

La situación jurídica del usuario de los servicios públicos

SUMARIO: 1. LA VIGENCIA DEL TÉRMINO USUARIO. 2. USUARIO EFECTIVO Y USUARIO POTENCIAL. 3. EL VÍNCULO JURÍDICO QUE SE ESTABLECE ENTRE EL PRESTADOR Y EL USUARIO DEL SERVICIO PÚBLICO. 4. LA ESPECIAL PROTECCIÓN DEL USUARIO. 5. LA PARTICIPACIÓN DEL USUARIO.

1. LA VIGENCIA DEL TÉRMINO USUARIO

Por «usuario» se entiende quien tiene derecho de usar una cosa ajena con cierta limitación¹, al propio tiempo que el mismo término en el Derecho Administrativo designa a la persona física o jurídica que utiliza y es beneficiaria de un servicio público. Así se ha receptado tanto en los marcos regulatorios de los servicios públicos de jurisdicción nacional y provincial cuanto en la Ley de Defensa del Consumidor n.º 24240, de 1993² en el art. 42 de la Constitución nacional –conforme la reforma de 1994– y en la Carta Compromiso con el Ciudadano, aprobada por el Decreto 229/2000³, entre otras normas. Todo indica que,

¹ Real Academia Española, *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*, 22.ª ed., voz Usuario, segunda acepción. En ediciones anteriores se incluía que aquella voz se utilizaba comúnmente como sustantivo.

² BO del 15/10/93.

³ Del BO 14/3/00.

como ya hace tiempo lo definió RIVERO YSERN, «al ciudadano frente a los servicios públicos se lo denomina usuario»⁴.

Luego la referencia al usuario de un servicio público como cliente puede encontrar fundamento en que aquél posea la facultad de elegir al prestador⁵, aun cuando ésta es una situación poco usual en aquel ámbito regulatorio.

2. USUARIO EFECTIVO Y USUARIO POTENCIAL

El usuario de servicios públicos no sólo es el «usuario efectivo», sino también el «eventual o potencial». El «usuario efectivo» es considerado por MARIENHOFF como «el usuario», es decir, el habitante o administrado que utiliza un servicio público en funcionamiento⁶. Luego, en su opinión, el «usuario potencial» representa el habitante o administrado que está jurídicamente en condiciones de utilizar un servicio público en funcionamiento, y para ello recordaba MARIENHOFF que este derecho de los habitantes expresamente se hallaba previsto ya en nuestra antigua legislación de servicios públicos, tal como el caso de los arts. 14 de la Ley 816; de Correos, 28 de la Ley 750, 1/2 de Telégrafos, y 35 de la Ley General de Ferrocarriles, n.º 2873, de 1891⁷, a lo cual llamaremos el «usuario jurídicamente potencial».

⁴ Enrique RIVERO YSERN, «La protección del usuario de los servicios públicos», *Rev. de Adm. Pública*, Madrid, n.º 87, sept-dic. 1978, p. 205.

⁵ Así, en el Considerando 3º del Reglamento del Servicio Básico Telefónico (Res. Sec. de Comunicaciones n.º 10059/99) se dice que «es política del Gobierno Nacional convertir a los usuarios de los servicios públicos en verdaderos clientes», infiriéndose de allí que el cliente tendría más y/o mejor tutela jurídica que el usuario. Tal vez la respuesta a ello se encuentre en el voto del Dr. Licht en oportunidad de resolverse en segunda instancia el conocido caso «Ángel Estrada» (CNCont. Adm., Sala I, «Ángel Estrada y Cía S.A. c/ resol. 71/96 – Sec. de Energía de la Nación», ED 30/5/00), al diferenciarse el cliente del usuario en que el primero tiene libertad de elección, mientras que el segundo es un «cliente cautivo», en que la relación concesionario-usuario se rige por el Derecho Administrativo. Conforme esta interpretación, que también es la sostenida por GORDILLO y a la que apuntaría el Reglamento del Servicio Básico Telefónico a partir de la desregulación de las telecomunicaciones, el cliente se definiría fundamentalmente por la libertad de elección (Agustín A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, «Defensa del Usuario y del Administrado», 6.ª ed., VI-20), aspecto en general ausente en materia de servicios públicos, y que puede haber llevado en su momento a que RIVERO YSERN afirmara que «los usuarios de los servicios públicos son administrados no clientes» (RIVERO YSERN, *ob. cit.*, p. 234). Sólo con la libertad de elección del prestador, entonces, el usuario se convertiría en un cliente.

⁶ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1988, T. II, pp. 162-163.

⁷ Esta Ley regía tanto para los ferrocarriles estatales cuanto para los de propiedad privada (Armando N. CANOSA, *Régimen administrativo del transporte terrestre*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 279, texto y nota 25.) El carácter de servicio público del ferrocarril surge del propio debate de esta Ley (Jorge L. SALOMONI, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Adhac, Buenos Aires, 1999, p. 143).

Y al momento de la protección judicial de los derechos de los usuarios, no sólo se admite la legitimación de aquel «usuario jurídicamente potencial», sino que, en los casos concretos, aquella potencialidad se analizó desde un amplio criterio en la consideración de los hechos atinentes al posible uso del servicio en cuestión.

Así, por ejemplo, en la causa «Fernández»⁸ de redondeo de la tarifa del servicio público de trenes subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires, se tuvo por acreditada y se admitió la legitimación del actor, en carácter de «usuario» de aquella red de trenes subterráneos, por la circunstancia de vivir en la Ciudad de Buenos Aires y de trabajar en la zona céntrica de aquélla⁹. De modo, pues, que la protección judicial se otorgó —claro que en una acción de amparo— al actor como «usuario potencial» del servicio público de transporte subterráneo de pasajeros; bajo una implícita pero inequívoca paridad de protección jurídica del usuario potencial con respecto al usuario efectivo de ese servicio público. Una solución sustancialmente similar aparece en la causa «Youssefián», en la cual se planteó la falta de legitimación del actor, en cuanto éste cuestionaba el proceso para el otorgamiento de la prórroga del período de exclusividad de las licenciatarias del servicio básico telefónico, pero sin haber acreditado el carácter de usuario o cliente en los términos del entonces vigente Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico¹⁰, respecto de lo cual, en la sentencia de primera instancia que hizo lugar al amparo, se estableció que *«la calidad de usuario del servicio telefónico no puede quedar restringida únicamente al titular de la línea que figura registrado en guía y que alcanza aun a aquel que no tenga aparato telefónico en su domicilio y sólo utilice la red pública»*¹¹.

⁸ CNFed. Cont. Adm., Sala IV, 5/8/97, *in re* «Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN) s/ amparo – ley 16.986», L.L. Sup. Jurisp. Der. Adm. del 24/11/97, pp. 38-43.

⁹ «En todo caso —se precisa en el voto mayoritario— *basta con que el actor se encuentre domiciliado en esta ciudad y su lugar de trabajo se ubique también en ella para que pueda ser usuario, aunque sea potencial del servicio de subterráneos. Ello le alcanza para demostrar su calidad de afectado, requerida en el art. 43 de nuestra Constitución Nacional*» (Consid. VI). Si bien esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo de fecha 7/12/99, tal revocatoria se fundó en la interpretación de las facultades al efecto ejercidas por la Administración —juzgadas válidas— y no a partir de un cuestionamiento de la legitimación del actor, conforme había sido admitida en el trámite del proceso. Asimismo, en comentario a este fallo puede verse Armando N. CANOSA, *Algunas reflexiones acerca de la prestación del servicio público y la retribución del concesionario (Una visión desde los servicios de transporte)*, ED 187-1040.

¹⁰ En el cual cliente es toda «persona física o jurídica ligada contractualmente a un prestador en calidad de abonado, a quien le corresponde la titularidad del servicio básico telefónico prestado a través de una línea telefónica».

¹¹ Juz. Cont. Adm., 26/11/97, *in re* «Youssefián, Martín c/ Estado Nacional –Secretaría de Comunicaciones– s/ amparo», causa n.º 22776/97.

En segunda instancia también se admitió esa legitimación bajo un amplio criterio. Así, al momento de confirmarse la medida cautelar decretada a favor del actor, se sostuvo que *«no se puede descartar “a priori” la legitimación del actor toda vez que, como tiene dicho esta Cámara, remitiendo en última instancia la legitimación a un punto de derecho sustancial (en la medida en que negar la legitimación equivale a negar el derecho) no cabe profundizar el examen de la cuestión en el marco del proceso cautelar, sino sólo apreciar, interina y provisionalmente, la concurrencia de un interés tutelable»*. *«Desde esta perspectiva —se agregó—, no resulta irrazonable sostener —“prima facie”— que también el demandante, como vecino de esta Capital, y habiendo alegado ser usuario del servicio telefónico, podría llegar a verse afectado por la decisión relativa a la prórroga del período de exclusividad de las Licenciatarias del Servicio Básico Telefónico, sin previa realización de una audiencia pública. Ello así no podría calificarse como manifiesta la falta de legitimación alegada por la demandada, resultando en principio suficiente la calidad invocada por el amparista para tenerlo por legitimado, al menos en el presente estado procesal¹²»*.

Y al conocer sobre el fondo de la pretensión del amparista, en punto a la legitimación del actor como «usuario del servicio telefónico», la Cámara prácticamente reiteró la decisión que había adelantado para la admisión de la cautelar otorgada: *«no resulta irrazonable sostener que, como vecino de esta Capital y usuario —al menos— de la telefonía pública (tal como sostiene a fs. 64), el actor podría verse afectado por la decisión atinente a la prórroga de la exclusividad en la prestación del aludido servicio, en el caso de que ella se adoptara con desconocimiento de las normas constitucionales»¹³*.

Más todavía, ha llegado a reconocerse en el fuero contencioso-administrativo la legitimación por el mero carácter de ciudadano, como sucedió respecto de dos causas iniciadas por el reconocido administrativo Dr. Beltrán Gambier, al pretender, en un caso, la preservación o restablecimiento del medio ambiente cultural y, en otro, el cese de una propaganda considerada política, con fondos públicos¹⁴. Sin embargo, cabe aclarar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se mantiene invariable respecto de la inadmisión de tal especie de legitimación activa.

Otra variante del usuario jurídicamente potencial, además de aquel que está en condiciones de utilizar un servicio público en funcionamiento, es el supuesto del habitante que en determinado momento o

¹² CNCOnt. Adm., Sala IV, 6/11/97, *in re* «Youssefián, Martín c/Secretaría de Comunicaciones», LL 1997-F-270, Consid. IV.

¹³ CNCOnt. Adm., Sala IV, 23/6/98, *in re* «Youssefián, Martín c/ Estado Nacional —Secretaría de Comunicaciones— s/ amparo», causa n.º 22776/97, Consid. XXIV.

¹⁴ Conf. Sala II, 18/6/98, causa 25841/97, y misma Sala, LL 1999-E, 623.

etapa de la expansión del servicio, y conforme la previsión del marco regulatorio específico, será usuario efectivo, y, mientras tanto, es considerado por aquél como usuario potencial.

Un ejemplo de ello es el caso del Marco Regulatorio para la concesión de la provisión de agua potable y desagües cloacales¹⁵, en el cual prolijamente se distingue entre usuarios reales y potenciales, siendo los primeros los que se encuentran en áreas servidas y los segundos los que se hallan en las áreas de expansión y remanente del servicio. En ese Marco Regulatorio se precisan los derechos que corresponden a cada categoría de usuarios, ya sean éstos reales o potenciales¹⁶. Y resulta ilustrativo señalar que entre los derechos que se acuerdan a estos últimos se halla el derecho a recibir información general sobre los servicios que el concesionario preste, y el derecho a reclamar ante el concesionario por incumplimientos de planes de expansión¹⁷.

3. EL VÍNCULO JURÍDICO QUE SE ESTABLECE ENTRE EL PRESTADOR Y EL USUARIO DEL SERVICIO PÚBLICO

Si bien ésta es una cuestión a resolver en cada caso, sin embargo, puede recordarse que ya determinados marcos regulatorios de servicios públicos, como los de Telefonía, Energía Eléctrica y Gas, han previsto que la relación entre el prestador y el usuario es de índole contractual.

En esa línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa «Davaro c/ Telecom», del 8/9/92¹⁸, estuvo al carácter contractual de la relación prestador-usuario.

Esa relación contractual en principio es regida por el Derecho Privado¹⁹ –relación entre sujetos particulares–, pero bajo una importante predeterminación de reglamentaciones administrativas tales como el mismo Marco Regulatorio, el Pliego de privatización, el Reglamento del usuario o del servicio, etc.; todo lo cual lleva a que se trata, ciertamente, de una «relación híbrida»²⁰.

¹⁵ Decreto 999/92, del 18/6/92, BO del 30/6/92.

¹⁶ Art. 33 del Decreto 999/92.

¹⁷ Art. 35 del Decreto 999/92.

¹⁸ LL 1993-B167. Sostiene allí el Procurador, en posición a la que se adhiere la Corte, que «... se trata de una cuestión suscitada, en forma directa, en el marco de las relaciones jurídicas contractuales entre particulares...».

¹⁹ Juan Carlos CASSAGNE, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, 1992, pp. 59-60.

²⁰ Pablo PERRINO, «La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados», en ob. conj. *Contratos Administrativos*, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 158.

Luego los conflictos entre prestadores y usuarios pueden agotarse en «desavenencias comerciales» –como facturación meramente incorrecta–, en cuyo caso pertenecerán a la jurisdicción local²¹, o bien hesitar la jurisdicción federal ya sea porque comprometen la inteligencia y/o alcance de esas normas de Derecho Público²² o bien porque directamente se cuestionan actos de los poderes públicos, caso este último en el cual el propio Estado quedará implicado en la controversia²³.

Por otra parte, ha resultado particularmente compleja la naturaleza del vínculo que se establece entre el usuario y el concesionario de una obra pública vial (v.gr., autopistas), aun cuando éste se considera esencialmente distinto del caso de la concesión de servicio público.

En materia de concesión de obra pública debe tenerse presente que, de una parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la misma causa en que admitió la constitucionalidad del «peaje»²⁴, precisó que éste no es el «precio» de la utilización de la obra, sino que reviste claramente naturaleza tributaria, de modo que su percepción por el concesionario no genera una mera relación contractual²⁵; de modo que mal

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/8/91, «Eyheramendi, Lucrecia del Valles s/acción de amparo», Fallos 315:1883. Sostiene allí el Alto Tribunal, frente a la demanda dirigida contra la empresa privada prestadora del servicio, que ésta «... por su naturaleza se mueve en el marco del derecho común en todo lo que, como es del caso, atañe a los conflictos derivados de las boletas tarifarias, de su actividad comercial, ...».

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/8/91, «Chaar, David c/ Cía. Arg. de Tel. S.A.», ED 145-349; y 06/02/97, «Rodríguez, Hugo M. c/ Aguas Argentinas S.A.», Fallos 320:46.

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8/02/2000, *in re* «Asociación de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ Aguas Argentinas», LL, Sup. Der. Adm., del 12/02/2001.

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/6/91, «Nación Argentina c/ Arenera Libertador S.R.L.» (Fallos 314:595).

²⁵ Sostiene al respecto el Alto Tribunal: «Que para caber dentro de la Constitución Nacional, el pago del peaje debe constituir una de las contribuciones a que se refiere el art. 4.º. La circunstancia que el legislador predetermine su destino con una precisión mayor que la que regularmente emplea al establecer otras contribuciones no entorpece su carácter de tal...». «... es capital en el caso señalar que el peaje –constitucionalmente– es una contribución, caracterizada por la circunstancia de que el legislador la asocia a un proyecto suyo –de construcción, conservación o mejora–, que identifica con particular claridad, lo que por otra parte no choca sino adecua a los principios constitucionales antes referidos en relación a la renta pública». «Que cabe entonces exigir en cuanto a su establecimiento, personas obligadas a su pago, y monto, lo que la Constitución exige en la materia y las líneas generales de interpretación que esta Corte ha elaborado a partir de aquéllas». «Que cabe hacer un distingo. Una cosa es la función del Estado y el modo de proveer a su costo, otra la forma en que el Estado decide legítimamente ejecutarla, que puede ser recurriendo sí a relaciones contractuales con otras personas. Esto ocurre con frecuencia en el caso del peaje, al optar el Estado por el régimen de concesión de obra pública. En tal situación, el peaje es para el usuario una contribución vinculada al cumplimiento de actividades estatales (como puede serlo la construcción de una vía, o su mejora, ampliación, mantenimiento, conservación, etc., aun de vías preexistentes). Para el concesionario constituirá un medio de remuneración de sus servicios. De este modo, en los hechos, puede concluir el peaje por ser sustancialmente similar al precio pagado por un servicio, lo que no debe inducir por ello al error de considerarlo desde un punto de vista meramente contractual».

puede hablarse –conforme la jurisprudencia del Alto Tribunal– de un contrato pues, aunque pueda asemejarse a él, no lo es, y el vínculo es extracontractual²⁶; mientras que, de otra parte, reciente jurisprudencia inferior referida a la responsabilidad de la concesionaria por la seguridad de la autopista entiende que aquélla es una relación de consumo, a la que en definitiva se le aplican pautas contractuales²⁷.

4. LA ESPECIAL PROTECCIÓN DEL USUARIO

Más allá del reciente auge tutelar autónomo del consumidor final en el Derecho Privado, regulación que en variada forma alcanza al usuario del servicio público²⁸, éste ya es objeto de la especial protección que le brinda la propia institución y régimen jurídico del servicio público en nuestro país; la privatización del servicio público concebida bajo la finalidad de mejor atender la necesidad de cada usuario; los Marcos Regulatorios y los Entes Reguladores, que garanticen el debido funcionamiento de los servicios públicos; el poder de policía industrial y comercial; la normativa específica de defensa de la competencia, lealtad comercial y defensa del usuario; la jurisprudencia sobre servicios públicos; y todo ello con específica recepción constitucional en el art. 42 de la Ley Fundamental.

Ambos, consumidor final y usuario de servicio público, sin embargo, comparten una relación *ab initio* dispar con el prestador del servicio²⁹; lo cual da fundamento y a la vez finalidad para la regulación

²⁶ CSJN, 18/6/91, LL T. 1991 D, p. 398; CNCiv., Sala G, 7-6-95, «Carnelli c/ Nuevas Rutas S.A.», LL 1995-D-336; Cám. Apel. Civ. y Com. 1.ª de San Nicolás, 21-3-96, «Navarro c/ Servicios Viales S.A.», LL 1996-444; Cam. Apel. Civ y Com. 3.ª Rosario, 10-2-97, entre otros.

²⁷ CNCiv., Sala M, 30401, «Caja de Seguros c/ Caminos del Atlántico S.A.», LL 2001-F-692; Cciv., Sala F, 13300, «Greco c/ Camino del Atlántico».

²⁸ Sobre el particular nos expedimos en Jorge I. MURATORIO, «La Regulación constitucional de los servicios públicos en la Reforma de 1994», en ob. conj., dirigida por el Dr. Juan Carlos CASSAGNE, *Estudios sobre la Reforma Constitucional*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995; y, antes, en *La ley de defensa del consumidor y la protección de los usuarios de los servicios públicos*, LL Actualidad del 9/12/93.

²⁹ En materia de un servicio público, la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativa sostuvo que «... en el mundo actual la relación entre los usuarios y consumidores, por un lado, y las empresas proveedoras de bienes y servicios, por otro, no se despliega en el marco de un idílico intercambio de prestaciones y condiciones equivalentes, sino que es frecuentemente anudada a una ostensible situación de desigualdad» [Cámara Contencioso Administrativa, Sala V, 04/02/02, «Dinar Líneas Aéreas S.A. c/ DNCI – Disp. 27/2001» (Expte. 64-5113/99)]. En el ya mencionado caso «Youssefián», en el amparo resuelto en primera instancia, se puso de manifiesto que: «A lo largo de las exposiciones de los señores convencionales que redactaron el nuevo art. 42, que perfiló los que se denominaron los Nuevos Derechos y Garantías, quedó clara la idea que define el derecho del consumidor: búsqueda de la igualdad substancial entre las partes que conforman la relación».

económica que busca corregir esa especial situación; una relación entre profano y experto, entre quien satisface una necesidad y un comerciante, un vínculo entre el mero requirente del servicio y quien ha montado toda una estructura prestacional industrial y/o comercial en el rubro.

Es ésa una regulación para restablecer la igualdad de esa relación, que en el Derecho Privado es general (a través, por ejemplo, de la Ley de Defensa del Consumidor, n.º 24240); mientras que en los servicios públicos tal regulación resulta específica, pues se halla presente desde la misma declaración de servicio público de una actividad³⁰, pasando por el respectivo Marco Regulatorio, el pliego de privatización, el contrato de concesión o licencia, hasta el reglamento «de prestación del servicio», de «suministro» o «reglamento del usuario», al cual se sujeta cada relación prestador-usuario.

Al propio tiempo, en punto a la finalidad de los mencionados Entes Reguladores y su relación con la tutela de los usuarios, existen en general dos posiciones en nuestra doctrina, una tendente a identificar aquella finalidad, o al menos priorizarla, respecto de los derechos de los usuarios³¹; mientras que, por otro lado, se entiende que la finalidad del ente regulador es la armonización de los derechos de prestadores y usuarios³², de modo como de equilibrar los distintos componentes en juego, máxime cuando existen otros objetivos en la política legislativa³³, y ni la Administración ni los entes regulatorios ejercen la representación de los usuarios³⁴.

Entendemos que ambas interpretaciones pueden conciliarse y que en definitiva, el ente regulador encuentra su finalidad en que funcione adecuadamente el régimen jurídico del servicio público, de modo que,

³⁰ Afirma VILLEGAS BASAVILBASO: «*La protección legal del usuario en los servicios públicos... es una consecuencia lógica del fin de su creación: la satisfacción de las necesidades colectivas*» (Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, T. III, p. 212). Así, en un antiguo fallo referido al contrato de concesión de suministro de energía eléctrica pudo sostenerse que: «*La situación de privilegio de monopolio, en que se encuentra la empresa concesionaria, obliga al Poder público concedente a intervenir en defensa de sus administrados, que no pueden quedar al arbitrio de la empresa monopolista. Esta intervención se concreta en el establecimiento de las condiciones expresas en que la empresa debe prestar el servicio a los particulares*» (1.ª Instancia, Justicia de Paz Letrada, 20/2/1936, in re «Montechi, Blas c/ Cía. Hispano Americana de Electricidad», LL, Serie A, T. 1, pp. 444 y ss.).

³¹ Agustín A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, «Defensa del Usuario y del Administrado», 6.ª ed., VII-18.

³² Así parece entenderlo MAIRAL, siguiendo la concepción propia de la regulación que exhibe ARIÑO ORTIZ (Héctor A. MAIRAL, «*La ideología del servicio público*, Rev. de Der. Adm., Buenos Aires, 1993, p. 437).

³³ Juan Carlos CASSAGNE, Los nuevos entes regulatorios, *Rev. de Der. Adm.*, n.º 14, pp. 487-489.

³⁴ Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, 7.ª ed., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002, T. II, p. 407.

como antes mencionamos, al funcionar el servicio en la forma prevista por la normativa se protege al usuario.

5. LA PARTICIPACIÓN DEL USUARIO

El art. 42 de la Ley Fundamental garantiza la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control, reservándose al Congreso de la Nación el establecimiento, en cada caso, del nivel de participación a acordar.

Es así que la participación en entes reguladores nacionales no se ha considerado procedente en el órgano de conducción de aquéllos, aun cuando sí existe una previsión en ese sentido, por ejemplo, en el art. 4.º Ley 210, del «Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires», pues de los cinco miembros del Directorio, uno debe ser miembro de organizaciones de usuarios y consumidores³⁵.

Las principales reticencias al respecto surgen de considerar que esa representación permanente de los usuarios en la conducción del ente regulador puede resultar inapropiada fundamentalmente cuando éste ejerce función jurisdiccional, entre usuarios y concesionarios o licenciatarios, pues afecta la neutralidad del decisor de la controversia. Nótese que ya en «Fernández Arias» –*leading case* en materia de ejercicio de facultades jurisdiccionales por la Administración– el tribunal admitido en el caso era de integración paritaria³⁶, y, más recientemente y en la materia de consumo, al tribunal arbitral se lo integra también en forma paritaria, o éste sólo pertenece a la Administración, entendiéndose así –y como garantía sustancial– neutral de las partes³⁷.

³⁵ La Ley 210 fue sancionada el 29/6/99, promulgada el 29/7/99 y publicada en el BOC-BA del 10/8/99. El art. 4.º dispone: «El Ente está constituido por un Directorio, conformado por cinco miembros, designados por la Legislatura por mayoría absoluta del total de sus miembros, contemplando lo prescripto en el artículo 36 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, previa substanciación en audiencia pública con los candidatos. El Presidente o Presidenta es 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». Al propio tiempo, en la Cláusula Transitoria 2.ª de esta Ley se estableció que la Legislatura elegiría, por única vez, entre una nómina conformada por un candidato propuesto por cada organización de defensa de los consumidores, inscrita en el Registro Nacional y con no menos de dos años de antigüedad en la inscripción.

³⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19/9/60, *in re* «Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José»; se trataba de la Cámara Central Paritaria de Conciliación y Arbitraje Obligatorio, que en el caso confirmó la resolución de la Cámara Regional de Trenque Lauquen.

³⁷ El propio art. 59 de la Ley 24240 prevé la integración del tribunal por «las personas que teniendo en cuenta las competencias, propongan las asociaciones de consumidores y cámaras empresarias». Luego, en el Decreto 276/98, se prevé que: «Los TRIBUNALES ARBITRALES DE CONSUMO se integrarán con TRES (3) Vocales, los que serán asistidos por UN (1) Secretario, DOS (2) vocales serán designados, UNO (1) entre los representantes de

Asimismo, en general, la competencia del ente regulador se presenta como más amplia que la sola representación de los usuarios, conforme más arriba se ha explicado, al mismo tiempo que aquella disparidad inicial en la relación prestador-usuario se entiende que debe corregirse esencialmente por la regulación. Luego frente a su incumplimiento es el órgano administrativo el obligado a actuar.

La participación en comisiones consultivas, por su parte, es contemplada en casos como el del Consejo Asesor del Directorio del Organismo Regulador del Sistema Nacional Aeroportuario³⁸ y el de la Comisión de Usuarios en el ámbito del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios –ETOSS–³⁹.

Finalmente, ha adquirido gran trascendencia la participación de los usuarios a través del régimen de audiencias públicas, ya sea en materia de procedimientos para la emisión de actos administrativos de contenido jurisdiccional, o en forma previa a la emisión de reglamentos; todo bajo la específica competencia para su organización y aplicación de los entes reguladores.

Las audiencias públicas no tienen expresa previsión constitucional, empero, en la jurisprudencia más difundida al respecto, que es la causa «YOUSSEFIÁN»⁴⁰; se ha entendido que el «*instituto de la audiencia pú-*

las asociaciones de consumidores, el otro entre los representantes de las asociaciones empresariales, y el tercer miembro será designado entre los inscriptos en el REGISTRO DE ÁRBITROS INSTITUCIONALES. El cargo de Secretario del Tribunal será desempeñado por un agente de la SUBSECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR, dependiente de la SECRETARÍA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERÍA del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, con título de abogado, que será designado por el Tribunal» (art. 5.º).

³⁸ Estructura Organizativa aprobada por Decreto 197/2000 (BO del 8/3/00).

³⁹ Res. ETOSS 38/99, en cuyo art. 3.º se establece: «El Directorio del ETOSS, someterá a consideración de la Comisión de Usuarios al menos los siguientes temas:

- 1) Propuestas de modificación en los regímenes y/o cuadros tarifarios.
- 2) Propuestas de modificaciones en los Planes de Inversión y/o expansión de los servicios.
- 3) Propuestas de modificaciones en la calidad y/o cantidad de los servicios a prestarse.
- 4) Propuestas de modificaciones en el reglamento, y/o regímenes de atención y reclamos de los usuarios.
- 5) Otros que estime oportunamente convenientes.

Asimismo pondrá a disposición, cuando así lo solicite la Comisión de Usuarios:

- 1) Las resoluciones, disposiciones, etc. que emanen de las autoridades del organismo, en cumplimiento de sus funciones.
- 2) El libro de actas o equivalente, de las reuniones del Directorio.
- 3) El registro y estado de situación de los reclamos de los usuarios.
- 4) Cualquier expediente interno del Ente, con las restricciones establecidas por la confidencialidad impuesta en el Art. 17.º, inc. s) del Marco Regulatorio, aprobado por Decreto PEN n.º 999/92».

⁴⁰ CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 23/6/98, *in re* «Youssefián, Martín c/ Estado Nacional (Secretaría de Comunicaciones) s/ amparo ley 16.986», Consid. XXVIII.

blica... constituye uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos contemplados en el mentado artículo 42 de la Constitución Nacional—como garantía para el usuario de razonabilidad, defensa de sus derechos, transparencia, y elemento de consenso y democratización del poder—; mas a ello —en el mismo decisorio— se ha agregado: *«Corresponde aclarar que lo expuesto no implica que la audiencia pública sea el único camino válido a seguir en el caso (o en otros supuestos de decisiones atinentes a los servicios públicos)»; «... lo insoslayable es la necesaria participación de consumidores y usuarios con carácter previo a la toma de decisiones... El instituto de la audiencia pública no es sino uno de los medios a través de los cuales podría tener lugar dicha participación»; «... no puede ignorarse la circunstancia de que, al no estar normativamente predeterminada la conducta, la adopción de la medida concreta —que puede ser la indicada (audiencia pública) u otra que de modo análogo asegure la necesaria participación de usuarios, consumidores y asociaciones que los nuclean— corresponde al poder administrador; quien debe contar con la libertad necesaria para cumplir su función de gestor de los intereses públicos».*

El mismo criterio fue mantenido en el caso de la renegociación de las concesiones ferroviarias de pasajeros⁴¹, oportunidad en la cual se aplicó la «Youssefián doctrina», y se recalcó que: *«Tampoco se vierte consideración alguna acerca de cuál habría de ser el método o mecanismo de participación adecuada de los usuarios. Sólo se advierte que... la realización de encuestas y sondeos de opinión no aparecen “prima facie” como uno de los cauces posibles para que tenga lugar la participación de los usuarios y consumidores impuesta constitucionalmente».* Sin embargo, se agregó a ello que el procedimiento a utilizar debía garantizar: i) el adecuado conocimiento por parte de los usuarios de los antecedentes fácticos y documentales que harían a la resolución que habría de adoptarse; ii) el ofrecimiento y producción de la prueba que aquéllos estimaren pertinente; iii) *«... un estudio y debate pormenorizado con intervención de los usuarios, como lo requiere la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de mecanismos de democracia semidirecta dentro del funcionamiento del Estado»; iv) la intervención de la Comisión Bicameral de Reforma del Estado y del Seguimiento de las Privatizaciones constituye una instancia de control que no supe la necesaria participación de los usuarios.*

También se ha encontrado cabida al documento en consulta en el art. 42 de la Ley Fundamental, en jurisprudencia judicial⁴² y adminis-

⁴¹ CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 23/2/99, *in re* «Unión de Usuarios y Consumidores c/ Secretaría de Transporte y otros».

⁴² Sala I de la Cámara Contencioso Administrativa, con fecha 16/5/02, en la causa «Cruzada Cívica», referida al tratamiento del proyecto del marco regulatorio postal, admitió la procedencia del documento en consulta como medio de instrumentar los derechos del art. 42 de la Constitución Nacional.

trativa⁴³, aun cuando se advierte doctrina que propicia la improcedencia de la sustitución de la audiencia pública por aquel otro sistema⁴⁴.

Desde un aspecto teórico, la audiencia pública constituye un instrumento de enorme valor⁴⁵ pues, como explica COMADIRA, la importancia de aquélla viene dada como componente garantístico del «debido procedimiento adjetivo» en sede administrativa, como medio de defensa del particular, de autocontrol administrativo e instrumento de colaboración y participación de los interesados⁴⁶.

Ahora bien, desde el punto de vista de las audiencias públicas hasta ahora implementadas, el resultado no siempre ha sido satisfactorio. Más aún, la propia Procuración del Tesoro de la Nación, en referencia a renegociaciones de los contratos de concesión de servicios públicos, llegó a afirmar que la audiencia pública «*se ha revelado como un elemento ineficaz para conocer realmente la opinión de los usuarios y para atender sus sugerencias y expectativas*»⁴⁷.

Aquella ineficacia o deficiente funcionamiento práctico de las audiencias públicas —o de muchas de ellas— a que se refiere la Procuración del Tesoro de la Nación también ha sido explicitado con gran claridad por TAWIL⁴⁸, y ha llevado a sostener a CASSAGNE que: «*Los inconve-*

⁴³ Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación n.º 145 del 04/3/03.

⁴⁴ GORDILLO entiende que el documento en consulta representa una forma de participación muy parcial y limitada, insusceptible de satisfacer el respectivo requerimiento constitucional (GORDILLO, *ob. cit.*, t. 2, II-31).

⁴⁵ Asimismo, y como apunta GORDILLO, la audiencia pública previa a la emisión del acto administrativo es: una garantía objetiva de razonabilidad para el administrado en cuanto percepción de que el Estado actúa razonablemente; un mecanismo idóneo de formación de consenso de la opinión pública respecto de la juridicidad y conveniencia del obrar estatal; una garantía objetiva de transparencia de los procedimientos estatales; es un elemento de democratización del poder, conforme al ya clásico principio de que la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder; un modo de participación ciudadana en el poder público, algo que viene exigido tanto por principios políticos y constitucionales como por las normas supranacionales (GORDILLO, *ob. cit.*, XI-6).

⁴⁶ Julio R. COMADIRA, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 249.

⁴⁷ Dictamen n.º 145, del 04/3/03, con cita de dictámenes: 234:325.

⁴⁸ Señala TAWIL al respecto: «creo que todos estamos de acuerdo en una participación generalizada en el proceso decisorio como un ideal de la sociedades, nadie está en desacuerdo con ello, pero tenemos que buscar una participación útil y efectiva. Pensar, por ejemplo, que la audiencia pública es la solución o la panacea es desconocer cómo funciona el sistema en la práctica». «La audiencia pública —como lo he dicho en otras ocasiones— termina siendo en la mayor parte de los casos un mero formalismo o una suerte de terapia grupal o psicodrama, en lugar de un verdadero mecanismo de participación, que no ayuda a nadie: no ayuda a los usuarios y no ayuda a los entes reguladores. En primer lugar no ayuda a los usuarios porque en la mayor parte de los casos las decisiones ya están tomadas. Y en segundo lugar, no ayuda a los entes reguladores porque tampoco pueden tomar decisiones después de las audiencias públicas»; «lo que normalmente ocurre es que, en lugar de favorecer la toma de decisiones, las dificulta y produce un inmovilismo administrativo». Como mecanismo serio de participación propone TAWIL el ejemplo de los entes reguladores estadounidenses, que utilizan el

nientes que plantea su implantación conducen a preguntarnos si esas ventajas justifican el desmesurado desarrollo que, a impulso de la moda jurídica, viene impulsando el derecho positivo»⁴⁹.

En todo caso, es evidente que la mejor protección de tales derechos de los usuarios dependerá de una seria y correcta utilización de los instrumentos que la técnica jurídica pueda elaborar al efecto.

procedimiento de *notice and comment* o *informal rulemaking*, y publican en sus páginas web las propuestas normativas con varios meses de anticipación, de modo de obtener comentarios útiles para la emisión de la norma (Guido S. TAWIL, «El control judicial sobre los servicios públicos», en ob. colectiva *Control de la Administración Pública*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2003, p. 581).

⁴⁹ Juan Carlos CASSAGNE, «La participación pública en el control de los servicios públicos», RAP, n.º 250, p. 7.

