. LL 1982- B, Pág. 363.

<sup>113</sup> GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Citado en BIANCHI, Alberto. Una noción restringida del servicio publico. Pág. 33.

<sup>114</sup> MAIRAL, Héctor. La ideología del servicio público. RDA. Depalma. Bs. As. N° 14. 1993. Pág. 359-437.

<sup>115</sup> BIANCHI, Alberto. Una noción restringida del servicio publico. Pág. 35.

<sup>116</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan. Principios de Derecho Administrativo. Madrid, 2002. Citado en El derecho Administrativo como régimen exorbitante en el Servicio Público. COMADIRA, Julio. Servicio Público, Policía y Fomento. Ediciones RAP. Bs. As. 2004. Pág.22.

<sup>117</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan. Principios de Derecho Administrativo. Madrid, 2002. Citado en El derecho Administrativo como régimen exorbitante en el Servicio Público. COMADIRA, Julio. Servicio Público, Policía y Fomento. Ediciones RAP. Bs. As. 2004. Pág.23.

<sup>118</sup> BIANCHI, Alberto. Una noción restringida del servicio publico. Pág. 2.

<sup>119</sup> SAMPAY, Arturo. Las Constituciones de la Argentina (1810-1972). EUDEBA. Bs. As. 1975.

<sup>120</sup> GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 3.

<sup>121</sup> *Ibíd.*

<sup>122</sup> GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 4.

<sup>123</sup> BIANCHI, Alberto. Una noción restringida del servicio publico. Pág. 3.

<sup>124</sup> “La figura tradicional del Servicio Público, en la medida que salvaguarde el interés público y proteja a la comunidad del abuso monopólico, ha de subsistir dentro de un Estado que habrá de ejercer su rol de equilibrio entre prestadores y usuarios”. MARAFUSCHI, la teoría del servicio público y su función en el derecho administrativo, citado en GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 4.

<sup>125</sup> MALARET GARCIA, Elisenda, “*L’ expérience espagnole*” citado en GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 5.

<sup>126</sup> Ley n° 25.561. (en línea). Disponible en [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar) (última consulta 11-06-2010)

<sup>127</sup> TENEMBAUM, Ernesto. Lombroso o muerte. Sección Poder. Revista veintitrés. Capital Federal. Ed. Comunicación Grupo 3 S.A. Número 465. 31/5/2007.

<sup>128</sup> GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 6.

<sup>129</sup> GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 8.

<sup>130</sup> PÉREZ SÁNCHEZ, Luis. Servicio Público. Técnica de protección al usuario. Abeledo-Perrot. 1998. citado en GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 8.

<sup>131</sup> *Ibíd.*

<sup>132</sup> CANN, Steven. *Administrative Law*. citado en GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 8.

<sup>133</sup> GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 10.

<sup>134</sup> *Ibíd.*

<sup>135</sup> COMADIRA, Julio. Op cit. Pág.24.

<sup>136</sup> KAPLAN, Martín. “La empresa pública en los países capitalistas avanzados” en Crisis y futuro de la empresa pública, México, UNAM 1994. Pág. 39. Citado en El derecho Administrativo como régimen exorbitante en el Servicio Público. COMADIRA, Julio. Servicio Público, Policía y Fomento. Ediciones RAP. Bs. As. 2004. Pág.24.

<sup>137</sup> GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 11.

<sup>138</sup> Constitución de la Nación Argentina. Ed. Clarín. 2010. Pág. 12 y 13.

<sup>139</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo VI. Pág. 15.

<sup>140</sup> MARIENHOFF, Miguel. “Los privilegios en el Derecho público. La zona de influencia”. RDA, N° 17, Pág. 327. citado en COMADIRA, Julio. Op. cit. Pág.30.

<sup>141</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo VI. Pág. 15.

<sup>142</sup> MARIENHOFF, Miguel. Tratado de derecho administrativo. T. III-B, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 3ª ed. Pág. 626.

- <sup>143</sup> BIELSA, Rafael y GARBER, Carlos. Aeropuertos: algo más que un caso difícil. Nota a fallo. LL T-1999-A. Pág., 110.
- <sup>144</sup> Constitución de la Nación Argentina. Ed. Clarín. 2010. Pág. 12 y 13.
- <sup>145</sup> GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 39.
- <sup>146</sup> Constitución de la Nación Argentina. Ed. Clarín. 2010. Pág. 13.
- <sup>147</sup> COMADIRA, Julio. Op. cit. Pág.32.
- <sup>148</sup> D'ARGENIO, Inés. Permanencia anacrónica del servicio público: su imprecisión como determinante de la aplicación de un régimen tutelar. Temas de Derecho Administrativo. Págs., 239 a 241. citado en GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 39.
- <sup>149</sup> D'ARGENIO, Inés. Ob.cit. citado en GORDILLO, Agustín. Op cit. Capítulo VI. Pág. 40.
- <sup>150</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo VI. Pág. 40.
- <sup>151</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo VI. Pág. 41.
- <sup>152</sup> Ibid.
- <sup>153</sup> Ibid.
- <sup>154</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo VI. Pág. 42.
- <sup>155</sup> Ibid.
- <sup>156</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo VI. Pág. 43.
- <sup>157</sup> MARIENHOFF, Miguel. Op. Cit. Pag. 31.
- <sup>158</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo VI. Pág. 44.
- <sup>159</sup> Ibid.
- <sup>160</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo VI. Pág. 45.
- <sup>161</sup> ALTERINI, Atilio. Ley de defensa del consumidor. Comentada y Anotada. Tomo I. Parte General. Bs. As. LL. 2009. Pág. 6.
- <sup>162</sup> GELLI, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. 3° ed. Bs.As. La Ley. 2006. Pág. 460.
- <sup>163</sup> ALTERINI, Atilio. Op.cit. Pág. 8.
- <sup>164</sup> LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Comentada y anotada. Tomo I. Parte General. Bs. As. LL.2009.
- <sup>165</sup> BONFANTI, Miguel. Derecho del consumidor y del usuario. Bs. As. 2001. Citado en ALTERINI, Atilio. Op.cit. Pág.8.
- <sup>166</sup> ZARINI, Helio. Constitución Argentina. Comentada y concordada. Bs. As. Ed. Astrea. 2001. Págs. 192 y ss.
- <sup>167</sup> LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Comentada y anotada. Tomo I. Parte General. Bs. As. LL.2009.
- <sup>168</sup> ZARINI, Helio. Op. Cit. Pág. 192.
- <sup>169</sup> LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Comentada y anotada. Op. Cit. Pág. 13.
- <sup>170</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo XI. Pág. 1.
- <sup>171</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo XI. Pág. 2.
- <sup>172</sup> El artículo citado hace referencia a los casos en que el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable. Ley n° 19.549. 18° ED. Cap. Fed. Ediciones del País. 2006.
- <sup>173</sup> Constitución de la Nación Argentina. Bs.As. Ed. Clarín. 2010. Pág. 6 y 7.
- <sup>174</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo XI. Pág. 3.
- <sup>175</sup> CONSTITUCIÓN DE LA NACION ARGENTINA. Bs. AS. Clarín. 2010. Págs. 12 y 13.
- <sup>176</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo XI. Pág. 5.
- <sup>177</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo XI. Pág. 8.
- <sup>178</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo XI. Pág. 9.
- <sup>179</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo XI. Pág. 10.
- <sup>180</sup> LL, 1997-F, Págs., 270 y SS. PR. 3° y 4°.
- <sup>181</sup> Constitución de la Nación Argentina. Bs.As. Ed. Clarín. 2010. Pág. 12 y 13.
- <sup>182</sup> Ibid.
- <sup>183</sup> “Defensor del Pueblo de la Nación c/ M. I y V”. LL. 2000- F, pág. 859 y ss.
- <sup>184</sup> ALANIS, Sebastián. La audiencia pública como instrumento de democratización del poder. Nota a fallo. LL. 2001-C. págs. 255-263.
- <sup>185</sup> GORDILLO, Agustín. Op.cit. Cap. XV. Pág. 1.
- <sup>186</sup> DROMI, Roberto. Derecho administrativo. 11° edición. Bs.As. Ed. De ciencia y cultura.2006.
- <sup>187</sup> Disponible en [www.legislatura.gov.ar/1legisla/constba.htm](http://www.legislatura.gov.ar/1legisla/constba.htm). (en línea). (última consulta 01.07.2010)
- <sup>188</sup> Ibid.
- <sup>189</sup> DROMI, Roberto. Op. Cit. Pág. 867.
- <sup>190</sup> BIANCHI, Alberto. Los entes reguladores. En Servicio Público, Policía y Fomento. Jornadas en la Universidad Austral. Ed. Rap. Bs. As. 2003. Pág. 183.
- <sup>191</sup> CONSTITUCIÓN DE LA NACION ARGENTINA. Bs. AS. Clarín. 2010. Págs. 12 y 13.
- <sup>192</sup> DROMI, Roberto. Op. Cit. Pág. 869.
- <sup>193</sup> BIANCHI, Alberto. Op.cit. Pág. 185.
- <sup>194</sup> GORDILLO, Agustín. Op.cit. Cap. XV. Pág. 35.

- 
- <sup>195</sup> BIANCHI, Alberto. Op.cit. Pág. 161 y 162.
- <sup>196</sup> BIANCHI, Alberto. Op.cit. Pág. 166.
- <sup>197</sup> BIANCHI, Alberto. Op.cit. Pág. 168.
- <sup>198</sup> BIANCHI, Alberto. Op.cit. Pág. 170.
- <sup>199</sup> BIANCHI, Alberto. Op.cit. Pág. 172.
- <sup>200</sup> BIANCHI, Alberto. Op.cit. Pág. 173.
- <sup>201</sup> DROMI, Roberto. Op. Cit. Pág. 869.
- <sup>202</sup> DROMI, Roberto. Op. Cit. Pág. 870.
- <sup>203</sup> DROMI, Roberto. Op. Cit. Pág. 872.
- <sup>204</sup> GORDILLO, Agustín. Op. Cit. Cap. XV Pág. 3.
- <sup>205</sup> *Ibíd.*
- <sup>206</sup> GORDILLO, Agustín. Cap. XV. Pág. 33.
- <sup>207</sup> CONSTITUCIÓN DE LA NACION ARGENTINA. Bs. AS. Clarín. 2010. Pág 28.
- <sup>208</sup> DROMI, Roberto. Op. Cit. Pág. 873.
- <sup>209</sup> LEY 26.361. Modificación a ley 24.240. (en línea). (Disponible en [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)) (última consulta 04.07.2010).
- <sup>210</sup> MOEREMANS, Daniel. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Comentada y anotada. Op. Cit. Pág.319.
- <sup>211</sup> CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Bs.As. Clarín. 2010. Págs. 12 y 13.
- <sup>212</sup> *Ibíd.*
- <sup>213</sup> ZARINI, Helio. Op. Cit. Pág. 195.
- <sup>214</sup> BIDART CAMPOS, Germán. Manual de la Constitución Reformada. Tomo II. Bs. As. Ed. Ediar. 1999. Pág.98. citado en MOEREMANS, Daniel. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Comentada y anotada. Op. Cit. Pág.320.
- <sup>215</sup> BIDART CAMPOS, Germán. Op. Cit. Pág.93. citado en MOEREMANS, Daniel. Op., Cit. Pág. 321.
- <sup>216</sup> GELLI, Mariah Angélica. Op.cit. Pág. 462.
- <sup>217</sup> MOEREMANS, Daniel. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Comentada y anotada. Op. Cit. Pág.323.
- <sup>218</sup> “Parody Alejandro c. Telefónica de Argentina S.A.”. Juzgado Civil y Comercial n° 3 Quilmes, diciembre 29-1997. Bs.As. L.L. 1998. Pág. 448.
- <sup>219</sup> CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Bs.As. Clarín. 2010. Págs. 12 y 13.
- <sup>220</sup> LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Comentada y anotada. Op. Cit. Pág. 27.
- <sup>221</sup> STIGLITZ, Gabriel y SOLSONA, Guillermo. Un caso de aplicación de la ley 24.240 en la defensa de los usuarios de servicios públicos domiciliarios. Nota a fallo. Bs.As. L.L. 1998. Pág. 446. citado en MOEREMANS, Daniel. Op. Cit. Pág. 325.
- <sup>222</sup> *Ibíd.*
- <sup>223</sup> LEY 26.361. Modificación a ley 24.240. (en línea). (Disponible en [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)) (última consulta 04.07.2010).
- <sup>224</sup> “Youssefian c. Estado Nacional s/ Acción de Amparo”. LL, 1997-F, Págs., 270 y SS.
- <sup>225</sup> MOEREMANS, Daniel. Op. Cit. Pág. 327.
- <sup>226</sup> “Artículo 3º: Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”. LEY 26.361. Modificación a ley 24.240. (en línea). (Disponible en [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)) (última consulta 04.07.2010).
- <sup>227</sup> MOEREMANS, Daniel. Op. Cit. Pág. 327.
- <sup>228</sup> *Ibíd.* Artículo 3 In fine.
- <sup>229</sup> “Parody Alejandro c. Telefónica de Argentina S.A”. *Ibíd.*
- <sup>230</sup> LEY 26.361. Loc. Cit.
- <sup>231</sup> *Ibíd.* Artículo 3 In fine.
- <sup>232</sup> Artículo 25. 2º Pr. LEY 26.361. Modificación a ley 24.240. (en línea). (Disponible en [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)) (última consulta 04.07.2010).
- <sup>233</sup> LEY 26.361. Modificación a ley 24.240. (en línea). (Disponible en [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)) (última consulta 04.07.2010).
- <sup>234</sup> MOEREMANS, Daniel. Op. Cit. Pág. 330.
- <sup>235</sup> GELLI, María Angélica. Op.cit. Pág. 463 y ss.
- <sup>236</sup> MOEREMANS, Daniel. Op. Cit. Pag. 334.
- <sup>237</sup> *Ibíd.*
- <sup>238</sup> CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Bs. As. Clarín. 2010. Pág. 29.
- <sup>239</sup> GELLI, María Angélica. Op.cit. Pág. 472 y ss.
- <sup>240</sup> LEY 26.361. Modificación a ley 24.240. (en línea). (Disponible en [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)) (última consulta 04.07.2010).

- 
- <sup>241</sup> Por decreto 2089/93. B.O 15/10/1993 en su artículo 7.
- <sup>242</sup> GELLI, María Angélica. Op.cit. Pág. 473.
- <sup>243</sup> CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Bs. As. Clarín. 2010. Págs. 13 y 14.
- <sup>244</sup> GELLI, María Angélica. Op .cit. Pág. 473.
- <sup>245</sup> GELLI, María Angélica. Op. cit. Págs. 491,492 y 493.
- <sup>246</sup> *Ibíd.*
- <sup>247</sup> “*Urban, Horst W. c/ República Argentina*”. Corte de Distrito, New York, Estados Unidos. 30-12-2003. Citado en GELLI, María Angélica. Op.cit. Pág. 493.
- <sup>248</sup> GELLI, María Angélica. Op.cit. Pág. 495.
- <sup>249</sup> GORDILLO, Agustín. Cap. XV. Pág. 33.
- <sup>250</sup> CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Bs. As. Clarín. 2010. Págs. 28 y 29.
- <sup>251</sup> GORDILLO, Agustín. Cap. XV. Pág. 34.
- <sup>252</sup> CINCUNEGUI, Juan de Dios. Op., Cit. Pág. 1262.
- <sup>253</sup> GORDILLO, Agustín. Óp., Cit. Capítulo V. Pág. 12.
- <sup>254</sup> GORDILLO, Agustín. Óp., Cit. Capítulo VII. Pág. 22.
- <sup>255</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo VI. Pág. 45.
- <sup>256</sup> GORDILLO, Agustín. Op. cit. Capítulo VI. Pág. 46.
- <sup>257</sup> GELLI, María Angélica. Op.cit. Pág. 475.
- <sup>258</sup> “El Estado Nacional podrá disponer el otorgamiento de contribuciones financieras...para cumplimentar con los objetivos mencionados en los artículos anteriores”. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Comentada y anotada. Op. Cit. Pág. 531.
- <sup>259</sup> GELLI, María Angélica. Op. Cit. Pág. 476.
- <sup>260</sup> CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Bs. As. Clarín. 2010. Págs. 12 y 13.

## **Bibliografía.**

### **a) General:**

BALBIN, Carlos F. Curso de Derecho Administrativo. 1º edición. Buenos Aires. LL. 2007.

BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo Argentino, T. I. 4º ed. El Ateneo. Bs. As. 1947.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I y II. 7º edición actualizada. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 2002.

- Estudios de Derecho Público. Buenos Aires. Editorial  
DEPALMA. 2002.

COMADIRA, Julio R. Derecho Administrativo. Buenos Aires. Lexis-Nexis. 2001.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. La Plata. ED. Producciones mawis. 1999.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ABREVIADO. 2º ed. Buenos Aires: Ediar; 2007.

DIEZ, Manuel. Derecho Administrativo. Tomo III, 2º edición. Bs. As. Plus Ultra. 1979.

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 11º edición. La Plata. Editorial de Ciencia y Cultura. 2006.

FERNANDEZ, Tomas Ramón y GARCIA de ENTERRIA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Capital Federal 1º edición. LL 2006.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. 8º edición. La defensa del usuario y del administrado. Buenos Aires. Bs.As. Fundación de Derecho Administrativo. 2003.

MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I y II. 4º edición. Bs. As. Abeledo Perrot. 1993.

SALOMONI, Jorge Luis. Teoría General de los servicios públicos. Capital Federal. Editorial ad-hoc. 1999.

SERVICIO PÚBLICO, POLICIA Y FOMENTO. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho. Capital Federal. Ediciones RAP s.a. 2003.

### **b) Especial:**

ALANIS, Sebastián. La audiencia pública como instrumento de democratización del poder. Tomo 2001-C. Pág. 255.

ALTERINI, Atilio. Ley de defensa del consumidor. Comentada y Anotada. Tomo I. Parte General. Bs. As. LL. 2009. Pág. 6.

BIANCHI, Alberto. La delegación legislativa. La Nación. 1999 Agosto. [En línea]. [Disponible en Internet. <http://www.lanación.com.ar>]. [Última consulta el 24/06/10].

- Una noción restringida del servicio publico. Inédito. Pág. 35.

BIELSA, Rafael y GARBER, Carlos. Aeropuertos: algo más que un caso difícil. Nota a fallo. LL T-1999-A. Pág., 110.

BIDART CAMPOS, Germán. Manual de la Constitución Reformada. Tomo II. Bs. As. Ed. Ediar. 1999. Pág.98.

CASSAGNE, Juan Carlos. Presente y futuro de la regulación económica. Tomo 1996-C. LL. Pág.1122.

- La crisis de los servicio públicos en Argentina. En Servicio público y Policía. Buenos Aires. Varios autores. ED.2001. Pág. 379.

CICERO, Nidia. Los sistemas de protección de los usuarios de los servicios públicos. Tomo 1996- C. LL. Pág.420.



CINCUNEGUI, Juan de Dios. Fundamentos legales de la regulación y el control de los servicios públicos. LL. T.1995- D, Pág. 1261.

COMADIRA, Julio. Derecho Administrativo. Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores. 2º edición. Buenos Aires. LN. 2005.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Buenos Aires. Ed. Clarín. 2010.

GELLI, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. 3º ed. Bs.As. La Ley. 2006. Pág. 460.

JEANNERET de PEREZ CORTEZ, María. La legitimación del afectado, del Defensor el Pueblo y de las Asociaciones. LL. B.2003, página 1333.

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Comentada y anotada. Directores Picasso y Vázquez Ferreyra. Avellaneda. La Ley. 2009.

LEY 25.148. Delegación legislativa sobre materias determinadas. [En línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 22/05/10].

LEY 25.645. Delegación legislativa en el Poder Ejecutivo. [En línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 22/05/10].

LEY 25.918. Delegación legislativa. [En línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 22/05/10].

LEY 26.135. Delegación de facultades legislativas. [En línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 22/05/10].

LEY 26.519. delegación de facultades legislativas. [En línea]. [Disponible en Internet. <http://www.infoleg.gov.ar>]. [Última consulta el 22/05/10].

MAIRAL, Héctor. La ideología del servicio público. RDA. De Palma. Bs. As. N° 14. 1993. Pág. 359-437.

MERTEHIKIAN, Eduardo. Breves anotaciones sobre los entes reguladores de servicios públicos. En III Seminario de servicios públicos en Latinoamérica. 22-26 de octubre de 2007. Bs As, Argentina.

MORENO OCAMPO, Luis. En defensa Propia. Bs.As. Ed. Sudamericana. 1993.

PEREZ HUALDE, Alejandro e IVANEGA, Miriam. Asociaciones de Usuarios: Control por participación necesaria y legitimación procesal activa. Buenos Aires. RAP 328-11. Enero de 2006.

- Sistema de Protección Constitucional del usuario de los servicios públicos: fundamentos y dificultades. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.2006. (En línea). (Disponible en: [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)). (Última consulta 11-04-2010).

RODRIGUEZ PRADO, Julieta y ZAYAT, Valeria. El derecho de la información: herramienta imprescindible para una efectiva participación de los usuarios. Buenos Aires. LL. Tomo 2003- F. pág. 304.

SARMIENTO GARCIA, Jorge. Concesión de servicios públicos. Buenos Aires. Ed. Ciudad Argentina. 1996.

TENEMBAUM, Ernesto. Lombroso o muerte. Revista veintitrés. Sección Poder. Capital Federal. Editorial Comunicación Grupo 3 S.A. Número 465. 31/5/2007.

URRUTIGOITY, Javier. Servicio público y protección del usuario. En III Seminario Internacional. Servicios Públicos en Latinoamérica. Transición, cambio o retroceso. Buenos Aires. S/ Editorial. 23 de octubre de 2007.

# ÍNDICE

## Capítulo I

### La regulación económica.

1. Introducción. Importancia de su estudio.....	11
1.2. Antecedentes de una necesaria regulación.....	14
2. Algunas reflexiones.....	16
3. ¿Regulación o desregulación?.....	19
3.1.Hacia el control o libertad de empresa.....	20
3.2. Autorregulación.....	22
4.Sentido de la regulación económica.....	24
4.1. ¿La regulación protege o lesiona los derechos?.....	26
5.Un intento por descubrir si los entes reguladores cumplen la función constitucional.....	28
5.1. Derecho comparado: la regulación económica en los EE.UU. Evolución.....	30
6. ¿Quién es el titular de la regulación en el orden Nacional?.....	35
6.1. ¿Qué aconteció luego de vencidos los plazos de la delegación legislativa?.....	38
6.2. La regulación interjurisdiccional.....	42

## Capítulo II

### Servicio Público

1. Introducción.....	49
2. Servicio Público. Diversidad de definiciones.....	52

2.1. Evolución y situación actual del servicio público.....	57
2.2. ¿Cuándo nos encontramos frente a un servicio público?.....	61
2.3. Servicios públicos y la concesión.....	64
3. ¿Hay un sistema de servicios públicos en la CN?.....	68
4. Caracteres de los Servicios Públicos.....	69
4.1. Régimen jurídico de los servicios públicos.....	71

### **Capítulo III**

#### **Protección del usuario de servicios públicos**

1. Introducción.....	76
2. Institutos tuitivos.....	78
2.1. Audiencias Públicas.....	79
2.1.1. Algunos precedentes relevantes.....	84
2.2. Entes reguladores independientes.....	86
2.2.1. Competencias de los entes reguladores independientes.....	91
2.2.2. Régimen jurídico de los entes reguladores en particular.....	94
2.2.3. ¿Quién controla el sistema de Servicios Públicos?.....	96
2.3. Ley de defensa del Consumidor.....	98
2.3.1. Reglamentos de servicios.....	102
2.3.2. Ámbito de aplicación de la LDC.....	103
2.3.3. Más que un principio relevante.....	104
2.3.4. Ahora son dos autoridades que controlan.....	106
2.4. Acción de Amparo.....	108
2.5. Amparo colectivo. Intereses difusos.....	111
2.6. Actuación del Defensor del Pueblo.....	112

## **Capítulo IV**

### **Conclusiones y propuestas**

1. Conclusiones.....	115
2. Propuestas.....	121
2.1. Asociación de usuarios.....	123
2.2. Informando y educando a los usuarios.....	125

**Anexo Documental**

**“Contrato de constitución de Asociación civil”**

**Pro usuarios**

## Anexo I

ESTATUTO DE ASOCIACION CIVIL DENOMINADA *Pro usuarios*.

TITULO I: DENOMINACION, DOMICILIO Y OBJETO SOCIAL.

Artículo 1º.- Con la denominación de "Asociación Civil *Pro usuarios*" se constituye a los 20 días del mes de julio de 2010 una entidad sin fines de lucro, con domicilio legal en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe.

Artículo 2º.- Son sus propósitos: la protección, el amparo y defensa de los usuarios los usuarios de servicios públicos, domiciliados en el territorio de la República Argentina sean nacionales o extranjeros. También la educación para el consumo y sobre los derechos que poseen los usuarios en las relaciones jurídicas actuales.

Para el cumplimiento del objeto social, la entidad podrá: representar a los consumidores y a los usuarios, de forma individual como colectiva en defensa de sus intereses, en el ámbito judicial, administrativo, como extrajudicial.

El objeto social no persigue un fin lucrativo, ni reportará directa e indirectamente ventajas económicas para sus miembros.

TITULO II: CAPACIDAD, PATRIMONIO Y RECURSOS SOCIALES.

Artículo 3º.- La Asociación está capacitada para adquirir derechos y contraer obligaciones. Podrá adquirir bienes muebles e inmuebles, enajenarlos, gravarlos o permutarlos como así también realizar cuanto acto jurídico sea necesario o conveniente para el mejor cumplimiento de su objeto social. Podrá firmar contratos de todo tipo y operar con instituciones bancarias públicas y privadas.

Artículo 4º.- El patrimonio se compone de los bienes que posee en la actualidad y de los que adquiera en lo sucesivo por cualquier título y de los recursos que obtenga por: a) Las cuotas ordinarias y extraordinarias que abonan los asociados. b) Las rentas de sus bienes. c) Las donaciones, herencias, legados y subvenciones. d) El producto de entradas, beneficios, eventos y de toda otra entrada que pueda obtener lícitamente de conformidad al carácter no lucrativo de la institución.

### TITULO III: ASOCIADOS, CONDICIONES DE ADMISION, REGIMEN DISCIPLINARIO.

Artículo 5º.- Se establecen las siguientes categorías de asociados: a) Activos: las personas físicas mayores de 18 años que revistan carácter de abogados, procuradores, escribanos, contadores y/o jueces y sean aceptadas por la Comisión Directiva. b) Adherentes: las personas físicas mayores de 18 años de edad que no reúnan las condiciones para ser socios activos. Los asociados adherentes pagarán cuota social, no tendrán derecho a voz ni a voto, y no podrán ser elegidos para integrar los órganos sociales, c) Vitalicios: las personas que por características personales e intelectuales y debido al aporte que brinden a la asociación, debiendo ser nombrados por la comisión por mayoría de votos y d) Fundadores: aquellas personas que firmen el acta de constitución.

Artículo 6º.- Los asociados activos tienen los siguientes deberes y derechos: a) Abonar las contribuciones ordinarias y extraordinarias que establezca la Asamblea; b) Cumplir las demás obligaciones que impongan este estatuto, reglamento y las resoluciones de Asamblea y Comisión Directiva; c) Participar con voz y voto en las Asambleas y ser elegidos para integrar los órganos sociales, cuando tengan una antigüedad de dos años y sean mayores de edad; d) Gozar de los beneficios que otorga la entidad.



Artículo 7º.- Perderá su carácter de asociado el que hubiere dejado de reunir las condiciones requeridas por este estatuto para serlo. El asociado que se atrase en el pago de tres cuotas, o de cualquier otra contribución establecida, será notificado fehacientemente de su obligación de ponerse al día con la Tesorería social. Pasado un mes de la notificación sin que hubiere regularizado su situación, la Comisión Directiva podrá declarar la cesantía del socio moroso. Se perderá también el carácter de asociado por fallecimiento, renuncia o expulsión.

Artículo 8º.- La Comisión Directiva podrá aplicar a los asociados las siguientes sanciones: a) Amonestación; b) Suspensión, cuyo plazo máximo no podrá exceder de un año; c) Expulsión. Las sanciones se graduarán de acuerdo a la gravedad de la falta y a las circunstancias del caso, por las siguientes causas: 1) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por el estatuto, reglamento o resoluciones de las Asambleas y de la Comisión Directiva; 2) Inconducta notoria; 3) Hacer voluntariamente daño a la Asociación, provocar desórdenes graves en su seno u observar una conducta que sea notoriamente perjudicial a los intereses sociales.

Artículo 9º.- Las sanciones disciplinarias a que se refiere el artículo anterior serán resueltas por la Comisión Directiva, previa defensa del inculpado. En todos los casos, el afectado podrá interponer, dentro del término de treinta días de notificado de la sanción, el recurso de apelación por ante la primera Asamblea que se celebre. La interposición del recurso tendrá efecto suspensivo.

#### TITULO IV: COMISION DIRECTIVA Y ORGANO DE FISCALIZACION.

Artículo 10.- La Asociación será dirigida y administrada por una Comisión Directiva compuesta de cinco miembros, que desempeñarán los siguientes cargos: Presidente,

Vicepresidente, Secretario, Tesorero y un Vocal Titular. Habrá también dos Vocales suplentes. El mandato de los mismos durará tres ejercicios.

Habrá un Órgano de Fiscalización que podrá tener de uno a tres miembros titulares, con el cargo de Revisores de Cuentas, y un miembro suplente. Sus mandatos durarán un año.

En todos los casos, los mandatos son únicamente revocables por la Asamblea. Los miembros de los órganos sociales podrán ser reelegidos por un período consecutivo.

Artículo 11.- Para integrar los órganos sociales, se requiere ser socio activo, con una antigüedad de dos años en tal carácter, ser mayor de edad y encontrarse al día con tesorería.

Artículo 12.- En caso de licencia, renuncia, fallecimiento o cualquier otra causa que ocasione la vacancia transitoria o permanente de un cargo titular, el mismo será desempeñado por quien corresponda según el orden de lista. El vicepresidente desempeñará la presidencia en caso de vacancia del cargo de presidente. En caso de vacancia de los cargos de presidente y vicepresidente la presidencia será desempeñada por el primer vocal. Los reemplazos se harán por el tiempo de la ausencia transitoria, o por lo que resta del mandato del reemplazado si fuera definitivo.

Artículo 13.- Cuando por cualquier circunstancia la Comisión Directiva quedare en la imposibilidad de formar quórum, una vez incorporados los suplentes los restantes miembros deberán convocar a Asamblea dentro de los quince días, para celebrarse dentro de los treinta días siguientes, a los efectos de su integración. En caso de vacancia total del cuerpo, el Órgano de Fiscalización cumplirá dicha convocatoria, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que incumban a los miembros directivos

renunciantes. En ambos casos, el órgano que efectúa la convocatoria tendrá todas las facultades inherentes a la celebración de la Asamblea o de los comicios.

Artículo 14.- La Comisión Directiva se reunirá una vez por mes, el día y hora que determine su primera reunión anual, y además, toda vez que sea citada por el Presidente o a pedido del Órgano de Fiscalización o por tres de sus miembros, debiendo en estos últimos casos celebrarse la reunión dentro de los siete días de formulado el pedido. La citación se hará por circulares, a los domicilios denunciados ante la entidad con cinco días de anticipación. Las reuniones se celebrarán válidamente con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros, requiriéndose para las resoluciones el voto de igual mayoría de los presentes, salvo para las reconsideraciones, que requerirán el voto de las dos terceras partes, en sesión de igual o mayor número de asistentes de aquella en que se resolvió el tema a reconsiderar.

Artículo 15.- Son atribuciones y deberes de la Comisión Directiva:

- a) Ejecutar las resoluciones de las Asambleas, cumplir y hacer cumplir este estatuto y los reglamentos, interpretándolos en caso de duda, con cargo de dar cuenta a la Asamblea más próxima que se celebre;
- b) Ejercer la administración de la Asociación;
- c) Convocar a Asambleas;
- d) Resolver la admisión de los que solicitan ingresar como socios;
- e) Cesantear o sancionar a los asociados;
- f) Nombrar el personal necesario para el cumplimiento de la finalidad social, fijarle sueldo, determinarle las obligaciones, sancionarlo y despedirlo;

g) Presentar a la Asamblea General Ordinaria, la Memoria, Balance General, Inventario, Cuenta de Gastos y Recursos, e Informe del órgano de Fiscalización. Todos estos documentos deberán ser puestos en conocimiento de los socios con la anticipación requerida por el artículo 23 para la convocatoria a Asamblea Ordinaria;

h) Realizar los actos que especifican los artículos 1881 y concordantes del Código Civil, con cargo de dar cuenta a la primera Asamblea que se celebre, salvo los casos de adquisición y enajenación de inmuebles, y constitución de gravámenes sobre éstos, en que será necesaria la autorización previa de la Asamblea;

i) Dictar las reglamentaciones internas necesarias para el cumplimiento de las finalidades, las que deberán ser aprobadas por la Asamblea y presentadas a la Inspección General de Justicia, a los efectos determinados en el artículo 10, inc. k) de la ley 22.315 y demás normativa pertinente de dicho organismo de control, sin lo cual los mismos no podrán entrar en vigencia. Exceptúense aquellas reglamentaciones que sean de simple organización interna.

Artículo 16.- El órgano de Fiscalización tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

a) Controlar permanentemente los libros y documentación contable, respaldatoria de los asientos volcados, fiscalizando la administración, comprobando el estado de la caja y la existencia de los fondos, títulos y valores;

b) Asistir a las sesiones de la Comisión Directiva cuando lo estime conveniente, con voz y sin voto, no computándose su asistencia a los efectos del quórum;

c) Verificar el cumplimiento de las leyes, estatutos y reglamentos, en especial en lo referente a los derechos de los socios y las condiciones en que se otorgan los beneficios sociales;

- d) Anualmente, dictaminará sobre la Memoria, Inventario, Balance General y Cuenta de Gastos y Recursos, presentados por la Comisión Directiva a la Asamblea Ordinaria al cierre del ejercicio;
- e) Convocar a Asamblea Ordinaria cuando omitiere hacerlo la Comisión Directiva, previa intimación fehaciente a la misma por el término de quince días;
- f) Solicitar la convocatoria a Asamblea Extraordinaria cuando lo juzgue necesario, poniendo los antecedentes que fundamenten su pedido en conocimiento de la Inspección General de Justicia, cuando se negare a acceder a ello la Comisión Directiva;
- g) Convocar, dando cuenta al organismo de control, a Asamblea Extraordinaria, cuando ésta fuera solicitada infructuosamente a la Comisión Directiva por los asociados, de conformidad con los términos del artículo 22;
- h) Vigilar las operaciones de liquidación de la Asociación.

El Organo de Fiscalización cuidará de ejercer sus funciones de modo que no entorpezca la regularidad de la administración social.

#### TITULO V: DEL PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE.

Artículo 17.- Corresponde al Presidente o, en su caso, al Vicepresidente o a quien lo reemplace estatutariamente:

- a) Ejercer la representación de la Asociación;
- b) Citar a las Asambleas y convocar a las sesiones de Comisión Directiva y presidirlas;

- c) Tendrá derecho a voto en las sesiones de Comisión Directiva, al igual que los demás miembros del cuerpo y, en caso de empate, votará nuevamente para desempatar;
- d) Firmar con el Secretario las actas de las Asambleas y de Comisión Directiva, la correspondencia y todo documento de la Asociación;
- e) Autorizar con el Tesorero las cuentas de gastos, firmando los recibos y demás documentos de la Tesorería, de acuerdo con lo resuelto por la Comisión Directiva. No permitirá que los fondos sociales sean invertidos en objetos ajenos a lo prescrito por este estatuto;
- f) Dirigir las discusiones, suspender y levantar las sesiones de la Comisión Directiva y Asambleas cuando se altere el orden y falte el respeto debido;
- g) Velar por la buena marcha y administración de la Asociación, observando y haciendo observar el estatuto, reglamentos, las resoluciones de las Asambleas y de la Comisión Directiva;
- h) Sancionar a cualquier empleado que no cumpla con sus obligaciones y adoptar las resoluciones en los casos imprevistos. En ambos supuestos, será ad referendum de la primera reunión de Comisión Directiva.

#### TITULO VI: DEL SECRETARIO.

Artículo 18.- Corresponde al Secretario o, en su caso, al Prosecretario, o a quien lo reemplace estatutariamente:

- a) Asistir a las Asambleas y sesiones de Comisión Directiva, redactando las actas respectivas, las que asentará en el libro correspondiente y firmará con el Presidente;
- b) Firmar con el Presidente la correspondencia y todo documento de la Asociación;

c) Citar a las sesiones de la Comisión Directiva, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 14;

d) Llevar el libro de actas y, conjuntamente con el Tesorero, el Registro de Asociados.

#### TITULO VII: DEL TESORERO.

Artículo 19.- Corresponde al Tesorero o, en su caso, al Protesorero, o a quien lo reemplace estatutariamente:

a) Asistir a las sesiones de la Comisión Directiva y a las Asambleas;

b) Llevar conjuntamente con el Secretario el Registro de Asociados. Será responsable de todo lo relacionado con el cobro de las cuotas sociales;

c) Llevar los libros de contabilidad;

d) Presentar a la Comisión Directiva balances mensuales y preparar anualmente el Balance General, Cuenta de Gastos y Recursos e Inventario correspondientes al ejercicio vencido que, previa aprobación de la Comisión Directiva, serán sometidos a la Asamblea Ordinaria;

e) Firmar con el Presidente los recibos y demás documentos de Tesorería, efectuando los pagos resueltos por la Comisión Directiva;

f) Depositar en una institución bancaria, a nombre de la Asociación y a la orden conjunta de Presidente y Tesorero, los fondos ingresados a la caja social, pudiendo retener en la misma hasta la suma que la Comisión Directiva determine;

g) Dar cuenta del estado económico de la entidad a la Comisión Directiva y al Organo de Fiscalización toda vez que se le exija.

## TITULO VIII: DE LOS VOCALES, TITULARES Y SUPLENTES.

Artículo 20.- Corresponde a los Vocales Titulares:

- a) Asistir a las Asambleas y sesiones de la Comisión Directiva con voz y voto;
- b) Desempeñar las comisiones y tareas que la Comisión Directiva le confíe;

Corresponde a los Vocales suplentes:

- a) Entrar a formar parte de la Comisión Directiva en las condiciones previstas en este estatuto;
- b) Podrán concurrir a las sesiones de la Comisión Directiva, con derecho a voz pero no a voto. No será computable su asistencia a los efectos del quórum.

## TITULO IX: ASAMBLEAS.

Artículo 21.- Habrá dos clases de Asambleas Generales: Ordinarias y Extraordinarias.

Las Asambleas Ordinarias tendrán lugar una vez por año, dentro de los cuatro meses posteriores al cierre del ejercicio, cuya fecha de clausura será el día 30 de Diciembre de cada año, y en ellas se deberá:

- a) Considerar, aprobar o modificar, la Memoria, Balance General, Inventario, Cuenta de Gastos y Recursos, e Informe del Órgano de Fiscalización;
- b) Elegir, en su caso, los miembros de los órganos sociales, titulares y suplentes;
- c) Fijar la cuota social y determinar las pautas para su modificación, las que serán instrumentadas por la Comisión Directiva;
- d) Tratar cualquier otro asunto incluido en el Orden del Día;



e) Tratar los asuntos propuestos por un mínimo del cinco por ciento de los socios y presentados a la Comisión Directiva dentro de los treinta días de cerrado el ejercicio anual.

Artículo 22.- Las Asambleas Extraordinarias serán convocadas siempre que la Comisión Directiva lo estime necesario, o cuando lo solicite el Órgano de Fiscalización o el veinte por ciento de los socios con derecho a voto. Estos pedidos deberán ser resueltos dentro del término de quince días, y celebrarse la Asamblea dentro del plazo de treinta días, y si no se tomase en consideración la solicitud, o se negare infundadamente, podrá requerirse en los mismos términos y procedimiento al Órgano de Fiscalización, quien la convocará, o se procederá de conformidad con lo que determina el artículo 10, inciso i) de la ley 22.315 o norma que en el futuro la reemplace.

Artículo 23.- Las Asambleas se convocarán por correos electrónicos remitidos al domicilio digital de los socios, con veinte días de anticipación. Con la misma antelación deberá ponerse a consideración de los socios la Memoria, Balance General, Inventario, Cuenta de Gastos y Recursos e Informe del Órgano de Fiscalización. Cuando se sometan a consideración de la Asamblea reformas al estatuto o reglamentos, el proyecto de las mismas deberá ponerse a disposición de los asociados con idéntico plazo. En las Asambleas no podrán tratarse otros asuntos que los incluidos expresamente en el orden del día, salvo que se encontrare presente la totalidad de los socios con derecho a voto y se votare por unanimidad la incorporación del tema.

Artículo 24.- Las Asambleas se celebrarán válidamente, aun en los casos de reforma de estatutos y de disolución social, sea cual fuere el número de socios concurrentes, media hora después de la fijada en la convocatoria, si antes no se hubiera reunido ya la mayoría absoluta de los socios con derecho a voto.

Serán presididas por el Presidente de la entidad o, en su defecto, por quien la Asamblea designe, por mayoría simple de votos emitidos.

Artículo 25.- Las resoluciones se adoptarán por mayoría absoluta de votos emitidos, salvo cuando este estatuto se refiera expresamente a otras mayorías. Ningún socio podrá tener más de un voto, y los miembros de la Comisión Directiva y Órgano de Fiscalización no podrán votar en asuntos relacionados con su gestión.

Los socios que se incorporen una vez iniciado el acto sólo tendrán voto en los puntos aún no resueltos.

Artículo 26.- Con la anticipación prevista por el artículo 23, se pondrá a exhibición de los asociados el padrón de los que están en condiciones de intervenir. Se podrá efectuar reclamos hasta cinco días antes del acto, los que deberán resolverse dentro de los dos días siguientes. No se excluirá del padrón a quienes, pese a no estar al día con Tesorería, no hubieren sido efectivamente cesanteados. Ello sin perjuicio de privárselos de su participación en la Asamblea si no abonan la deuda pendiente hasta el momento de inicio de la misma. Para la elección de autoridades se adopta el sistema de voto secreto y directo, por la lista completa de candidatos, no siendo admisible el voto por poder. Las listas de candidatos a autoridades deberán ser presentadas con no menos de diez días de antelación, debiendo la comisión directiva pronunciarse dentro de las 48 horas siguientes sobre la procedencia de su oficialización. En caso de objeciones, los apoderados podrán subsanarla hasta 24 horas de notificado.

#### TITULO X: DISOLUCION Y LIQUIDACION.

Artículo 27.- La Asamblea no podrá decretar la disolución de la Asociación mientras haya una cantidad de asociados dispuestos a sostenerla en número tal que posibilite el regular funcionamiento de los órganos sociales.

De hacerse efectiva la disolución, se designarán los liquidadores que podrán ser la misma Comisión Directiva o cualquier otra comisión de asociados que la Asamblea designe.

El Órgano de Fiscalización deberá vigilar las operaciones de liquidación de la Asociación. Una vez pagadas todas las deudas, el remanente de los bienes se destinará a una entidad de bien común, sin fines de lucro con personería jurídica y domicilio en el país y reconocida como exenta de todo gravamen por la AFIP u organismo que en el futuro la sustituya, o al estado nacional, provincial o municipal. La destinataria del remanente de bienes será designada por la Asamblea de disolución.

#### TITULO XI: DISPOSICION TRANSITORIA.

Artículo 28. — No se exigirá la antigüedad requerida por los artículos 6º, incisos 3) y 11 durante los primeros dos años desde la constitución de la entidad.