

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 6 | n. 2 | julho/dezembro 2015 | ISSN 2179-8214

Periodicidade semestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



El usuario de servicios públicos en la Constitución Argentina

The user of public services in the Argentine Constitution

Miguel Andrés Goldfarb Alemany¹

Universidad Nacional del Nordeste

Recibido: 03/03/2015

Received: 03/03/2015

Aprovado: 24/11/2015

Approved: 24/11/2015

Resumen

Las sociedades contemporáneas han modificado el paradigma modernista que las vio nacer. En este contexto, desde la perspectiva jurídica, las constituciones han tomado nota de los cambios imperantes, de las relaciones económicas asimétricas y de la necesidad de positivizar derechos y garantías antes reservados al derecho natural. En este contexto, la protección de las personas en su condición de usuarios o consumidores se ha venido plasmando en un

Como citar este artículo/How to cite this article: GOLDFARB ALEMANY, Miguel Andrés. El usuario de servicios públicos en la Constitución Argentina. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 97-121, jul./dez. 2015. doi: <http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.06.002.AO04>

¹ Docente categorizado Investigador de Derecho Financiero y Tributario y Derecho Administrativo I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes, Argentina). Doctor en Derecho Público, Política y Gobierno – Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes, Argentina). Master en Derecho Tributario – Universidad de Barcelona. Abogado – Universidad Nacional del Nordeste. Especialista en Derecho Administrativo – Universidad Nacional del Nordeste. Especialista en Docencia Universitaria – Universidad Nacional del Nordeste. Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas – Universidad de Buenos Aires. E-mail: goldfarbmi-guel@hotmail.com

conjunto de normas constitucionales y supranacionales con un impacto directo en un universo infinito de relaciones económicas cotidianas estrechamente vinculadas con prestaciones esenciales que tienen que ver con la calidad de vida y la igualdad. El presente artículo tiene como objeto describir el mandato de la Constitución Argentina en materia de protección de usuarios de servicios públicos a partir de comprender este proceso complejo desde la perspectiva jurídica, social y política.

Palabras claves: usuarios; protección; constitución; servicio público.

Abstract

Contemporary societies have changed the modernist paradigm where they were born. In this context, from the legal perspective, constitutions have taken note of the prevailing changes, asymmetrical economic relations and of the need to positivize rights and guarantees previously reserved to natural law. In this context, the protection of individuals in their capacity as users or consumers has been translating into a set of constitutional and supranational rules with a direct impact on an infinite universe of everyday economic relations closely linked with essential features that have to do with quality of life and equality. This article aims to describe the orders of the Argentine Constitution related to the protection of public service users from understanding this complex process from the legal, social and political perspectives.

Key words: user; protection; constitution; public service.

1 Introducción: El usuario y su contexto. Del estado de derecho al estado constitucional más allá de las fronteras nacionales.

El presente artículo tiene como objeto desarrollar la situación del usuario de servicios públicos en el Constitución de la República Argentina. En el abordaje es indispensable, en primer lugar, describir la cosmovisión constitucional desde la cual parto para comprender un complejo proceso de cambios en el orden jurídico, político y social que ha venido a determinar el mandato en materia de protección de la persona en su calidad de usuaria de servicios públicos. Una vez definido este contexto centraré el análisis en el mandato que la Norma Fundamental vigente desde 1994 en Argentina ha impuesto desde su articulado.

Desde hace algunas décadas nuestras sociedades asisten un más que interesante proceso de “revitalización” de las Constituciones.² Así pues, el rol de la Constitución ha mutado desde aquella norma suprema de un sistema de silogismos jurídicos, a un papel central en materia social como luz inspiradora y reguladora de las sociedades contemporáneas, transformándose en modo sustancial e incorporando los principios del derecho en su articulado.

Semejante realidad no puede ser soslayada en nuestro análisis por un doble aspecto: a) la constitución es el pilar del andamiaje jurídico de una sociedad. b) en la clasificación tradicional, la constitución es la primer norma de derecho público, ahora eyectada hacia el campo del derecho privado.³

El derecho, cual objeto cultural y neta creación humana, ha evolucionado junto con nosotros. Afirma Zagrebelsky (2008, p. 9) que *“los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del derecho positivo con los que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución.*

La sociedad “de masas”, ya descrita por el filósofo José Ortega y Gasset (1996, p. 46) en cuanto a su volumen, a partir de las revoluciones industriales ha experimentado en los últimos dos siglos, y fuertemente luego de la Segunda Guerra Mundial, un vertiginoso desarrollo que dio lugar a la economía de gran escala incremento de la población, procesos de urbanización, aumento desmesurado del consumo y de la producción. Nos interrogamos: ¿Cómo se fue adaptando el sistema político y jurídico a esta realidad?

La industrialización, la mercadotecnia y la economía a escala han dado origen a superestructuras sociales compuestas por un conjunto de relaciones intersubjetivas de diversa naturaleza. Los procesos de producción, la cadena de comercialización que llega hasta el ignoto consumidor o usuario componen un segmento de relaciones sociales de consumo que han sido especialmente captadas por el derecho en las últimas tres décadas

En este punto me detendré, puesto que vamos a ver cuáles son las respuestas que la ciencia del derecho ha venido elaborando y construyendo

² En el caso de Europa a partir de las Constituciones de posguerra de Alemania, Francia y más tardíamente España y en Argentina desde 1994.

³ A los fines prácticos y expositivos, conservamos esta clasificación por el momento.

desde diversas perspectivas para sostener la protección de los derechos fundamentales del hombre en estos nuevos escenarios. En ese contexto se ubicará el tema que aquí abordo: la tutela constitucional del usuario de servicios públicos en Argentina.

Asistimos a un cambio de paradigma que ha modificado conceptos fundamentales del modernismo político tales como las nociones de soberanía nacional y específicamente estado de derecho. Ha operado una transformación de este último hacia una forma mayor: el denominado “estado constitucional”. Sin lugar a dudas, un avance en la evolución de la teoría política con hondo impacto en el ámbito jurídico constitucional.

El desarrollo de los conceptos de soberanía en la ciencia política y el estado de derecho en el ámbito de las ciencias jurídicas van inexorablemente unidos; cuestión que se denota toda vez que la cesión parcelada de soberanía a organismos supraestatales, ha venido acompañada de la instrumentos jurídicos, tales como Tratados Internacionales de DDHH, que “positivizaron” los derechos fundamentales del hombre; antes, sólo sostenidos desde la visión del derecho natural.

En el plano del “derecho interno” de los países se redefine el rol de la constitución como instrumento de articulación social irradiadora de principios y valores de cierta flexibilidad, de modo tal de garantizar la realización de las sociedades actuales, caracterizadas por su multiculturalidad y la globalización.

En el caso Europeo, el rasgo unitario de organización política centralizada se erosionó. El rasgo fundamental del derecho público actual es la pérdida de su posición central.

Las sociedades contemporáneas no le asignan a la constitución el rol central de definir el proyecto común, sino el de armonizar los diversos proyectos y asegurar las condiciones de posibilidad de ellos. Se parte de la base sociológica en virtud de la cual ningún grupo social tiene la fuerza para imponerse al resto. La Constitución viene a ser el cuerpo que nos abraza a todos permitiéndonos la realización personal y social, individual y colectiva.

La constitución es la norma madre, base del sistema jurídico nacional que todavía puede ser entendida, conforme los clásicos criterios dogmáticos, como una norma de derecho público.

Es más, la constitución es por antonomasia la norma fundamental del derecho público. Concepto también repensado por autores tales como

Mosset Iturraspe, quienes postulan –con sólidos argumentos, por cierto– que la constitución ha venido a

incorporar en su texto materias y aspectos típicos de las relaciones reguladas por el derecho privado (verbigracia, cuestiones de familia).

De todos modos, la nueva impronta está dada por el rol asignado a la norma constitucional; y en tal sentido sostiene Zagrebelsky que “... : *la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy ha de basarse necesariamente una constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir* (ZAGREBELSKY, 2008, p. 14).

El único contenido sólido de la ciencia constitucional, como lo hemos sostenido en conforme las enseñanzas del autor citado, ha de ser la misma “pluralidad de valores” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 18).

El estado de derecho significó la mudanza del “*machtstaat*” (estado de la fuerza) al *rech staat* (estado de derecho), donde el valor supremo es la erradicación de la arbitrariedad en la actividad estatal e imperio de la ley, entendida como una creación racional emanada de la voluntad popular a través de sus representantes. La ley, la regla jurídica es el instrumento central en todo análisis jurídico. Ejemplo contundente de él, es la confianza decimonónica en los códigos como herramientas esenciales del derecho vigente.

Vale recordar el proceso de “bing bang” legislativo que vino a desmembrar los códigos al compás de la complejización de la trama de relaciones sociales, constituyendo el caso de las relaciones de consumo, ejemplo paradigmático en este sentido.

En la tesis de Otto Mayer estado de derecho significaba: a) supremacía de la ley sobre la administración. b) subordinación a la ley de los derechos de los administrados, solo a la ley c) jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley. Finalmente se entendía al estado de derecho como aquel orientado a la protección de los ciudadanos a los abusos del estado.

El estado de derecho parece reposar en el principio de legalidad en virtud del cual la ley es un acto normativo supremo e irresistible de una verticalidad casi absoluta. La ley es obligatoria con tal fuerza, que se podría sostener que en el sistema jurídico continental europeo (adoptado en gran

parte por nuestra legislación) el estado de derecho no implico el fin del absolutismo regio sino el traspaso o la creación de una especie de absolutismo parlamentario. El eje del poder se trasvaso, pero el fenómeno de concentración no desapareció (ZAGREBELSKY, 2008, p. 13 y ss).

El nuevo estado constitucional implica un cambio genético respecto del estado de derecho aunque prima facie parezca una continuación de él. Es una instancia de evolución muy significativa que viene a poner en primer lugar a la Constitución, pero no como la norma primaria del ordenamiento jurídico positivo en términos positivistas tradicionales, sino como una meta norma irradiadora de aquellos principios y valores que permiten la construcción social plural y armonizadora de las complejas sociedades modernas, caracterizadas en términos de Bauman (2007, p. 109) por su liquidez, relativismo, mercadotecnia y economías a escalas con niveles de producción y consumo jamás conocidas en la historia de la humanidad.

La realidad fluctúa de tal modo con lógicas que se modifican tan vertiginosamente que el mundo de posibilidades escapan a las previsiones del legislador. La ley, otrora garantía de respuestas racionales y absolutas se desvanecen de tal modo que exigen la existencia de un plano supralegal. Y ese es precisamente el constitucional que, de modo integral, abierto, sistemático y flexible permite la articulación de soluciones a la luz de principios y valores que de modo armónico van ofreciendo soluciones y previsibilidad al sistema.

Su propia complejidad y dinamismo lo hace así. Por todo ello ya no es posible hoy razonar deductivamente como en el sistema decimonónico, partiendo del texto legal hacia un número cerrado de soluciones posibles. La exégesis dio paso a la interpretación dentro de un marco que garantiza o pretende garantizar el plexo de derechos fundamentales, hoy positivizados a partir de Pactos Internacionales y las propias constituciones.

También están en crisis las notas de abstracción y generalidad de la ley existiendo numerosas leyes sectoriales y temporales. La ley ya no es reflejo de una sociedad cohesionada o una expresión pacífica de ella. Es más, la ley genera muchas veces inestabilidades. Un claro ejemplo de esta situación es la crisis de la codificación.

La constitución viene a ser el motor inspirador del ordenamiento jurídico cuyos mandatos irradian sobre todo el sistema, pero no del modo lógico tradicional en donde la norma se ubicaba en la cúspide de una pirámide jurídica y sólo era alcanzada a partir del razonamiento lógico –

deductivo inductivo- sino a partir precisamente de la separación de los distintos aspectos del derecho que venían unificados forzosamente en la lógica decimonónica. La relación con la constitución es más abierta, flexible y dinámica. La constitución esta allí, en el caso.

En este sentido la dogmática actual impone la necesidad de que la constitución recopile elementos heterogéneos desde la sociedad, los recoja armonizándolos sin que se sinteticen ni superpongan, no ya funcionando la Constitución sólo como parte de silogismo jurídico sino como un verdadero instrumento sostén y articulador de las realidades sociales diversas y complejas que, en cierto modo, hemos descripto en el primer capítulo. Además, la constitución no es una mera norma jurídica de rango superior a la cual se llega superando escalones (decretos leyes etc) sino que su magna presencia debe impregnar todo el ordenamiento jurídico, compuesto por normas de tipo jurídicas, pero también principios y valores. El mandato constitucional ha de estar allí, cerca del hombre de carne y hueso.

La Constitución de Argentina, en su Reforma del año 1994 adoptó un rotundo un cambio de paradigma, en el sentido que vino a receptar una serie de nuevos derechos y garantías propios del estado social. En este contexto se incorporó un nuevo capítulo –precisamente denominado “Nuevos Derechos y Garantías”. Esta nueva caracterización constitucional se profundiza con los Tratados Internacionales incorporados por el artículo 75 inciso 22.

En el ámbito específico de los usuarios y consumidores se consagró la protección de las diversas facetas de la persona (salud patrimonio y libertad en el mercado) en el marco de las denominadas relaciones de consumo. Se estableció también el deber de regular los monopolios legales y naturales y se incorporó por primera vez la expresión “servicios públicos” en el texto constitucional.⁴

⁴ Expresión que sólo había sido contemplada en la Constitución derogada de 1949. Dice el citado artículo 42: Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Asimismo, conforme lo explica Salomoni (2006, p. 133) otra de las notas distintivas del modelo constitucional contemporáneo es que asistimos a un proceso de transformación de soberanía. Se desdibuja el concepto tradicional del siglo XIX de lo nacional⁵ y nos encontramos en un proceso de conformación de nuevas estructuras.

En este contexto, una de las transformaciones que la doctrina describe se relaciona con el concepto propio de ley en sentido tradicional impactada por la idea de supranacionalidad y la existencia de órganos comunitarios competentes para dictar normas con fuerza obligatoria dentro de un país.

Claro está que el caso más complejo y desarrollado constituye hoy la UE., pero no obstante ello, este proceso ya tiene su paralelo en América y Argentina.

Una de las consecuencias de este proceso consiste en la posibilidad de que tratados supranacionales, internacionales o comunitarios se integren al derecho interno de un país e inclusive se determine la jurisdicción de tribunales supranacionales.⁶ Así por ejemplo, tal como es sabido, el artículo 75 del texto constitucional amplió la gama de derechos de los ciudadanos al incorporar con jerarquía Constitucional una serie de tratados de DDHH con clara supremacía sobre las leyes nacionales y el artículo 75 inciso 24 reguló la posibilidad de que el Congreso de la Nación delegara en órganos supraestatales sus competencias originarias. Esta transformación jurídica también tiene su impacto con relación al usuario.

En este complejo proceso de evolución, la situación del usuario también se ve fortalecida a través del reconocimiento expreso de una serie de derechos fundamentales que se encuentran consagrados en la normativa internacional que goza hoy de jerarquía constitucional. Un ejemplo válido de esta proposición constituye la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en tanto le reconoce a las personas el deber de pagar

⁵ A los fines de ilustrar la crisis de la soberanía, Salomoni recuerda a Cassese cuando postulaba en su artículo "Ordenamientos Internacionales, Organizaciones Supranacionales" en Revista de Actualidad en Derecho Público Ad Hoc. Buenos Aires 1999 P 15, que "...una organización militar multinacional interviene en un conflicto étnico interno de un Estado. Un tribunal de las Naciones Unidas juzga y condena a personas responsables de crímenes de guerra y contra la humanidad, cometidos dentro de su país. Una corte inglesa considera que el ex jefe de un estado extranjero puede ser extraditado y sometido a juicio de una corte española por crímenes contra la humanidad cometidos en su país..." (SALOMONI, 2006, p. 134).

⁶ Se pueden citar como ejemplos de este fenómeno la Convención Interamericana de Derechos con la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y los Tratados de Protección de Inversiones recíprocas y el CIADI.

los impuestos para sostener “los servicios públicos (art.75)”. Se consagra también el derecho a una vivienda “adecuada”, precepto del que claramente se puede inferir el poder de exigir condiciones dignas tales como electricidad, agua potable etc.

La idea de servicios públicos aparece entonces consagrada en el plano supranacional de la constitución de manera expresa y se convierte en una institución de raigambre constitucional a partir del texto citado y del artículo 42 que posteriormente analizaré (SALOMI, 2006, p. 133).

Partimos ya de un concepto mucho más dinámico y abierto del papel de la Constitución, cual estructura de protección operativa de las personas en un contexto de relaciones de poder asimétricas y de positivización de derechos y principios clásicamente ubicados en el ámbito del derecho natural. Aspectos estos sumados el proceso de “supranacionalización jurídica”

La cuestión de la seguridad constituye un tema de amplia cobertura hoy en materia de relaciones entre usuarios y prestadores de servicios. Volveré luego sobre este principio en materia de relaciones económicas de consumo.

Asimismo, el derecho a la seguridad también se encuentra contemplado en el artículo tercero de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra una serie de derechos susceptibles de ser invocados por los usuarios en el marco de sus relaciones jurídicas con empresas concesionarias que explotan una obra pública, e incluso en sus vínculos con el estado. El artículo 21 consagra la protección de la propiedad privada y el 22 el derecho a circular –para, por ejemplo, el caso de las concesiones viales-. De modo expreso también se consagra el derecho a igual trato sin discriminaciones. Estos principios irradian sobre el sistema de concesiones y nutren al usuario de una posición claramente fortalecida.

En este sentido, tal como profundizaré en el siguiente capítulo, se denota la consagración expresa de una serie de principios jurídicos aportados tradicionalmente por el Derecho Público (Constitucional y Administrativo) aplicables a las condiciones de uso de obras y servicios públicos, como lo son (las también garantías del ciudadano) igualdad y la propiedad.⁷

⁷ A partir del principio de igualdad consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Salomoni extrae otra conclusión más que relevante en materia de usuarios: la posibilidad de que el ciudadano invoque una norma de otro estado más favorable a sus derechos. Dice este

Cabe señalar entonces que a partir de las últimas décadas del siglo XX se fue perfilando un nuevo modelo constitucional mucho más activo que consagra a los principios del derecho de forma expresa.

Paralelamente, este proceso constitucional vino acompañado de una globalización del derecho y un cambio en el concepto decimonónico de soberanía del estado, en virtud de la cual se incorporaron al derecho interno de los países un conjunto de normas supranacionales de tipo operativas que vienen a fortalecer los mecanismos de protección de las personas.

En este contexto también se ha visto robustecida la posición del usuario en el marco de las relaciones que entabla con las empresas prestadoras de servicios públicos así como las que explotan obras públicas. El manto de tutela del usuario se amplió sustancialmente a partir del fenómeno de “supranacionalidad jurídica” descrita que, en el caso de Argentina, consagra principios fundamentales como la protección de la libertad, la propiedad, la igualdad y la seguridad.

Pues bien, este es el impacto sobre el usuario desde el punto de vista de la internacionalización constitucional del derecho. Sin perjuicio de ello, en los párrafos siguientes analizaré la otra vertiente de la impronta constitucional en materia de usuarios; me referiré entonces a los alcances del artículo 42 de nuestra Constitución Nacional.

2. El usuario en la Constitución Nacional de Argentina

Analizada en los párrafos precedentes la impronta o cosmovisión constitucional de la cual parto, que en mi análisis constituye ya una piedra angular para describir la realidad jurídica contemporánea, y el impacto que produjo (y produce) la vigencia interna de normas supranacionales,

autor: “...En función de la mencionada adopción, por los países miembros, de la Convención Americana de los Derechos Humanos y de la jurisdicción supranacional de la Corte establecida por ese Pacto, he sostenido que del Orden Público Comunitario que surge del Preámbulo de la Convención y del juego de sus arts. 28.3 y 24, se instaura un sistema tal que, partiendo del principio de intangibilidad de los derechos establecido en el mencionado art. 28.3 y conectándolo al principio de igual protección de la ley –art. 24 de la Convención- para cada individuo miembro de cada uno de esos Estados, que constituye una aplicación del principio general de igualdad, surge el derecho de aquellos últimos de invocar ante la Administración Pública o el Poder Judicial local, la norma más favorable a sus derechos de cualquier estado miembro, la que debe aplicarse como principio emergente del artículo 24. Es decir, la norma material o procesal más protectora de un estado miembro se transforma en un principio general del derecho comunitario, que se traslada al otro Estado miembro a través de la Convención Americana de los Derechos Humanos...” (SALOMONI, 2006, p. 171).

abordaré ahora las prescripciones constitucionales contenidas en el artículo 42 en materia de usuarios y servicios públicos.

Por una parte, la Reforma de 1994 recibió criterios emanados de las ciencias jurídicas – y del derecho comparado- (como la categorización constitucional de derechos en relaciones de consumo), y por la otra, su objetivo fue –y es- generar nuevos escenarios sociales y humanos. Entiendo que la norma busca crear realidades mucho más allá de limitarse a regularlas. Lo ha logrado hasta el momento. Es decir, nuestro artículo 42 es causa y efecto a su vez de una “*nueva realidad jurídica*”. Sus efectos aún se encuentran en proceso y es tarea nuestra y de la jurisprudencia precisarlos.

Se conformó un verdadero estatuto constitucional a partir de la consagración del citado artículo 42 que “positivizó” con rango supremo los derechos de los usuarios y consumidores, creando, tal como lo veremos, un microcosmos jurídico en la materia.

Conforme María Angélica Gelly (2006, p. 462) el citado artículo 42 tiene tres objetivos definidos: protección del consumidor, otorgar garantías a los competidores (libre concurrencia) y procurar la transparencia del mercado; este último a favor de oferentes y demandantes.

Partiendo de lo expresado en la primera parte de este capítulo es dable afirmar que el texto constitucional importó la positivización de una serie de principios jurídicos tendientes a proteger y defender al usuario en un contexto de economía “social de mercado”. Asimismo, el dato relevante es que esta categorización constitucional irradia sobre el todo el subsistema de reglas y principios que regulan a la persona en su faceta de consumidor o usuario. Enfocaré la cuestión desde el punto de vista de este último.

El texto del artículo brinda un trato indistinto a consumidores y usuarios y este aspecto es central, pues su equiparación gira sobre la idea que siempre son personas, sin perjuicio del tipo de relación que entablen con proveedores de bienes y servicios, o la naturaleza de estos.

El citado artículo también fija una serie de principios en materia de regulación de los servicios públicos. Posteriormente me referiré a este tópico.⁸

⁸ La discusión acerca del mandato constitucional en materia de servicios públicos ocupó a nuestra doctrina nacional. Debemos recordar la posición del Salomoni, cuando haciendo un profundo estudio del Derecho Patrio sostuvo que la cláusula de prosperidad consagrada en el artículo 75 inciso 18 constituía una verdadera novedad constitucional y que su contenido importaba nada más y nada menos que el reconocimiento expreso de la titularidad de los servicios públicos en cabeza del estado. Sin negar los posteriores aportes de la doctrina francesa, postula que los servicios públicos en Argentina encuentran su fundamento en el derecho patrio. Esta posición ha sido cuestionada por autores de la

Al margen de la titularidad estatal o no de los servicios públicos, lo cierto es que en la praxis jurídica el estado tiene ahora un mandato expreso, cuyo alcance debe ser delimitado a la luz de una correcta, integral y armónica interpretación del texto constitucional. Este hilo conductor nos ha de llevar hasta la figura central del usuario.

El Capítulo Segundo de nuestra Constitución recogió los denominados derechos de tercera generación, entre los que se ubicaron aquellos vinculados con la materia ambiental, las relaciones de consumo, la participación ciudadana y la expresa regulación del amparo como mecanismo de garantía contemplado en el conocido artículo 43. En el artículo 42 se le dio trato al usuario y a los servicios públicos.⁹

El constituyente creó así un microsistema comprensivo de materias nuevas que tomaron trascendencia social en las últimas décadas. En ese ámbito, encontramos hoy la regulación constitucional que paso a analizar.

La consagración del conjunto de nuevos derechos y garantías significaron un importante cambio con relación al paradigma liberal de 1853 acercando la Carta Magna al concepto de estado social. Explica María Angélica Gelly que *“... la declaración y reconocimiento de los derechos de los usuarios y consumidores implicó una modificación sustantiva en la ideología liberal de la Constitución histórica 1853-60 y hasta la concepción social de la Ley Suprema, incorporada en 1957 con los derechos sociales del art. 14 bis. Dado que, además de los nuevos derechos, la reforma amplió el alcance del amparo y puso en cuestión las categorías de derechos subjetivos, interés legítimo e interés simple. La reforma constitucional implicó en consecuencia, algo más que una mayor protección de facultades personales o colectivas...”* (GELLY, 2006, p. 458)

talla de Juan Carlos Cassagne, quien ha venido proponiendo la tesis del estado subsidiario. De una forma u otra la reforma constitucional del año 1994 incorporó de modo expreso un mandato constitucional en materia de servicios públicos; cuestión que ha venido reforzada con la incorporación de los Tratados DDHH (art. 75 inc. 22) donde por ejemplo, encontramos el Pacto Internacional de Derechos Económicos reconociendo expresamente el derecho a una vivienda adecuada, entre otros.

⁹ Cabe citar el artículo 42: Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Sin dudas, la compleja realidad social de nuestros pueblos, el mundo de las últimas décadas con especial énfasis en los conflictos de naturaleza ambiental, la necesidad de afianzar los lazos entre sociedad y gobierno, el auge del mercado como instrumento para la asignación de la riqueza guiaron al constituyente a la incorporación de estos “nuevos derechos y garantías.”

En ese contexto, la consagración del artículo 42 vino plasmada de forma paralela con lo dispuesto en el ya comentado artículo 75 inc. 22 que le reconoció jerarquía constitucional a una serie de tratados que, tal como lo desarrollé *ut supra*, implicaron un fuerte impacto jurídico en el derecho interno.

El artículo consta de tres párrafos en donde cada uno de ellos impone, en un todo orgánico, un mandato diferente.

En el primer párrafo se establecen materialmente los derechos de los usuarios y consumidores en la relación de consumo: protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

El primer aspecto está dado por el ámbito de tutela: la relación de consumo. El constituyente ha delimitado el alcance de aplicación que posee este microcosmos jurídico, destinado a proteger a las personas en su faceta de consumidor.

Al respecto, la Ley 24240 definió a tal relación desde un criterio amplio.¹⁰ Con base en las prescripciones del artículo primero cabe afirmar que a los fines de la tutela y aplicación de la citada Ley, la relación entre el usuario y el concesionario encuadra en las prescripciones citadas. En sentido genérico, Muratorio, en concepto que comparto explica que claramente que *“... en el ámbito del derecho administrativo, se entiende que se denomina usuario a la persona física o jurídica que utiliza y es beneficiaria de un servicio público...”* (MURATORIO, 2006, p. 297).

¹⁰ la Ley 24240 de Defensa del Consumidor dice Art. 1 Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Art. 3 Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley Nº 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. (Artículo sustituido por art. 3° de la Ley Nº 26.361 B.O. 7/4/2008).

Lo expuesto no implica subsumir el vínculo del usuario a una típica relación de consumo del derecho privado, dado que justamente sostengo que ello importaría negarle validez y vigencia a un vasto universo de reglas y principios aportadas por el derecho público. El derecho se transformó y se fusionaron sistémicamente el derecho privado y público en aras de proteger a la persona.

Ha de notarse que la ley 24240 dice consumidores “o” usuarios, pareciendo no distinguir antológicamente ambos conceptos. Asimismo, la Constitución de 1994 utiliza la palabra “y” para unir estos términos. El texto de la Ley, de entera aplicación al campo de las públicas, otorga mismo trato a consumidores y usuarios.

Allí se plasma una simbiosis jurídica: el derecho privado que viene a cubrir y a integrarse con el público a fin de resguardar al ciudadano. Esta simbiosis tendrá impactos prácticos y no se agota en la mera retórica. Ejemplo de ello lo puede constituir la aplicación de principios y normas protectorias regladas en contratos de concesión y pliegos, el Código Civil y Comercial unificado o la Ley de Defensa del Consumidor. La cuestión de las tarifas, las sobrefacturaciones o las condiciones del servicio. En todo caso, quedará en poder el operador jurídico la aplicación de esta verdadera red simbiótica sostenida en el mandato constitucional que describo.

El derecho de hoy no puede hacer distinciones superfluas o fútiles (entre normas jus-publicistas y privatistas), sino qué, como subyace la necesidad de fortalecer la posición de la persona ante un mercado asimétrico, cabe asimilarlas a los fines de la aplicación de normas y principios jurídicos consagrados por ambas categorías del derecho en los aspectos compatibles.

Como vemos la protección del usuario y consumidor se extiende a todas las facetas de la persona humana, entendida esta como un ser integral. La tutela es económica patrimonial, física y luego espiritual.

Al decir de María Angélica Gelly, la protección se abre en dos nítidos campos jurídicos: por un lado el patrimonial, en donde encontramos la consagración protectoria de los intereses económicos, la libertad de contratación, trato digno e igualitario y seguridad personal; y por el otro, en el ámbito de los derechos de tipo personal, encontramos el resguardo de la salud y seguridad.

La cuestión de la seguridad como materia protegida constitucionalmente, unida a los preceptos de la ley 24.240 ha dado fundamento a la

actual tesis de responsabilidad objetiva en materia de daños y perjuicios sufridos por usuarios y consumidores en relaciones de consumo, cuestión que analizaremos oportunamente al tratar los criterios que la Corte Suprema de Justicia de nuestro país viene sosteniendo en los últimos años.

La libertad de contratación es un principio aquí recogido que posee un alto impacto en aspectos económicos de la relación y responde a un modelo filosófico político donde la libertad constituye un valor fundante. Asimismo, la centralidad de la persona requiere o exige que la libertad en todas sus vertientes se encuentre garantizada. El trato digno e igualitario también apunta a resguardar la libertad, prometiendo y consagrando con ello a la persona como centro de tutela jurídica, sin distinguir la naturaleza pública o privada de las relaciones jurídicas que estas sostengan.

Claro está que el derecho a una información adecuada y veraz también constituye un pilar de este subsistema tutelar, porque sólo mediante la obtención de la información en esos términos, existirá un pleno ejercicio de la libertad del consumidor o usuario. Como haré notar en el siguiente capítulo cada uno de estos derechos de jerarquía constitucional se plasma expresamente en reglas concretas aportadas por ramas del derecho en esto que gráficamente ubico como la “simbiosis”.

El primer párrafo consagrador de derechos fundamentales de las personas en sus relaciones de consumo se complementa con el párrafo subsiguiente.

En segundo término el constituyente estableció que las autoridades deberán proveer a la protección de los derechos enunciados en la primera parte del artículo.

En tal sentido, la expresión “autoridades” debe ser interpretada en sentido amplio, por lo que está referida a la administración pero también a los legisladores y a los magistrados. Pero además ensancha el mandato y determina los siguientes objetivos: a) la educación para el consumo;¹¹ b) la

¹¹ La cuestión de la educación de los consumidores se encuentra expresamente contemplada en la Ley 24.240. A los fines ilustrativos, me permito aquí citar los artículos pertinentes: Artículo 60. — Planes educativos. Incumbe al Estado nacional, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las provincias y a los Municipios, la formulación de planes generales de educación para el consumo y su difusión pública, arbitrando las medidas necesarias para incluir dentro de los planes oficiales de educación inicial, primaria, media, terciaria y universitaria los preceptos y alcances de esta ley, así como también fomentar la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y usuarios y la participación de la comunidad en ellas, garantizando la implementación de programas destinados a aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa, tanto en zonas rurales como urbanas. (*Artículo sustituido por art. 30 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008*) Artículo 61. — Formación del Consumidor. La formación del consumidor debe facilitar la comprensión y utilización de la información sobre temas inherentes al consumidor, orientarlo a prevenir los riesgos que puedan de-

defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; c) el control de los monopolios legales y naturales; d) el control de la calidad y eficiencia de los “servicios públicos” y e) la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores.

La tercera parte del artículo 42 se dirige directamente al Congreso Nacional. Ordena la norma que el congreso deberá: a) establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos; b) sancionar los marcos regulatorios de los servicios públicos que sean competencia de la Nación; c) prever la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control.

Con respecto a esta última parte, corresponde señalar que el mandato constitucional define los alcances del rol del estado en materia de servicios públicos al imponerle el deber de dictar los marcos regulatorios pertinentes. En materia de concesiones viales ello no ocurrió.

Apunta Uslenghi, en criterio que comparto, que la obligación del Congreso de dictar los marcos regulatorios y el imperativo de que las autoridades garanticen calidad y eficiencia en las prestaciones, generan la convicción de que en nuestro sistema jurídico, la titularidad de los servicios públicos es estatal. La publicatio viene a otorgarle al estado la responsabilidad de prestar en debida forma estas actividades denominadas servicios públicos (USLENGHI, 2006, p.30).

En lo que específicamente aquí nos interesa, el constituyente pone en cabeza del congreso la responsabilidad del dictado de leyes (formales) sobre cada uno de los servicios públicos; creando los marcos regulatorios de cada uno de ellos. Se pretende así la uniformidad regulatoria.

rivarse del consumo de productos o de la utilización de los servicios. Para ayudarlo a evaluar alternativas y emplear los recursos en forma eficiente deberán incluir en su formación, entre otros, los siguientes contenidos: a) Sanidad, nutrición, prevención de las enfermedades transmitidas por los alimentos y adulteración de los alimentos. b) Los peligros y el rotulado de los productos. c) Legislación pertinente, forma de obtener compensación y los organismos de protección al consumidor. d) Información sobre pesas y medidas, precios, calidad y disponibilidad de los artículos de primera necesidad. e) Protección del medio ambiente y utilización eficiente de materiales. (*Artículo sustituido por art. 31 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008*) Artículo 62. — Contribuciones Estatales. El Estado nacional podrá disponer el otorgamiento de contribuciones financieras con cargo al presupuesto nacional a las asociaciones de consumidores para cumplimentar con los objetivos mencionados en los artículos anteriores. En todos los casos estas asociaciones deberán acreditar el reconocimiento conforme a los artículos 56 y 57 de la presente ley. La autoridad de aplicación seleccionará a las asociaciones en función de criterios de representatividad, autofinanciamiento, actividad y planes futuros de acción a cumplimentar por éstas.

El fundamento del criterio recogido aquí por el constituyente es claramente explicado por autores como Agustín Gordillo cuando sostiene que la definición de una actividad como servicio público, con las consecuentes restricciones a los derechos de los particulares –sobre todo en la dinámica del mercado- y el reconocimiento de prerrogativas que para el poder público implican no puede quedar supeditado a la mera voluntad del órgano administrativo, sino que debe obedecer a una decisión de puro corte legislativo; ello, en salvaguarda de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Cuestiones tales como el otorgamiento de licencias o concesiones, monopolios y controles de los servicios públicos, así como restricciones a derechos fundamentales como la participación libre de usuarios y competidores en un sector determinado de la economía deben encontrar jurídicamente bases legislativas.

Recuerda Gordillo importantes precedentes de la Corte I.D.H. cuando sostuvo : “... Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido en la Constitución...”¹²

Seguidamente recoge un brillante concepto jurisprudencial de ley cuando la misma Corte señaló que se entiende por leyes a “la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes, pues el principio de legalidad las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables...”¹³

Por su parte, el deber de establecer medios eficaces de resolución de conflictos habilitaría a reconocerle a los entes reguladores tales facultades. No obstante ello cabe aquí traer a colación el ya célebre precedente “Angel Estrada”¹⁴ en virtud del cual se le negó a los entes reguladores el ejercicio de facultades jurisdiccionales.

¹² ¹²Opinión Consultiva 6/86 citada en (GORDILLO, 2006. VI-15)

¹³ ¹³ Opinión Consultiva 6/86 y 8/87 citada en Gordeien obra citada P. VI-15

¹⁴ ¹⁴ Angel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750-002119/96) www.csjn.gov.ar (consultada 10/2/2010)

La participación de los usuarios, prevista en la última parte del artículo, se enmarca en una tendencia de las últimas décadas del siglo pasado que pretende lograr un mayor grado participación política y administrativa de los ciudadanos (CASSAGNE, 2005, p. 153).

En el caso específico de los usuarios de obras y servicios públicos se plantean dos cuestiones: la primera es el debate acerca la necesidad o no de que estos integren los cuerpos directivos de los entes de control. En el caso de las concesiones viales, su estructura organizacional no prevé tal tipo de participación. Me remito a lo comentado en ocasión de analizar este tema en el capítulo tercero.

La segunda tiene que ver con la exigencia de que se realicen audiencias públicas en los procesos de tomas de ciertas decisiones (por ejemplo un aumento de tarifas). Tal como lo vimos en su oportunidad las audiencias públicas están hoy expresamente reguladas por el Decreto 1172/03.

Este reglamento vino a cubrir un importante vacío legislativo y reguló dos grandes mecanismos de participación ciudadana: las audiencias públicas y la participación en los procesos de elaboración de normas.

Conforme una primera posición donde se destaca Cassagne, en ninguna parte del texto del artículo 42 de la CN se menciona ni siquiera de forma implícita el derecho de participación pública de los usuarios. De allí que según su opinión tampoco es exigible la realización de las audiencias, salvo en los supuestos en los que la norma legal expresamente las prevea.¹⁵

En la posición contrapuesta –que comparto– está Gordillo quien postula que la audiencia pública constituye una garantía constitucional del usuario y dice enfáticamente *“... La modificación de la tarifa requiere de una audiencia pública para la defensa de los usuarios, junto con la intervención del defensor de pueblo. Este requisito, exigido expresamente por la ley en materia de gas y energía eléctrica, es en verdad de naturaleza constitucional y corresponde ser aplicado en todos los servicios privatizados haya o no norma legal o reglamentaria que la requiera en el caso del servicio específico del que se trate...”* (GORDILLO, 2006, p. 20)

Asimismo, también es propicio recordar que la Cámara Contenciosa Administrativa Federal, en fallo luego revocado por la Corte Suprema de Justicia que declaró abstracta la cuestión, había decretado la nulidad de un aumento telefónico realizado sin la correspondiente audiencia pública.¹⁶

¹⁵ Tal sería el caso de los marcos regulatorios del gas y la energía a través de las leyes 24.076 y 24.056.

¹⁶ Entre sus principales argumentos, dijo el Tribunal: *“... Que, en tales condiciones, es adecuado*

Finalmente, cabe hacer una mención a las garantías procesales tendientes a efectivizar judicialmente mediante acciones colectivas o individuales – como la Acción de Amparo contemplada en el artículo 43- la tutela de estos derechos.

En este aspecto especial lugar ocupa la consagración en la “Carta Magna” de las denominadas asociaciones de defensa de usuarios y consumidores; materia que ha dado origen a interesantes debates doctrinarios

interpretar que el instituto de la audiencia pública (que, tras la Reforma del Estado dispuesta en virtud de la ley 23.696, resulta previsto en las leyes regulatorias de los servicios públicos de transporte y distribución de la electricidad y del gas y en el mentado dec. 1185/90) constituye uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos contemplados en el mentado artículo 42 de la Constitución Nacional. Ello es así porque la realización de una audiencia pública no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino que --en lo que hace al "sub examine"-- resultaría una vía con la que podrían contar los usuarios para ejercer su derecho de participación en los términos previstos en el invocado art. 42 de la Constitución Nacional antes de una decisión trascendente. 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). XXIX. Que, en efecto, un nuevo estudio de la cuestión debatida en autos (con la mayor amplitud que permite el presente estado procesal) impone una aclaración de los términos vertidos provisionalmente en la oportunidad en que se decidió la medida cautelar decretada en autos. No puede dejar de advertirse que lo insoslayable es la necesaria participación de consumidores y usuarios con carácter previo a la toma de decisiones como la aludida en el "sub lite". El instituto de la audiencia pública no es sino uno de los medios a través de los cuales podría tener lugar dicha participación. Así, este tribunal entiende que en el presente estado de cosas la adopción de tal mecanismo para hacer viable la aludida participación resultaría la más adecuada. Esta interpretación se condice con los objetivos tenidos en mira por la Secretaría de Comunicaciones al dictar la res. 57/96, por la cual se aprobó el Reglamento General de Audiencias Públicas y Documentos de Consulta para las Comunicaciones; y, en cuanto a la trascendencia del acto a dictar y a la necesidad de convocar una audiencia pública, también concuerda con lo dispuesto en el art. 6º de la ley 24.076 y lo que surge del inciso g del art. 28 del anteproyecto de ley 1672/96 presentado el 28 de agosto de 1996 por el senador Vaca y otros. Sin embargo, 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 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...” Asimismo, agregó en su voto el Dr. Uslenghi: “... Que, por último, y a mayor abundamiento, no puede desconocerse la circunstancia de que la solución a la que se arriba en los considerandos precedentes es la que mejor se compadece con el nuevo texto de la Constitución Nacional, así como con el espíritu del cual estaba imbuido el constituyente reformador del año 1994. En efecto, tal como resalta el Estado nacional, tras la aludida reforma constitucional no se ha abandonado la forma representativa de gobierno consagrada en el art. 1º de la Constitución. Mas ello no puede llevar a ignorar las circunstancias de que en ésta se han incluido (en sus arts. 36 al 43) una serie de nuevos derechos y garantías para los ciudadanos y de que en aquélla se han abierto nuevos cauces para su participación, adoptándose figuras de democracia semidirecta. En tal sentido, no cabe duda de que la profundización del sistema democrático de gobierno, en nuestros días, pasa por asegurar con canales jurídicos idóneos la articulación de la voluntad ciudadana, y por promocionar una expresión más de ella (confr. Alejandro J. Uslenghi y Walter O. Gatti, "Aportes para una teoría de la participación administrativa", R.A.P., 162-40..."Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV Caso Youssefian, Martín C/ e.N. -Secr. De Comunicaciones S/ Amparo Ley 16.986 Causa: 22.776/97 de fecha 23/06/1998.

en cuestiones tales como legitimación procesal y alcance –oponibilidad- de resoluciones judiciales y las acciones de clase.

En este aspecto, toma relevancia en pleno el artículo 43 (Acción de Amparo y Hábeas Data) que debe ser integralmente interpretado con el principio de “tutela judicial efectiva”, emanado hoy de modo contundente del Artículo 75 inciso 22.¹⁷

A modo de sintética reflexión con relación al espíritu e ideología del artículo 42 descripto, me permito seguir Gelly, (2006, p. 469) y afirmar que la norma contenida en el citado artículo es por demás compleja.

En primer término se destaca su faceta “liberal” puesto que tal como reza el artículo, se prevé tutelar la libre competencia en los mercados y regular los monopolios legales y naturales y dictar marcos regulatorios de los servicios públicos a los fines de garantizar su eficiencia y calidad. Este último concepto presupone prestaciones a cargo de empresas privadas y no del estado directamente. Asimismo en el mismo artículo se denota el rasgo social, el cual viene dado por el deber de proveer a la educación del consumidor y a la instrumentación de mecanismos de participación de usuarios y consumidores.

De lo expuesto surge la especial complejidad de esta norma que marca un antes y un después en materia de protección y consagración constitucional de las personas en nuestra condición de usuarios.

3 Breve excursus acerca de la “consagración constitucional de los servicios públicos:

La importancia de esta cuestión radica en las estrechas relaciones que se hay entre las concesiones viales y los servicios públicos. En efecto, tal como lo describí en el primer capítulo, la concesión de obra pública fue muchas veces confundida con la de servicios públicos- y viceversa-.

Lo cierto es que el caso que aquí me ocupa (concesiones viales) se enmarca en la concesión que recae sobre una obra pública, pero al mismo tiempo, el plexo regulatorio estableció expresamente que la concesión vial

¹⁷ Así por ejemplo el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Deberes del Hombre consagra el “derecho a la justicia” estableciéndose el derecho a toda persona a concurrir a los tribunales a hacer valer sus derechos. Asimismo, disponer un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare...” De modo concordante el artículo octavo de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos consagra las denominadas garantías judiciales. Normas que inspiran la aplicación directa de la tutela judicial efectiva como garantía constitucional innegable.

constituía también un servicio público. Esta cuestión ya fue analizada en el primer capítulo. Asimismo, del contrato de concesión y los reglamentos anexos aprobados por medio de la Resolución 2746/09 D.N.V. surge que a la concesión de obra pública la acompañan una serie de servicios a cargo del concesionario que deben ser prestados en condiciones de regularidad, continuidad e igualdad.

En sus orígenes, todo lo atinente al plano económico, materias tales como el comercio, la propiedad y las contrataciones respondió a la cosmovisión liberal. Fue así que a partir de los 14 y 17 se consagraron una serie de derechos estrechamente vinculados con esta visión filosófica política, en donde el único límite a los derechos y autorización para la injerencia del estado estaba dado por el ejercicio del poder de policía; el cual, fue interpretado mucho tiempo de modo restringido.

El sistema constitucional se veía reflejado en las normas contenidas en los Códigos Civil y Comercial, donde la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad constituían los pilares del sistema. Recordemos el viejo Código Civil de Velez en donde el derecho de propiedad alcanzaba incluso la posibilidad de destruirla, así como la noción del contrato como la más pura manifestación de la libertad y autonomía de la voluntad, partiendo claro está, de un supuesto pie de igualdad entre los contratantes.

Ahora bien, hemos sostenido que el derecho evoluciona, y en tal sentido en 1957 nuestra Constitución reconoció derechos sociales (art. 14 bis), incorporando elementos del estado social de derecho a nuestra cultura constitucional (1853-60) liberal.¹⁸

Finalmente, con la reforma de 1994 se reconocieron una enorme gama de derechos fundamentales contemplados en el capítulo segundo (Nuevos Derechos y Garantías) y en los antes mencionados Tratados DDHH.

Con relación el rol estatal en el ámbito de los servicios públicos, si bien no define la cuestión de la titularidad o no pública de estas actividades, determina claramente el rol de los poderes públicos cuando expresa *“las autoridades proveerán al ... control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos”* y posteriormente el tercer párrafo cuando establece que la legislación establecerá los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional previendo la necesaria participación de usua-

¹⁸ Ver GELLY, María Angélica. 2006. p. 459

rios y consumidores y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

A la luz del texto constitucional se puede afirmar que el constituyente de 1994 ha definido una línea clara en la materia, fijando estándares dentro de los cuales los servicios públicos deben ser prestados bajo la noción de accesibilidad democrática y participativa con calidad e igualitarismo, noción más amplia que la noción clásica de igualdad. Los servicios públicos constituyen verdaderos instrumentos de igualación social y es por ello que son retirados del mercado para convertirse en actividades “públicas”.

Se incorpora por primera vez la expresión “servicios públicos”, institución clásica del derecho administrativo fuertemente debatida

El artículo 42 fija una política jurídica constitucional que ha importado un salto cualitativo en la materia, toda vez que nuestra norma fundamental ha pasado del silencio absoluto a determinaciones expresas en materia de servicios públicos; obedeciendo como lo sostuvimos anteriormente, a criterios más propios del estado social de derecho que al típicamente liberal.

El artículo 42 debe ser armónicamente interpretado con el artículo 75 inciso 22, que a través de los diversos Tratados Internacionales que gozan hoy de jerarquía constitucional en nuestro país, han reconocido a los ciudadanos el derecho a un “nivel de vida adecuado” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25), complementándose expresamente con el artículo 12 del Pacto internacional de Derechos Económicos, en tanto su artículo 11 expresamente consagra lo siguiente: “... *Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados*”

Se define un rol activo del estado en el ámbito de los servicios públicos. Su fundamento político social, radica en que en países como el nuestro

con realidades sociales tan diversas y opuestas, los servicios públicos domiciliarios cumplen también una función de justicia social. Así, el fácil acceso al agua, la electricidad, el gas y las comunicaciones contribuyen a igualar los puntos de partida respondiendo a criterios de equidad y justicia distributiva, desde una concepción social del estado.¹⁹

¹⁹ Explica Alejandro Perez Hualde (Marco Regulatorio de los Servicios Públicos 2008. P.2.D Carrera de

No obstante lo sostenido en el párrafo anterior, el artículo 42 también sería viable en una sociedad con mejores indicadores de igualdad social, toda vez que en sí misma, la situación de consumidor o usuario de bienes o servicios públicos, importa una relación jurídica económica – generalmente- con proveedores de mucha mayor fuerza en el mercado.

4. Conclusión

Existe un doble fundamento para que la reforma de 1994 adoptara una política constitucional en materia de servicios públicos: por un lado, un mandato que le reconoce al estado un papel activo en esta materia con la finalidad de garantizar el igualitario acceso a los servicios públicos (como instrumento de nivelación social), pero por otra parte, la necesidad de equilibrar las asimetrías económicas y técnicas generalmente existentes entre los grandes proveedores y oferentes del mercado con sus consumidores y usuarios. Ello, bajo el paradigma protectorio de la persona que en su rol de usuario ha dejado ya de ser un verdadero “convidado de piedra”.

Lo citado refleja un compromiso social del constituyente que pone al estado, a través de sus tres funciones (ejecutiva, legislativa y judicial pues la voz autoridades deberá ser interpretada en amplio sentido) en el deber de asegurar condiciones de calidad y eficiencia en materia de servicios públicos, regulando por primera vez de modo expreso a la institución así como que posteriormente pasa a jerarquizar a la figura de los usuarios, creando tal como lo veremos, un verdadero estatuto constitucional sobre este y las denominadas relaciones de consumo.

Como consecuencia de lo expuesto, claro está que el constituyente de 1994 perfiló un rol del estado en materia de servicios públicos y fijó como pauta rectora el equilibrio entre el estado y el mercado, asignándole al primero un rol fundamental en la preservación de la institución y la titularidad sobre esta. Este mandato se inserta en una noción activa de la norma constitución, más cercana a la realidad entendida como un factor

Especialización en Derecho Administrativo. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE, Biblioteca de Posgrado) que “... La determinación de la Convención Constituyente de 1994 de incluir a los servicios públicos en el texto constitucional importa una decisión de alto contenido ideológico político. Implica, sin duda, un compromiso con un concepto de estado pro activo a la defensa de aquellos sectores débiles de la sociedad que necesitan de un especial régimen jurídico de protección que les garantice el acceso a la satisfacción de determinadas necesidades de naturaleza económica...”

de cohesión social que armoniza lo individual con lo colectivo en una mirada largamente superadora.

Paralelamente conjugó la centralidad del ser humano y contempló una serie de derechos básicos en poder de los usuarios para asegurar su protección en el marco de las relaciones de consumo, así como las condiciones de acceso digno y eficiente a lo que se supone son prestaciones indispensables para asegurar el bienestar general. Plasmó un estado presente, no prescindente fijando las directrices señaladas.

Así las cosas, por un lado la norma fundamental del Derecho Patrio ha venido a garantizar un estatus mínimo en el campo de los servicios públicos en lo referido a la calidad y eficiencia como instrumentos de equidad social, todo ello sustentado en una visión hasta humanista en la política constitucional, y por el otro no menos cierto es que este conjunto de postulados ha venido acompañado de la jerarquización de los derechos de las personas en su faz de consumidores y usuarios. Un aspecto sin el otro, claro está, no tendría sentido ni se podría sostener racionalmente.

La sociedad de consumo, caracterizada por asimétricas relaciones económicas que se multiplican constantemente con la ayuda de la tecnología, demandó en los últimos años del siglo XX soluciones acordes a las nuevas realidades.

En aquel contexto, nuestro artículo 42, al margen de delinear un criterio acerca del rol estatal en materia de servicios públicos, definió con precisión la creación de un verdadero estatuto constitucional referente a usuarios y consumidores, partiendo del antiguo principio “favor débiles” emanado del otrora “favor debitaris” que lo fortalece haciendo a un

lado la sempiterna separación teórica entre el derecho público y el privado.

Referencias

Angel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 – Sec. Ener. y Puertos. (Expte. N° 750-002119/96) www.csjn.gov.ar (consultada 10/2/2010).

BAUMAN, Sigmunt. **Vida Líquida**. Paidós. Buenos Aires: Paidós, 2007.

CASSAGNE, Juan Carlos. La participación pública en el ámbito de los servicios públicos. *En*: CASSAGNE, Juan Carlos; ORTIZ, Gaspar Ariño. **Servicios Públicos, regulación y renegociación**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

GELLY, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: Comentada y Actualizada. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2006.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Fundación Derecho Administrativo, 2006.

GORDILLO, Agustín. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: T I. Fundación de Derecho Administrativo, 2006.

MURATORIO, Jorge I. La situación jurídica del usuario de servicios públicos. *En*: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Servicio Público y policía**: el Derecho. Buenos Aires: 2006.

SALOMONI, Jorge Luis. El servicio público en los países del MERCOSUR. *En*: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Servicio Público y Policía**: el Derecho. Buenos Aires. 2006.

USLENGHI, Alejandro. El servicio público como categoría constitucional. *En*: **Servicio Público y Policía**: el Derecho. CASSAGNE, Juan Carlos Cassagne (Dir.). Buenos Aires, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil: La Ley, derechos, justicia. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.