

ANTEPROYECTO DE RÉGIMEN DE SERVICIOS PUBLICOS Y DE SUS ORGANISMOS DE CONTROL

1. Prácticamente no hay especialista en derecho público económico, ni en gestión pública, ni economista, que no se ocupe del problema de seleccionar al gestor que mejor pueda agenciar los intereses de la sociedad: la actividad pública, la privada o la mixta.

Y se constata que hay normativas jurídicas, muchas de ellas constitucionales, que presentan unas exigencias de carácter social que impiden la instauración de las consignas del liberalismo dogmático, viniendo por lo general acompañadas de indicaciones que obligan a que las instituciones públicas actúen aplicando principios de economía, eficiencia y eficacia en los procesos de construcción de políticas públicas, ampliadas a todas las actuaciones de la Administración en sus diferentes órdenes territoriales, logrando muchas veces que se vean involucradas en procesos de regeneración, de cambio, aplicando un novel sistema operativo público: la nueva gestión pública.

Su objetivo debe ser la consecución de un sector público que opere en aquellas áreas donde no exista un proveedor más adecuado, y lo realice de forma eficiente y eficaz; y que compite o colabora con el sector privado, allí donde es posible, siempre con el objetivo de satisfacer las necesidades públicas, realizando, además, reestructuraciones internas encaminadas a eliminar la mala burocracia, la adopción de procesos más racionales, una mayor autonomía en la gestión, etc.

Pero todos estos cambios carecen de fuste si no existe un riguroso control que permita contrastar la bondad de la gestión. Para ello, deben perfeccionarse los tradicionales sistemas de control orientados hacia la verificación del cumplimiento sólo de la legitimidad, encaminándose asimismo a comprobar la observancia de los principios -ya enunciados- de economía, eficiencia y eficacia.

Ahora bien, como los modelos de acción pública económica no pueden ser simples, ni deberían basarse sólo en la retórica, la combinación pragmática de soluciones funciona mejor. Por eso, la nueva gestión pública debe extraer las ideas claves de distintos enfoques teóricos, analizando sus características y

aplicando aquellas que le permitan conseguir la intervención más adecuada al bienestar de la sociedad en general; ello le permite no rechazar unas preferencias de actuación frente a otras por mera ideología, sino en función del análisis de las distintas alternativas posibles.

2. Desmenuzando la gestión en materia de servicios públicos, es menester diferenciar las siguientes tareas y sus respectivas competencias, conforme a las normas y principios que incluso suelen receptor las constituciones políticas:

- a) planificación y establecimiento de políticas (atribución de los denominados “poderes políticos”),
- b) regulación (competencia de los mismos “poderes”),
- c) otorgamiento de los títulos habilitantes (a cargo del Poder Ejecutivo),
- d) prestación de los servicios (estatal, particular o mixta), y
- e) control público sobre los actores del sistema, que corresponde en principio a los organismos de control (mal llamados “entes reguladores”), alcanzados también por la fiscalización de órganos del sector público.

Todo ello, sin perjuicio del control judicial en su caso.

3. Conviene destacar que la diferencia entre control y regulación se advierte cuando se toman en consideración las notas características de ésta:

- a) la regulación es una acción diferente y exterior a la actividad regulada,
- b) es principalmente una restricción a las facultades del regulado,
- c) sobreentiende un modelo, que es la conducta que se desea adopte el regulado,
- d) tal conducta está contenida en la norma o principio regulatorio y la verificación de su cumplimiento es la tarea de control, y
- e) el quehacer regulatorio se desarrolla en un proceso permanente, dinámico, de ajuste, lo que se advierte con claridad en la prestación de los servicios públicos cuyas notas -especialmente la regularidad y la continuidad- son los datos correlativos.

Por otra parte, siendo la regulación externa, no comprende la “autorregulación” o los “códigos de conducta”.

4. No es poco común la existencia de riesgo regulatorio, fundamentalmente por razones de inseguridad jurídica, afectándose entre otros asuntos algo fundamental como son las inversiones.

Bien se ha señalado que la seguridad jurídica es concluyente al tiempo de invertir. Sin reglas y conductas cristalinas y persistentes, los flujos de comercio e inversión se tornan más riesgosos. Desde la óptica privada, todo acto gubernamental en relación a esas reglas debe ser previsible y estable, más cuando los países están obligados a cumplir con sus compromisos de política económica internacional.

Para construir elevados niveles de confianza, particularmente en quienes son tomadores de decisiones de inversión, resulta fundamental el rol de la seguridad jurídica, a la que nos referiremos “infra”.

5. A esta altura es menester señalar que se estima que el mundo jurídico, el derecho, tiene una composición tridimensional: en él nos enfrentamos con tres órdenes íntimamente vinculados entre sí, pero diferenciables unos de otros: el orden de conductas, el orden normativo y el de los valores o de la justicia.

Esos tres órdenes o ámbitos no se dan como tres objetos yuxtapuestos, sino que, por el contrario, son tres aspectos esencialmente entrelazados de modo recíproco. Efectivamente, se advierte que las normas, creadas por los hombres, se gestan en ciertos hechos y quieren regular ciertas conductas sociales, a la vez que implican el propósito de realizar la justicia, propósito que podrá o no tener éxito, o tenerlo en mayor o menor proporción.

El derecho es, pues, “hecho, norma y justicia”, indisolublemente unidos entre sí en relación de esencial implicación, habiéndose destacado correctamente que toda posición que deje de lado alguno de esos tres ámbitos es sin duda parcial y defectuosa, pues mutila una totalidad en la que todos esos ingredientes están íntimamente interpenetrados; el derecho, el mundo jurídico, abarca lo que dicen las normas, lo que se hace en la realidad existencial y los valores o criterios de justicia.

6. Ahora bien, es evidente que toda comunidad política presenta irregularidades que el derecho positivo u orden normativo no siempre puede

subsano, siendo que la aspiración es por lo común a aguardarlo todo de la normatividad, cuando ésta no es más que un “propio” del orden político - conjuntamente con el poder y el gobierno-, un factor indispensable para instaurarlo y mantenerlo, lo que no siempre se logra.

Cuando la comunidad está en la realidad existencial, en el mundo de las conductas, estropeada por el relativismo moral, la corrupción, la injusticia, el autoritarismo, etc., el derecho positivo puede coadyuvar a restaurar el orden político, pero por sí solo no basta. Ello así, porque es menester que las conductas arraiguen en los principios, que los valores sean vividos en la realidad existencial.

En esos casos de estropicio, se descrea de las normas y de los principios en que se fundan, y también de quienes ejercen el poder político (los gobernantes, en cualquiera de los tres clásicos poderes del Estado).

Esa ausencia de confianza generalizada disminuye la seguridad jurídica, desconfiándose de los marcos o contextos dentro de los cuales se toman las decisiones individuales y se llevan a cabo las interferencias de conductas en la “civitas”.

La seguridad jurídica exige el reconocimiento de la ética, de la dignidad de la persona humana y de la participación de la comunidad en el ejercicio del poder político, pero también de la supremacía de la Constitución del Estado y de la doctrina de la “división de poderes”.

En suma, los componentes fundamentales de la seguridad jurídica son, en primer término, la seguridad física de las personas y la efectiva vigencia de un sistema normativo coherente y sin fisuras, necesitando, además, el funcionamiento de un Poder Judicial transparente y una estructura y un contexto general de completa estabilidad, con particular énfasis en el rol fundamental que le cabe al orden institucional, tanto en el ámbito público como en el sector privado. La seguridad jurídica no aparece en una sociedad transgresora, inmoral o amoral, siendo en verdad un concepto que se proyecta mucho más allá del plano puramente económico, pues apunta al desarrollo integral y sustentable de una sociedad.

7. Nunca es inapropiado insistir sobre la seguridad jurídica. De todos los principios y valores que hacen al mundo jurídico, el de la seguridad jurídica es

uno de los que en mayor medida se vincula con el bien común. Él es de los básicos entre los que permiten que todos los miembros de la comunidad política puedan en ella alcanzar su bien, perfección o fin, en un marco de respeto por la dignidad de la persona humana, de su igualdad esencial con las otras y de su libertad.

Bien se ha dicho que la inseguridad jurídica siempre perjudica al más débil, pues el poderoso política o económicamente tiene los medios para realizar previsiones y evitar sus efectos, pero el hombre común es siempre, tarde o temprano, la gran víctima de la desigualdad irrazonable, la falta de libertad y la pobreza.

8. Debemos también señalar que, lamentablemente, los servicios públicos -especialmente los denominados esenciales- no pocas veces están sufriendo un azaroso estado de embrollo normativo y debilidad institucional, lo cual suscita inseguridad jurídica y pone en riesgo los derechos, particularmente de los usuarios, más cuando tal incertidumbre comienza a advertirse no solo en leyes materiales de emergencia y sus reglamentaciones, sino en el ejercicio cotidiano y efectivo de las funciones más individualizadas de regulación y de control de los servicios.

Cierto es que nada es más riesgoso y perjudicial, pues si bien las normas generales que desconocen derechos adquiridos y normativas válidas son inconcebibles en una democracia, cuando tal desconocimiento proviene de organismos -que debieran ser especializados- creados para conducir el servicio habitualmente, el riesgo se dilata señaladamente, con el consiguiente estropeo de la calidad y la eficiencia que termina aquejando particularmente a los usuarios finales.

Consecuencia de las normativas de emergencia y de la parcialidad en decisiones regulatorias y de control, como asimismo de la insuficiencia de especialización de los operadores estatales, es la inseguridad jurídica, que obviamente produce falta de inversión, con todas sus consecuencias dañosas en el ámbito de los servicios públicos y de la sociedad.

9. Advierte el inciso 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ver artículo 75, inciso 22 de la Constitución

de la Nación Argentina): “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho [...]”.

Es que -habida cuenta de las circunstancias- el bien común puede exigir -al margen de la actividad de fomento (ordenada a promover, facilitar, incitar y proteger la de los particulares en aspectos materiales e inclusive culturales)- una acción estatal multiforme en los campos económico y social (servicios sociales y servicios públicos), la cual puede llegar a que -excepcional y transitoriamente, por aplicación del principio de subsidiariedad- entidades estatales pasen a actuar en las actividades propias de los particulares comprendidas en el principio de la libertad de trabajo, comercio e industria (realización de operaciones bancarias, industrialización y comercio de combustibles, etc.).

Una de las “medidas apropiadas” aludidas en aquel Pacto es la buena prestación de los servicios públicos; y los elementos esenciales de la noción de servicio público son:

- a. La naturaleza de la actividad.** El servicio público es una parte de la actividad administrativa, básicamente industrial o comercial, actividad o función del poder político—mediante la cual se tiende a alcanzar cometidos del Estado, en la especie, de bienestar y progreso social, acciones que si bien no son necesarias al ser del Estado, sino de mera “utilidad”, resultan indispensables para la “buena vida en común”.
- b. El sujeto que lo presta.** La actividad de marras es desarrollada por entidades estatales o por su delegación, en este último caso bajo el control de aquéllas. .
- c. El fin y el objeto.** Tal actividad tiene por fin satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva (la necesidad colectiva no es sino una suma apreciable de concordantes necesidades individuales), mediante prestaciones materiales (es decir, la realización de una actividad de carácter material o el uso de un medio técnico: suministro de energía eléctrica o de agua corriente, utilización del teléfono, transmisión de un telegrama etc.), en especie (esto es, prestaciones de actividades o de bienes distintos del dinero), periódicas y sistemáticas (o sea, su oferta

debe tener cierto carácter de continuidad en el tiempo y de sistematización, por lo que, por ejemplo, no se podría considerar como servicio público la participación de las Fuerzas Armadas en tareas rurales excepcionalmente ordenada por falta de mano de obra), que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el usuario. Es menester restringir la noción de servicio público a aquellas actividades encaminadas a procurar utilidades específicas a determinados habitantes – usuarios -, ya que solo en estos casos se configura la actividad como una prestación en sentido técnico, o sea, una actividad que un sujeto debe efectuar en beneficio de otro, a quien se proporciona una utilidad concreta, y en virtud de una relación jurídica de naturaleza obligatoria intercurrente entre ambos.

- d. El régimen que lo regula.** La actividad está asegurada por un régimen jurídico especial, de derecho público, para permitir que quien la desarrolla pueda atender mejor la satisfacción de las necesidades antes mentadas; pero una prudencial regulación del servicio, al margen de reconocer prerrogativas a quien lo presta, debe suministrar a los administrados o usuarios las armas legales contra los eventuales desbordes autoritarios.

10. Se recuerda a V. H. que debe distinguirse entre “servicio público” y “servicio público impropio” o “virtual”: si bien en ambos casos se trata de actividades básicamente industriales o comerciales, (i) “propio” es aquel que el Estado concede o presta directamente, e (ii) “impropio” el que tiene de común con el “propio” la satisfacción, en forma más o menos continua, de necesidades colectivas, pero sin que el Estado lo preste ni lo conceda, sino que tan sólo lo reglamenta (v. g., farmacias, etc.).

Pero entre ambos existe una diferencia que se traduce en distintos regímenes jurídicos que obstan, por tanto, a una conceptualización única: la posición de los particulares es distinta, ya que mientras en los “servicios públicos impropios” ejercen un derecho individual aunque sujeto a reglamentación, en los “propios” no pueden actuar sino en mérito a una delegación estatal.

Resulta preferible, entonces, atendiendo a los intereses colectivos generales que afectan los denominados “servicios públicos impropios”, calificarlos como “actividades particulares de interés público”.

Cabe acotar que se suele denominar “industria regulada” a la “actividad particular de interés público” cuya prestación es obligatoria, siendo un régimen aplicable a un servicio público que deja de serlo, régimen que es de “autorización reglamentada”

11. Por otra parte, los servicios sociales (p. ej., enseñanza, hospitales, etc.) no se confunden con los denominados “servicios públicos impropios”, ni resulta conveniente englobarlos en el concepto de servicio público, ya que en aspectos fundamentales su régimen es distinto.

En efecto, el distinto régimen jurídico entre el servicio “social” y el “público” – aunque se extienden a aquél la mayor parte de los principios que regulan a éste – deviene de las siguientes notas:

1. El servicio social – a diferencia del público, “propio o impropio” – no es básicamente industrial o comercial, sino que es una actividad dirigida en forma inmediata al mejoramiento de los individuos, especialmente de aquellos que están en condiciones menos favorables; y también, a diferencia de los servicios públicos –donde la prestación es de carácter material y está constituida por la realización de un servicio o el uso de un medio técnico- en los servicios sociales la prestación es distinta y variada: a veces se limita a la entrega de una suma de dinero (jubilación, pensión, subsidio, asignación familiar, etc.) o de cosas materiales (auxilios de ropa, comida, etc.); en otros casos consiste en el cuidado de la persona (asistencia médica, asilo para ancianos, etc.) o en el desarrollo de sus conocimientos (servicios de enseñanza, etcétera).
2. Los particulares no pueden explotar el servicio público sin delegación (concesión o licencia) la cual amplía el campo de aquéllos, por cuanto el servicio público entra en la esfera de acción propia del Estado; en cambio, la autorización – de rigor, por lo común, en los servicios sociales (como en las “actividades particulares de interés público” y en la “industria reglamentada”)– habilita al particular para hacerlo, levantando el obstáculo jurídico que impedía el ejercicio de su derecho, dado que se trata de

actividades que los particulares ejercen por derecho propio –no por delegación estatal-, pero condicionadas a la mentada autorización.

3. En razón de su finalidad, los servicios sociales a cargo del Estado no persiguen fines lucrativos y además son generalmente deficitarios, todo lo cual determina un régimen especial de financiación, puesto que sólo pueden desenvolverse mediante el establecimiento de impuestos o contribuciones especiales; la naturaleza comercial o industrial de los servicios públicos, en cambio, permite una financiación basada en precios o tasas.
4. En el servicio público hay “usuarios”, mientras que en los servicios sociales las personas amparadas, más que usuarias, son “beneficiarias” de ellos.

12. Caracterizando al servicio público la titularidad estatal sobre la actividad y, en su caso, el carácter de mero gestor delegado de quien lo presta por delegación estatal (mediante, v. gr., concesión o licencia), éste queda vinculado a las condiciones de prestación que han sido determinadas por el delegante.

Mediante la delegación (concesión o licencia) se atribuye al delegado un derecho personal y temporario, pero reservándose en todo momento el ente delegante poderes de intervención y control, lo que se explica si se tiene en cuenta que la realización del servicio público constituye un cometido del Estado.

El concesionario o licenciatario gestiona y la Administración controla, siendo el control particularmente intenso y amplio por el inmediato y directo interés público en razón del cual se otorga la concesión o licencia.

Se sigue de lo expuesto que la entrega en concesión o licencia responderá a la ponderación prudencial de conveniencia en mira a la consecución del interés público.

Debe aquí ponerse especialmente de resalto que en la adjudicación de la concesión o licencia la personalidad del concesionario entra como elemento particular (sea por su competencia, su solvencia, etc.).

13. La concesión de servicios públicos es el contrato de la administración en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega a una

persona, temporalmente, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, efectuándose la explotación a costa y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y el control del concedente.

Al concesionario se le otorga el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar el funcionamiento del servicio, o ciertas prerrogativas de poder público; mas la delegación no puede tener más extensión que la justificada por la necesidad de realizar el servicio público según el interés público, que siempre es determinado por el concedente, bajo su vigilancia superior y constante. De ahí las siguientes condiciones de toda delegación hecha en el concesionario:

1. Debe ser determinada, esto es limitada por el objeto y fin de la concesión
2. Es de interpretación restrictiva.

Importando la concesión, entonces, el ejercicio de cierta potestad pública por parte del concesionario, lo coloca en una situación de excepción; y como toda excepción debe ser interpretada restrictivamente, la ambigüedad de las cláusulas respectivas debe resolverse a favor del poder concedente, como representante del interés de la comunidad.

Queda en claro, por tanto, que la delegación que resuelve el Estado debe consignar, en el acto que concrete la concesión, las obligaciones que pesarán sobre el prestador con el fin determinante de satisfacer el bien común. No podrá éste, en consecuencia, incumplir ese cúmulo de deberes, ni los que por la propia naturaleza del servicio van implícitos, como así tampoco pretender beneficios no contemplados en el marco contractual.

14. El Estado tiene el deber irrenunciable de regular, controlar, fiscalizar y, en suma, hacer cumplir al prestador plenamente sus obligaciones, para satisfacer las necesidades de usuarios y consumidores, respetar, resguardar y garantizar sus derechos y, concomitantemente, procurar que los servicios públicos y actividades de interés común sean instrumentos ciertos y concretos que coadyuven al desarrollo del país.

Resulta atinado profundizar lo antedicho. No sería acertado circunscribir el interés comprometido al Estado, los usuarios y consumidores, por un lado, y prestadores, por otro. La problemática referida a los servicios públicos reclama

una visión más abarcadora. Ello es así porque, en verdad, está en juego el interés y bienestar de la ciudadanía en su conjunto. Cada integrante de la comunidad es mucho más que consumidor o usuario. De hecho, muchos ni siquiera lo son, cuando se encuentran sumidos en la postergación y la indigencia. No obstante, por su simple condición de seres humanos son sujetos de derecho y deben ser partícipes de una sociedad que les reconozca esos derechos y pueje para su efectiva concreción en la realidad cotidiana. Desde esa perspectiva, los servicios públicos han de coadyuvar en el engranaje vital de un proceso general de producción y desarrollo, contribuyendo a movilizar y activar recursos humanos y económicos. No pueden ser concebidos como un compartimento estanco, sino como una pieza fundamental cuyo mal funcionamiento repercutirá sobre la comunidad en su conjunto.

Ha destacado la doctrina que: “Las alusiones que aparecen en el artículo 42 - por ejemplo: a la competencia, al control de los monopolios, al consumo, etc.- presuponen la existencia del mercado, lo que no significa - sin más- que la libertad y la competencia en el mercado retraigan la presencia razonable del Estado en este ámbito económico del consumo, de los bienes y servicios. Para nada ha de alentarse ni verse aquí una postura abstencionista del Estado propiciada por el artículo 42, sino todo lo contrario” (y, en efecto, este artículo da rango constitucional a los principios de una verdadera economía social de mercado, donde la competencia es una herramienta para la concreción de los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios), agregando que “Todas las menciones que bajo la cobertura del ‘derecho de los consumidores y usuarios’ se hacen en el párrafo primero, más las puntualizaciones que siguen en los párrafos segundo y tercero, demuestran que el sistema democrático con su plexo de derechos apuntala la presencia del Estado para evitar desigualdades injustas y para mantener - o recuperar, si es preciso- el equilibrio en las relaciones de consumidores y usuarios. Vigilar al mercado, frenar abusos en las prácticas comerciales, y tutelar derechos, hacen de eje a la interpretación que asignamos al artículo 42” (Germán J. Bidart Campos, Manual de la Constitución Reformada, Buenos Aires, 1998, Tomo II, ps. 92 y 93).

15. Por otra parte, no cabe ignorar que los prestadores persiguen legítimamente el lucro a través de su actividad. Es sano, pues, entenderlos sometidos, en el ejercicio de una prestación que voluntariamente escogieron en búsqueda de ganancia propia, al riesgo empresario común a todos los agentes económicos. No obstante, toda vez que por libre elección se colocan como responsables directos e inmediatos frente al interés social, con mayor rigor y diligencia deberán cumplir sus compromisos, actuando con la buena fe exigible a todo colaborador del Estado.

16. Nidia Karina Cicero apuntaba tiempo ha como experiencia –que se mantiene- de la una década de gestión de los organismos de control:

- a) Opacidad en la distribución de funciones de regulación y de control.
- b) Desdibujamiento o retaceo de funciones.
- c) Escasa intervención en la instancia renegociadora de los contratos afectados por la emergencia del 2001.
- d) Carencia de garantías de independencia e imparcialidad.
- e) Pérdida de perfil técnico en los directorios.
- f) Escasa o nula *accountability*.
- g) Papel deslucido en la efectiva protección de los usuarios.

En razón de lo precedentemente expuesto, hemos de exponer a continuación que es lo mejor dentro de lo posible, es decir, que es lo más conducente para que, en el interior del marco jurídico trazado por las leyes fundamentales de la Nación y de la Provincia, puedan respetarse de algún modo los principios en estas materias.

17. La postura que auspicia la absoluta independencia de los organismos de control de las directrices de los órganos políticos del gobierno, es entre nosotros de difícil anclaje constitucional, suponiendo una excepción al principio de ese jaez que proclama la subordinación de la Administración a la ley y su dependencia del Poder Ejecutivo, la que, como toda excepción, debe ser expresa y de interpretación restrictiva.

Compartimos con Julio Comadira la pretensión de “despolitizar” a los organismos de control, sobre la base de que “la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a las tendencias de

sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las metas diarias de la política”, mas respetando el marco constitucional, a tenor del cual pensamos que tales organismos se insertan dentro de la Administración Pública cuya cabeza está en el Poder Ejecutivo, pudiendo disfrutar de una independencia relativa con una técnica de control de tutela o vigilancia jurídica, sin que se rompan del todo los lazos con aquel Poder y el Congreso, manteniendo abiertos los cauces que les permiten influir en el funcionamiento de los organismos en trato, cauces que no existen por ejemplo en el caso de los órganos judiciales.

Lo dicho, sin perjuicio de compartir con Gaspar Ariño Ortiz que los organismos en trato deben ser también independientes respecto del poder económico, de las empresas que actúan en el sector y de los muchos intereses económicos que se ponen en juego.

Creemos, por tanto, que mientras no se cambie el marco constitucional, el esfuerzo debe centrarse en reforzar la descentralización de estas entidades potenciando sus competencias, para lo cual reiteramos en este trabajo algunas propuestas en tal sentido.

18. En la Argentina se advierten tendencias al abandono de la gestión privada de los servicios públicos; y siendo el Estado -pese a las formas empleadas de descentralización- el regulador, supuesto controlador y prestador del servicio público, lo es en general con perjuicio de los usuarios.

Además, no debe perderse de vista que, al declararse prohibida cualquier forma de distorsionar los mercados (art. 42, CN), competencia y subsidiariedad tienen entre nosotros “status” constitucional.

De continuarse la gestión privada -como en principio corresponde, de conformidad con la normativa constitucional precitada- el régimen jurídico debe poner el acento en la calidad y eficiencia de las prestaciones, en el libre acceso a las redes (cuando es posible) y en la competencia, la que debe ser promovida especialmente por el poder regulatorio; y ello, sin perjuicio del control administrativo, al que es preciso reconstruir, para permitir mirar dentro de las empresas que realizan tareas de interés público, y también para garantizar la protección de aquéllas frente a los excesos.

19. La Constitución Nacional, en su artículo 42, ampara con realce los derechos de usuarios y consumidores, por lo común la parte más débil de la relación, sobre todo en los servicios públicos monopólicos; mas ello, sin perjuicio de que corresponde asegurar también los derechos de sus gestores, siendo por ende atribución (esto es, derecho-deber) del Estado garantizar la adecuada prestación del servicio, regulándola y controlándola en orden al bien común, de donde deviene la instauración constitucional de los organismos de control.

20. Funcionando en la Argentina organismos creados por leyes y otros por decretos del Poder Ejecutivo, han traído en principio más eficientemente los primeros; y acentuamos que en nuestro entender, por el artículo 42 de la Constitución al Poder Legislativo le compete la configuración de los "organismos de control".

En el ámbito nacional, existe un ente de control para cada servicio, mientras que en el orden local hay casos con el mismo modelo, y otros en los que los entes tienen a su cargo el control de todos los servicios.

La creación de un único organismo de control nacional sería de, al menos, no muy firme constitucionalidad frente al texto del artículo citado, y -lo que es definitorio- con más inconvenientes que ventajas, por lo que apreciamos debe consagrarse la exclusividad de la fiscalización primaria en cabeza de los -y no del- "organismos de control" que prevé la norma fundamental.

23. El mismo artículo 42 constitucional dispone que la legislación se dictará "previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

Pareciera, en una primera lectura, que en el organismo de control deben estar presentes, en la dirección y decisión, esas asociaciones y las provincias interesadas; pero se ha señalado que, además de las dificultades para la implementación de estas normas, es segura la oposición de los concesionarios, siempre empeñados en su tarea de "captura del ente".

Por eso se ha esbozado la interpretación según la cual cuando la Constitución habla de "participación" nos está indicando que tanto las

asociaciones de consumidores y usuarios como las provincias son "parte" indispensable en los procedimientos que se sigan en esos entes, sobre todo en las audiencias públicas que se celebren; pero una cosa es ser "parte" y otra dirigir y gobernar, agregándose que si una de las "partes" pudiera dirigir y tomar decisiones, se violaría la igualdad ante la ley: los conflictos entre concesionarios y usuarios serían resueltos por un órgano integrado por los segundos, y no por los primeros.

Así las cosas, la "participación" debería asegurarse citando permanentemente a intervenir en los procedimientos a estos sujetos.

24. Los organismos son entidades descentralizadas autárquicas en el ámbito del Poder Ejecutivo, a las que se ha de dotar de independencia funcional y autarquía financiera. El Estado conserva sus atribuciones de tutela administrativa o vigilancia jurídica, las policiales y las derivadas de su condición de parte en la concesión o licencia.

Como anota Canosa diferenciando el órgano de control del concedente, el primero, como órgano [relativamente] independiente técnicamente especializado, tiene por tarea principal fiscalizar que el servicio se preste de acuerdo con la normativa vigente y conforme a ésta y el contrato de concesión respectivo, asegurando la mejor calidad de aquél en beneficio de los usuarios y si fuere procedente en la actividad de que se trate asegurar la competencia entre los distintos operadores, a lo que debe agregarse el control del cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por el concesionario; en cambio, el concedente debe reservarse la difícil tarea de fijación de políticas para el sector, lo que incluye todas aquellas cuestiones relativas a la celebración de contratos y otorgamiento de licencias y concesiones, como así también modificación e interpretación de dichos instrumentos, de desarrollo normativo, etc.

Los organismos no son "órganos constitucionales extra poderes", desde que no tienen en materia de servicios públicos las riendas que guían la marcha del Estado en sus manos, ya que políticamente la dirección, la coordinación, etc., corresponden precisamente a los denominados "poderes políticos".

25. La independencia funcional es un reforzamiento de la potestad de gestión para el cumplimiento de sus funciones sin sujeción a “presiones” de ninguna índole, protegiéndolos de los cambios políticos propios del decurso democrático, siendo -entre otros- recaudos de esa independencia que las remuneraciones de sus directores no puedan ser disminuidas en el período de sus nombramientos, y que su remoción por causas graves proceda previo sumario administrativo.

Además, las reglamentaciones no pueden recortar sus atribuciones en favor de la administración central, el Poder Ejecutivo no podrá avocarse en cuestiones de la competencia de los entes, y el recurso de alzada contra la actividad del organismo lo será sólo por razones de legitimidad (en sentido amplio).

26. La autarquía financiera:

-implica un patrimonio constituido por tasas específicas (p. ej., canon de concesión pagado por los concesionarios), aportes anuales del tesoro, subsidios, intereses o beneficios resultantes de la gestión de sus bienes, importes de multas aplicadas a los prestadores, etc.;

-incluye la elaboración de su proyecto de presupuesto anual y que los aportes del tesoro garanticen el adecuado cumplimiento de sus funciones;

-entraña la imposibilidad de disponer de los recursos cuya percepción y utilización se les ha conferido a los órganos.

27. Se postula un Directorio constituido por cinco (5) miembros con dedicación exclusiva, que durarán cinco (5) años en sus funciones, designados previa sustanciación de concurso, con renovación escalonada anual, concursando un cargo por año, pudiendo los directores ser redesignados, previo concurso, por un período consecutivo.

Actuará un comité de selección designado entre personas con la debida idoneidad moral y técnica.

Se funda el sistema en la necesidad de contar con organismos institucionalmente estables, que no estén sujetos a cambios drásticos en su composición, generando de ese modo previsibilidad y preservando la memoria institucional.

28. En cuanto a las funciones de los organismos:

- a) Se deben enunciar sus tareas, resguardando las atribuciones del Estado federal, de las provincias interesadas, los municipios, los derechos de los usuarios y de los gestores del servicio.
- b) La principal función es la de control, empezando por el del cumplimiento normativo por parte de los prestadores.
- c) Cuando no se pueden cumplir los supuestos de la economía de mercado en torno de la competencia, debe ser el organismo el que controle y laude de tal forma que desde posiciones de poder no se abuse de usuarios y consumidores.
- d) Deben asegurar:
 - El acceso a la información y la transparencia.
 - La educación para el consumo.
 - El control de las inversiones.
 - La contabilidad a efectos tarifarios.
 - La medición del grado de satisfacción de los usuarios.
 - La adecuación del servicio.
 - El asesoramiento a quien deba formular decisiones políticas (p. ej., en materia tarifaria).
- e) Tienen legitimación procesal; también, la obligación de denunciar las conductas que afecten la competencia.
- f) La atribución de los organismos de imponer sanciones debe estar fundada legal o contractualmente.

29. Reiteradamente hemos consignado que no son los “entes reguladores” los que emiten las reglas a las cuales debe ajustarse el servicio público, las que en principio deben ser emitidas por los Poderes Legislativo y Ejecutivo, siendo aquéllos encargados de hacer cumplir esas reglamentaciones y “prevenir y solucionar conflictos”; es por eso que la Constitución (art. 42) distingue claramente entre los “marcos regulatorios” que deben en principio surgir de la legislación y los “organismos de control”.

Sin duda que tales organismos pueden dictar -dentro del “marco”- reglamentos técnicos, pero su función fundamental no es la de emitir “reglas”, sino la de “control”.

30. En materia de intervención, hay que distinguir:

a) En casos de extrema gravedad y urgencia el Poder Ejecutivo, con asesoramiento previo del organismo de control, puede intervenir el servicio público en forma cautelar.

La intervención es una atribución del Poder Ejecutivo, pudiendo la ley regular su funcionamiento, mas dejando a la discreción de aquél su actuación. En principio, la intervención debe cesar una vez superada la contingencia.

b) A la vez, como entes estatales descentralizados, los organismos están sujetos a intervención administrativa, en casos de suspensión grave e injustificada de la actividad a cargo del ente, comisión de graves o continuadas irregularidades administrativas o existencia de un conflicto institucional insoluble dentro de la entidad.

El interventor tiene aquellas atribuciones que sean imprescindibles para solucionar la causa que ha motivado la intervención, no teniendo en ningún caso mayores atribuciones que las que corresponden normalmente a las autoridades superiores del ente.

Los actos del interventor en el desempeño de sus funciones se consideran realizados por la entidad intervenida, con respecto a terceros.

Es de principio que el ente estatal sujeto a tutela o vigilancia del Poder Ejecutivo no puede cuestionar judicialmente el acto de intervención, pues sería admitir que el Estado litigase contra sí mismo, dado que los organismos de control -como todos los entes estatales descentralizados- son de propiedad del Estado; pero podrían accionar quienes se viesen afectados en su derecho subjetivo, interés legítimo, derecho de incidencia colectiva o interés difuso, más cuando se postula que hay que acercar tales conceptos; ergo, se debería habilitar la instancia cuando se muestre que el que acciona, sea un ente individual o colectivo, exhibe que es o puede ser afectado de algún modo por una lesión injusta a causa de la intervención.

31. Los organismos -en los supuestos contemplados legalmente, por disposición del Poder Ejecutivo, de oficio o a petición de legitimados- convocarán a audiencia pública.

El Poder Ejecutivo dictará un Reglamento Único de Audiencias Públicas, respetando las pautas de publicidad, transparencia y participación, regulando la legitimación, imponiendo la formalización escrita de las propuestas, exigiendo informes razonados, etc.

Se han de prever otras modalidades de consulta (reuniones informativas, encuestas, pedidos de opinión por distintos medios, etc.).

32. Las cuestiones que se planteen a raíz de la relación “concesionario-usuario” (facturación, calidad del servicio, etc.), como por quienes puedan verse afectados por la prestación del servicio, deben ser atendidas, concluidas o resueltas por el primero, con ajuste al marco regulatorio, cuya decisión será en su caso impugnable ante el organismo de control.

En caso de controversias entre empresas operadoras (interconexión, acceso a las redes, inobservancia de la competencia, etc.), las mismas serán resueltas por el organismo de control.

Recordamos a esta altura que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) no tiene competencia para pronunciarse sobre la procedencia de una acción por daños y perjuicios entablada por una empresa contra EDESUR. Citando jurisprudencia americana sobre “agencias administrativas”, afirmaron los sentenciantes que el conflicto debe ser resuelto por jueces del Poder Judicial. En otras palabras, dentro de la función de control del ENRE, no estaría incluida la atribución de pronunciarse sobre la procedencia de una acción por daños y perjuicios entablada por una empresa contra una prestadora de servicios públicos, lo que debería ser resuelto por los órganos del Poder Judicial.

Alberto Bianchi opina, en cambio, que los entes “reguladores” pueden resolver controversias sobre daños y perjuicios contra empresas operadoras cuando sean reclamados por los usuarios que se consideren perjudicados por la mala prestación del servicio, valorando que es jurídicamente posible y prácticamente conveniente reconocer que los entes reguladores, cuya norma de creación les confiere la potestad de resolver controversias en el sentido

judicial del término, tienen facultad para resolver conflictos entre los sujetos contemplados en el marco regulatorio respectivo, vinculados con daños y perjuicios provocados con motivo de la prestación del servicio, debiendo dichos daños ser analizados por el ente regulador con la misma amplitud y extensión con la que serían tratados por un tribunal judicial, que luego ejercerá función revisora.

Por su parte, Oscar Aguilar Valdez entiende que si el marco jurídico específico de determinado servicio público no ha establecido reglas especiales para los agentes económicos del sector que se aparten del derecho común, el órgano de control carece de competencia en el asunto en trato, porque la mera aplicación de normas y principios del derecho común excede la competencia del ente; y cuando las normas del derecho común resultan insuficientes para asegurar la realización de transacciones en condiciones de mercado y el Estado decide su intervención por medio de la regulación económica, ésta es de derecho público aun cuando se aplique a relaciones entre particulares, de donde si se ha legislado en forma especial sobre la materia (limitando por ejemplo la responsabilidad del prestador), nos encontramos ante un supuesto claro de intervención estatal por vía de la regulación económica, que supone haber extraído una determinada cuestión de las normas del derecho común, lo que habilita la competencia del ente.

Ernesto Bustelo sostiene, “de lege lata”, que los entes reguladores carecen de competencias para dictar actos condenando a las prestadoras a indemnizar daños, agregando “de lege ferenda” que parece no obstante razonable propiciar y admitir que se prevean normativamente mecanismos alternativos al judicial para prevenir y solucionar los conflictos originados por daños sufridos por los usuarios con motivo de la prestación de los servicios públicos (art. 42, CN), especialmente en el caso de reclamos por daños menores. Ello podrá canalizarse confiriendo de manera indubitable facultades condenatorias para estos específicos supuestos a los entes reguladores, o a otros órganos o entes especialmente dedicados a resolver tales controversias (comúnmente denominados tribunales administrativos), razón por la cual será en definitiva la prudencia de los encargados de definir tales cuestiones la que deberá guiar las decisiones que se adopten al respecto, en cuyo caso se deberán tener en especial consideración los recaudos impuestos por la Corte

Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Estrada”: creación del organismo por ley, independencia e imparcialidad y control judicial pleno de sus decisiones, recaudo este último que impediría limitar o retacear los alcances del control judicial pleno a efectuarse por parte del órgano judicial.

Mas a nuestro juicio, en todo caso, cuando los citados organismos de control resuelven controversias entre empresas operadoras o contra ellas, lo hacen en ejercicio de potestades administrativas y no jurisdiccionales.

Ello así, porque el proceso o juicio judicial, como institución destinada a satisfacer en justicia pretensiones, implica necesariamente:

- a) desconocimiento de lo justo (conflicto o falta de certeza);
- b) procedimiento o trámite que asegure la audiencia o intervención de los interesados para ser oídos y probar sus pretensiones; y
- c) sentencia propiamente dicha, esto es, decisión final que dirime el conflicto o da certeza a la situación ambigua, emanada de un órgano estatal independiente e imparcial.

Cuando, entonces, el decidente en un conflicto, previo procedimiento, es independiente -lo que significa que no está sujeto a órdenes en el cumplimiento de aquella específica actividad- e imparcial -es decir, no sacrifica la justicia a ninguna otra consideración, por lo que pospone en el ejercicio de su función toda mira personal, sus amistades, odios o intereses propios y sus pasiones políticas- y su juicio es final -o sea, puede adquirir fuerza de cosa juzgada en sentido estricto, en virtud de la cual la decisión no es ya impugnabile por recurso o acción alguna-, hay “proceso” o “juicio judicial”, esto es, “iurisdictio” en sentido estricto.

Nuestra postura es compartida por Eduardo Luis Pithod, quien añade que algo de certero existe en la tesis de Ernesto Bustelo, por lo que la solución, de “lege ferenda”, sería otorgar una opción (“via electa non datur regressus ad alterum”) al usuario o empresa para que recurra al organismo de control o directamente a la justicia, como en los casos del Tribunal Fiscal o el Arbitral de Mayores Costos, dada la especialidad técnica de estos últimos.

33. Los organismos de control se han de regir por la Ley de Procedimientos Administrativos y las reglamentación del mismo, salvo norma expresa en contrario.

Para agotar la vía administrativa procederá el recurso de alzada contra los actos del organismo por razones de legitimidad, en un control ajeno a motivos de oportunidad, mérito o conveniencia.

Se ha sostenido entre nosotros que para garantizar la independencia de los organismos de control de servicios públicos, es menester reducir al máximo el control de las decisiones del ente por parte del poder político, y por eso es indispensable que no exista recurso de alzada u de otro tipo de control o tutela administrativa de la Administración central y que el único control debe ser el judicial en forma directa, sin agotamiento alguno de la vía administrativa.

Discrepamos con tal tesis, por las razones que pasamos a explicitar.

Reiteramos que en el país, los organismos de control se han configurado como entidades descentralizadas autárquicas en el ámbito del Poder Ejecutivo, teniendo a su cargo la fiscalización de los servicios públicos de competencia nacional o provincial, en su caso, con las atribuciones que se establezcan normativamente, a los que se ha de dotar de independencia funcional, autarquía financiera y especialización técnica; asimismo, que estos organismos, en rigor, no tienen independencia en sentido propio, ni tampoco ruptura de los lazos con los poderes políticos del gobierno, sino que se trata de un simple reforzamiento de su potestad de gestión para la mejor concreción de los valores que la Constitución declara y que se consideran serán aventajadamente logrados si aquella gestión se pone a cubierto de los vaivenes políticos.

Es esta independencia la que deben tener las entidades de fiscalización que nos ocupan, como hemos expuesto "supra", la que -repetimos- no hace que el Estado pierda el ejercicio de sus atribuciones de tutela o vigilancia jurídica, ni las policiales, ni las derivadas de su condición de parte en el vínculo que lo une al prestatario del servicio (concesión o licencia).

Pese a la inspiración norteamericana que se les reconoce, los organismos han adoptado entre nosotros, para su naturaleza jurídica, la autarquía de raigambre francesa, carácter que, a diferencia de las agencias norteamericanas, implica un control de sus decisiones por medio del recurso de alzada, por lo que para agotar la vía administrativa debe proceder tal recurso contra sus actos por razones de legitimidad, concepto que se debe interpretar en forma amplia, es decir, que dentro del control de legitimidad se comprende

no sólo el del ejercicio de las atribuciones regladas, sino también el de las discrecionales, en la medida en que éstas hayan podido resultar violatorias de sus límites: razonabilidad, desviación de poder, etc..

No olvidemos que se ha sostenido, en general, que el agotamiento de la vía administrativa tiene, entre otros fines:

- a) promover la eficiencia administrativa, evitando la interferencia prematura en el procedimiento administrativo,
- b) dar a la administración la oportunidad de corregir sus propios errores,
- c) posibilitar se evite el litigio judicial en beneficio tanto de la administración como del administrado,
- d) facilitar la revisión judicial poniendo a disposición del tribunal el beneficio de la experiencia y pericia de la administración,
- e) poner de manifiesto los términos de la contienda, facilitando el control del órgano jurisdiccional, etc.

Creemos que si se niega el control administrativo aludido, asuntos de alta importancia para la política económica del Estado que podrían ser materia del recurso de alzada, quedan en manos del organismo de control y, soslayando al Poder Ejecutivo, de la Justicia (por lo común en una especie de segunda -y última- instancia), cuyo tribunal en tales casos y a la larga se vería obligado a desempeñar funciones político administrativas bajo una aparente jurisdiccionalidad, lo que constituye a nuestro juicio un grave desacierto jurídico, en desmedro de la “división de poderes” que reclama el Estado republicano y democrático.

Concluimos consignando que, por cierto, reconocemos y respetamos las opiniones en contrario, mas creemos que la que exponemos es la más adecuada a nuestro sistema institucional, aún a sabiendas de que los gobiernos de turno lo violan con harta frecuencia o llevan adelante políticas inadecuadas, aunque la culpa en definitiva sea nuestra, “in eligendo”.

Y no necesitarían estos organismos que se niegue el recurso de alzada contra sus decisiones, sino que quien resuelve el recurso entienda el sentido de la decisión, como bien ha dicho Daniel Nallar.

34. La decisión definitiva del Poder Ejecutivo, que causará estado, será impugnada judicialmente –en el ámbito nacional- para ante la Cámara Federal competente, por la vía del proceso sumario.

El recurso podrá interponerse en la delegación local del organismo que corresponda al domicilio del recurrente o en la ciudad de Buenos Aires, a elección de éste, elección que implicará la determinación de la Cámara Federal competente, tribunal colegiado que conocerá en la impugnación con amplitud de prueba y debate, en instancia única, resaltando que la colegialidad ahuyenta los peligros de la única instancia, a lo que corresponde agregar la legalidad que se debe observar en las actuaciones seguidas en sede administrativa y que determina de algún modo analogía con la primera instancia judicial.

35. Es frecuente que provincias y municipios impongan obligaciones a las empresas gestoras de servicios públicos inter jurisdiccionales, esto es, de competencia federal.

Ante ello, señala autorizada doctrina que la primera exigencia de la seguridad jurídica en materia de servicios públicos es un sistema bien definido de competencias administrativas y organismos o titulares de las mismas. Y entre nosotros existe un elevado número de organismos y entidades incluidos en la regulación y el control de los servicios: el ejecutivo, uno o varios ministerios, entes reguladores, organismos de defensa de la competencia, autoridades provinciales y municipales; todos ellos interviniendo en el proceso de prestación del servicio, habiéndose dicho al respecto que existen demasiadas intervenciones sobre la actividad de la empresa, sin que además esté claro qué le corresponde a cada una, de donde el empresario no sabe a veces a quien dirigirse para resolver un problema, con un alto costo para el servicio.

Además y en igual sentido, Nidia Karina Cicero ha destacado, con particular referencia a la Ley de Defensa del Consumidor, la confusa distribución de competencias y la existencia de competencias concurrentes o paralelas, que ha dado lugar con preocupante frecuencia a conflictos que en concreto han obstaculizado la eficaz protección de los derechos de los usuarios, como también la excesiva dispersión normativa, con duplicación de regulaciones para supuestos similares.

Es preciso entonces reordenar ese cuadro, evitando multiplicidades que producen los señalados efectos.

36. Ha escrito Juan Miguel de la Cuétara que, en muchos puntos de Iberoamérica se observa un resurgir de la empresa pública. Unas veces, en forma de paralización del movimiento privatizador, en países donde quedan todavía muchas empresas públicas en activo; otras, en forma de elogio a algunas empresas públicas eficientes que desempeñan papeles importantes en la economía de algunos países, en sectores como la energía. Este movimiento está tomando un cierto auge que conviene analizar, existiendo al menos tres líneas de fuerza que lo impulsan:

-La primera hunde sus raíces en la mentalidad desarrollista y en su tradicional apelación a las empresas públicas como una posibilidad de crear infraestructura industrial con la rapidez que se necesita.

-La segunda proviene del nacionalismo y de su ataque a las privatizaciones de los años 90 que han puesto en manos de empresas extranjeras las grandes empresas nacionales de minería y servicios públicos: la forma de contrarrestar este fenómeno es “devolvérselas a la nación” en forma de empresa pública. En sectores como el agua, el gas, etc., esta ideología encuentra su mejor campo de aplicación.

-La tercera la aporta el populismo de Izquierdas, que acusa a las privatizaciones de haber fracasado en su pretensión de obtener rentabilidad social, tras haber dado pingües beneficios a los inversionistas foráneos. La alternativa lógica para ello es -dicen- la empresa pública, que permite no sólo recapturar estos beneficios sino generar capital social, ventajas para los trabajadores y servicios asequibles a la población.

Agregamos por nuestra parte que suele ocurrir que en nuestros países americanos, donde el “Estado asistencial” está siempre presente en la mente de no pocos, sea ante las crisis de desfallecimiento, o una vez aparentemente conjurados esos breves, a medida que -según el caso- parece perderse o afirmarse una vida económica saludable, se acentúa en aquellos sectores proestatistas el crecimiento y el ahonde de la tendencia estatizadora en lo tocante a los servicios públicos, siendo que un enérgico esclarecimiento económico (y constitucional, cuando el mismo es procedente, como en el caso

de la Argentina) exige -también como regla de prudencia y sagaz administración- que prevalezca la gestión privada, conservándose una adecuada regulación y un apropiado control para la competencia, en beneficio de los usuarios y, en definitiva, del bienestar general, fin de la comunidad política.

Según el art. 42 de la Constitución Nacional, “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho... a la libertad de elección... Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos... a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales...”, con lo que competencia y subsidiariedad tienen “status” constitucional.

La libre competencia puede ser definida como la aptitud de los operadores económicos de rivalizar entre sí para ofrecer bienes y servicios a consumidores y usuarios, aptitud derivada de la libertad económica, que es de principio en la Constitución Nacional (art. 14).

Obviamente, aquella libertad está sometida a regulación -dentro de los límites constitucionales- por razones de bien común o bienestar general, desde que siempre el Estado debe imponer una serie de normas limitativas de la actividad empresarial, con independencia de que el mercado sea monopolista o funcione en régimen de competencia, empezando por aquellas cuyo objetivo es proteger bienes públicos, como la seguridad o salubridad.

Por otra parte, una cosa son los fines de la intervención del Estado en la vida económica y otra los medios para conseguirlos, siendo la competencia no sólo compatible con la mayoría de los fines públicos que se quieran alcanzar sino que, en muchas ocasiones, es el instrumento más apto para alcanzarlos.

Además, la defensa de la competencia es -según Cases Pallares- un instrumento de acción indirecta que opera no definiendo las conductas de las empresas en el mercado “ex ante”, sino corrigiendo “ex post” aquellas que impiden el libre juego de la competencia adecuada. Y la defensa de la competencia no puede dejarse en manos de los empresarios, sino que es el Estado el que debe asegurarla mediante una normativa que evite que las prácticas que atenten contra ella puedan ser desarrolladas por los empresarios. De lo que antecede surge que, mientras la regulación económica define en forma previa las conductas que podrán desplegar los operadores económicos,

la defensa de la competencia actúa sobre conductas que habrían transgredido las prohibiciones normativamente establecidas.

Evidentemente, entonces, la defensa de la competencia presupone la existencia de un mercado en el que operadores económicos pueden desplegar su autonomía.

Ahora bien, la competencia, que debe ser la regla, tiene -como toda regla- también sus excepciones, pues existen monopolios naturales, y también legales cuando lo exigen auténticas razones de bien común.

Mas hoy hay quienes defienden entre nosotros que el servicio público se haga siempre en régimen de monopolio público, propiciando la “reestatización”, sin tener en cuenta el principio de subsidiariedad y la libertad económica, ambos de jerarquía constitucional y antes referidos, ni que el monopolio puede ser un mal instrumento para prestar un servicio público, sea porque no atiende a los habitantes alegando razones de coste o porque él sabe que, si no atiende a un cliente, ninguna otra empresa se lo va a quitar o porque tiene menos interés en ampliar el mercado que las empresas que están en situación de libre competencia.

Y en cuanto a las empresas estatales o públicas, serán viables siempre que medien sinceras razones de bien común y que queden sometidas a los organismos de control con independencia funcional, como igualmente a las mismas reglas de competencia que las empresas privadas del sector, que no reciban un trato distinto de las privadas y que se garantice la transparencia de las relaciones financieras entre dichas empresas y los poderes públicos.

37. Ahondando sobre el punto anterior, de la Cuétara manifiesta que cualquiera que sea su origen y fundamentos, y aunque haya empresas públicas que puedan ser justificadas, el problema consiste en que unas empresas públicas tiran de otras, las justificadas arrastran a las que no están, y los vicios contados por Gaspar Ariño en su último libro (*una empresa sin empresario, que tira con pólvora del Rey y es inevitablemente ocupada por los políticos*) se extienden irremisiblemente, tratándose por ello, en su opinión, de poner un freno a un movimiento potencialmente muy peligroso para nuestros países.

Añade que siendo bueno que haya alternativas, hay una que es la empresa mixta, de capital público y privado, que ya se usa ampliamente en el

sector petrolero y gasístico, siendo un ejemplo de “*Participación Público-Privada*” o “*PPP*”, en su modalidad de “*PPP institucional*”. Junto a ella, la “*PPP contractual*”, que podemos asimilar a las viejas concesiones de obras y servicios públicos o a las modernas alianzas estratégicas de empresas privadas y entidades públicas empresariales se presenta como otra opción para evitar una expansión inmoderada de las empresas públicas.

Sostiene que hay que darle visibilidad a los peligros de una vuelta atrás hacia las fórmulas simplistas del siglo pasado, en que el Estado se hace cargo de todo -menos del buen servicio al ciudadano- y los políticos lo dominan todo, la mayoría de las veces actuando con los sindicatos, ante lo cual se trata de avanzar hacia fórmulas de colaboración público privada, más adecuadas a la realidad de los mercados del siglo XXI.

En cuanto las PPPs se apoyan en un contrato, son mecanismos especialmente útiles para canalizar lo que se conoce como “regulación por contrato”. Es ésta una técnica especialmente valiosa para aquellos países que no consiguen hacer funcionar eficiente sus respectivos reguladores sectoriales. Por ello, al aportar la “*regulación por contrato*” una forma de superar las dificultades que encuentra la “*regulación por organización*”, no le cabe duda que es una alternativa a considerar en cualquiera de nuestros países.

38.Una reforma constitucional

1. Si se asevera que, para que los organismos de control en la Argentina sean efectivamente independientes, es preciso se configuren como “órganos constitucionales extrapoderes”, con amplia potestad reglamentaria para la competencia en el sector, ausencia de procedimientos de control administrativo del Poder Ejecutivo sobre la actuación del “ente regulador”, etc., sería a nuestro juicio necesaria una reforma constitucional que así lo estableciera claramente.

No negamos que ello tal vez podría permitir mejores soluciones de las que admiten actualmente las disposiciones de la Ley Fundamental de la República conforme a lo que hemos expuesto “supra”; mas creemos que al presente sólo puede llegarse a tales desenlaces a través de una hermenéutica que apreciamos se exhibe como forzada.

Además, es claro que en los ámbitos de la competencia que se postula para tales entes -que sí serían entonces “reguladores”- se trataría de una parte

de la Administración sujeta exclusivamente al control de los órganos judiciales, los que limitan su función al control de legitimidad de los actos de estos entes, examen que por lo general es muy arduo de realizar, dada la grave complejidad, el contenido técnico de la normativa muchas veces aplicable y la falta de medios de la Justicia.

Como consecuencia, los tribunales probablemente sólo habrían de revocar las decisiones de los entes reguladores en supuestos de arbitrariedad, o de irregularidad en el procedimiento de adopción de las decisiones, primordialmente por el desconocimiento de aspectos técnicos, que requieren una acentuada especialización en cada uno de los asuntos tratados. No olvidemos que en los Estados Unidos de Norte América se ha construido en tal sentido la denominada doctrina de la deferencia.

Pensamos que, existiendo en el recurso de alzada un control administrativo de legitimidad -que alcanza a los casos técnicos donde no existe discrecionalidad-, se facilita la capacidad de los tribunales de conocer las complejas cuestiones técnicas.

2. Pero no nos engañemos: cualquiera sea la tesitura que se comparta, no vacilamos en afirmar que lo cierto es que, en última instancia, todo lo que se intenta -o sea, entes efectivamente independientes que actúen para la competencia y el bien común- depende en definitiva de los hombres y de su prudencia política.

Y esto no es privativo de los asuntos en trato, desde que es por todos conocidos que, por ejemplo, en países en que se ha consagrado en el orden constitucional la “división de poderes”, en la realidad existencial el legislativo ha pasado a ser un apéndice del ejecutivo, y el judicial un sirviente vergonzoso del mismo.

Es que no debe perderse de vista que estamos manejando técnicas jurídicas, las que pueden ser bien o mal empleadas por los hombres, que son los que en definitiva gobiernan, por lo que sus virtudes, en especial la prudencia, son las que en definitiva prevalecen.

I. Muchas han sido las veces en que las Constituciones de la Nación y de la Provincia ha sido holladas por gobiernos de facto, aunque sus derechos y

garantías también han resultado vulnerados en reiteradas ocasiones por autoridades exaltadas por el sufragio popular.

Los grandes principios contenidos en sus Preámbulos -tales como afianzar la justicia y promover el bienestar general- no han tenido siempre su debida aplicación, cuando las Constituciones, desde aquellos proemios, no pueden ser reducidas a meros plexos de expresiones de deseo, sin verificación en la realidad: deben ser visualizadas como programas de conformación social, con vigor operativo.

Para hacer cierta esa concepción, es menester visualizar con claridad -y respetar- el rumbo trazado por los constituyentes, para los cuales es función primordial e indelegable del Estado la persecución del bien común temporal público, al punto de comportar su propia razón de ser. El Estado federal y la Provincia, entonces, deben crear en sus ámbitos un conjunto de condiciones exteriores que permita que todos y cada uno de sus miembros pueda alcanzar en él su bien, perfección o fin, tanto desde el punto de vista material como intelectual y espiritual, observando -entre otros- los grandes principios de libertad, subsidiariedad, competencia y solidaridad.

Entre las primeras incumbencias estatales en orden a la buena vida en común se encuentra la de garantizar la libertad -con responsabilidad-, además de un sistema de servicios públicos y sociales eficientes.

Y debe el Estado actuar en observancia del principio de subsidiariedad, el cual contiene implícitamente tres subprincipios o afirmaciones básicas:

a) Autonomía, por cuya virtud el individuo o asociación menor goza de independencia suficiente para realizar por sí mismo todo lo que puede, sin recurrir a la sociedad superior.

b) Ayuda, según el cual toda comunidad de hombres está llamada a auxiliar la iniciativa particular de cuantos se desenvuelven bajo su autoridad, sin destruirlos ni absorberlos.

c) Suplencia, por el que la sociedad superior debe suplir las deficiencias de las personas y sociedades menores, a partir de aquel punto en que sus capacidades fueran insuficientes y mientras esa situación perdure.

Sin duda que el Estado puede llegar -ponderadamente y por estrictas razones de bien común- hasta sustituir a los particulares en la gestión de ciertos servicios, para asegurar su rendimiento suficiente; pero ha de administrar los rubros respectivos contribuyendo -en principio, al mismo tiempo y activamente, en su caso- a facilitar la capacitación del sector privado, para que este último pueda hacerse cargo de aquéllos.

En definitiva, el Estado debe respetar la autonomía de los individuos y asociaciones intermedias, pero estimulando, coordinando, protegiendo e inclusive supliendo.

Por otra parte, la libre competencia puede ser definida como la aptitud de los operadores económicos de rivalizar entre sí para ofrecer bienes y servicios a consumidores y usuarios, aptitud derivada de la libertad económica de los habitantes, que es de principio en la Constitución Nacional Argentina (art. 14) y, por ende, en la Provincia (art. 5 y cc, C. N.).

Y conforme al art. 42 de la misma -aplicable, “mutatis mutandi”, en Mendoza- “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho... a la libertad de elección... Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos... a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales...”.

Así las cosas, es incuestionable que subsidiariedad y competencia tienen “status” constitucional, tanto en la Nación como en la Provincia.

En cuanto a la competencia, aunque fundamental, no constituye un lenitivo inexorable para todos los males económicos, sociales y políticos, necesitando, para cumplir su ordenación al bien común, ética de responsabilidad empresarial y regulación estatal.

Se ha destacado -y bien- que la empresa privada con competencia es un “pluralismo de poder”, aunque debiendo concurrir para esto la personalidad del empresario con su responsabilidad primaria, sus capacidades empresariales, su carácter y su voluntad de servicio, cualidades que hace falta acrecentar y defender para que una economía moderna tenga éxito.

En orden al bien común, entonces, se debe concretar que el par de principios de competencia y subsidiariedad introduzcan un límite general al ejercicio del poder, en el sentido que no puede utilizarse para cercenar las auténticas libertades, sino en el marco de las técnicas de equilibrio que tienden en materia de servicios públicos a garantizar la eficiencia de las prestaciones - lo que incluye una razonable rentabilidad- y la competencia cuando se dan las condiciones para la afluencia de varios prestadores, así como el interés de los usuarios.

Pero también debe el Estado –siempre con referencia al federal y provincial- intervenir según el principio de solidaridad, conforme al cual los individuos, cuanto más indefensos están en la sociedad, tanto más necesitan el apoyo y el cuidado de los demás, en particular, la intervención de la autoridad pública. Mas el Estado, en rigor, debe responder por la solidaridad no en tanto virtud moral de carácter personal sino como resultado social, promoviendo estructuras que faciliten el ejercicio de aquella como virtud y eventualmente, asumiendo "per se" el logro de los resultados incumplidos que en cada momento se estimen irrenunciables.

Los principios que se dejan expuestos son insoslayables al tiempo de proyectar un régimen de los servicios públicos y de sus organismos de control.

II. No es dable soslayar que el reconocimiento jurídico positivo de los derechos del hombre ha venido ampliándose en el devenir histórico; y así, entre nosotros, a los derechos individuales consagrados en la Constitución de 1853 se sumaron los sociales incorporados en la Constitución de 1949 y, tras su derogación, en la reforma de 1957, agregándose más recientemente los

llamados “derechos de tercera generación”, consagrados en la reforma de 1994.

Se ha avanzado de tal modo en la correcta concepción de la libertad, conforme a la cual la sociedad política no se limita a “declarar” los derechos, sino que a la vez debe desarrollar una acción positiva tendiente a la efectividad de los mismos, no restringiendo el contenido de la libertad a los derechos de aquellos que han superado las exigencias primarias de la vida, incluyéndose los derechos derivados de la exigencia de una vida humana digna, sin perder de vista que las libertades deben ejercerse también en función social y sin marginar las legítimas facultades de las asociaciones que los hombres naturalmente constituyen, por “la naturaleza que estimula y la razón que perfecciona”, en la expresión de Arturo Enrique Sampay.

Esa rica evolución receptada por la Constitución Nacional, particularmente luego de la reforma de 1994, al brindarle rango constitucional a diversos Tratados y Pactos internacionales (artículo 75, inciso 22), ha posibilitado que derechos inherentes a la naturaleza ontológica del hombre, implícitos en el artículo 33 de la Constitución Nacional, hayan encontrado una más adecuada explicitación conforme a las actuales circunstancias. Aún más, ha quedado instalada la certeza de que al momento de diagramar e instrumentar políticas, de interpretar la norma o juzgar el caso concreto, deberá primar una interpretación amplia que resguarde y concrete esa mayor dimensión adquirida por los derechos naturales o humanos.

En este orden de ideas vale, a modo de ejemplo, transcribir el considerando primero de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a saber: “Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”.

No debe perderse de vista que la orientación al bienestar general o bien común implica que la autoridad deba, en primer término, garantizar los derechos de los individuos y de las colectividades que comprende, porque la violación de estos derechos tiene una repercusión profunda y nefasta en dicho bien común que el Estado tiene a su cargo, mientras que, por el contrario, el respeto de los derechos de cada uno favorece el desenvolvimiento del bien de todos.

Es oportuno, al propio tiempo, completar recordando que el artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica- establece que: "Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad". Es que, en verdad, los derechos son medios para el cumplimiento de tales deberes, y así, por ejemplo, los padres tienen el derecho de corregir a los hijos porque tienen el deber de educarlos.

Se constata pues en nuestra Carta Magna federal una concepción principista equilibrada, aplicable en la Provincia, que tiende a preservar los derechos que necesariamente se realizan en el marco de una comunidad. Ello supone una tarea de armonización constante, pero ineludible.

III. La reforma constitucional de 1994 incorporó el Capítulo Segundo a la Primera Parte, bajo el título de "Nuevos derechos y garantías", en consonancia con la evolución referida "supra".

Entre ellos y en lo que aquí interesa destaca el artículo 42, enderezado a la protección de los derechos de consumidores y usuarios; y cuadra hacer notar que su incorporación al texto constitucional respondió a los requerimientos de la realidad.

En efecto, a partir de la segunda mitad del año 1989 se inició el proceso de "privatizaciones" o, expuesto con más rigor, de delegación de la prestación de servicios públicos, cuyas consecuencias afectan actualmente el desarrollo del país y a la sociedad en su conjunto.

La experiencia indicó muy prontamente vínculos insatisfactorios en las relaciones entre usuarios y prestadores, asentado, en sustancial medida, en la carencia -en muchos casos- de un marco legal que regulara, con arreglo a derecho, el cabal cumplimiento de las obligaciones a su cargo y en la ausencia de fiscalización adecuada por parte del Estado.

En el lapso que corre desde 1989 en adelante, hubo un repliegue del Estado que sólo excepcionalmente fue precedido por el diseño de nuevas formas de control, aunque debe mencionarse, y en honor a la verdad, que con carácter previo a la reforma constitucional de 1994, el Congreso de la Nación sancionó los marcos regulatorios de energía eléctrica y gas, en los que se establece -entre los objetivos de la política energética nacional- la adecuada protección de los derechos de consumidores y usuarios, tratándose de leyes pioneras en nuestro derecho, ponderando que la Ley de Defensa del Consumidor fue sancionada con posterioridad, constituyéndose aquellas normas en líneas rectoras que en parte han inspirado el nuevo artículo 42 constitucional. También la Provincia cuenta con normas regulatorias, lo que no obsta al dictado de un régimen que sea uniforme y superador, sin perjuicio -se reitera- de respetar las pertinentes particularidades.

Se estima que lo expuesto valida satisfactoriamente la conveniencia del establecimiento de un régimen para los servicios públicos, con referencias regulatorias objetivas y estables.

Y es inevitable resaltar que los entes creados para controlar el cumplimiento de los marcos regulatorios y concesiones y licencias otorgadas, no siempre estuvieron a la altura de sus responsabilidades, desempeñándose a veces como estructuras formales funcionales a ese estado de situación.

Por otra parte, conductas omisivas del Estado se han traducido en su propio perjuicio, viéndose por ejemplo privado de ingresos que le correspondían (v. gr.: menor recaudación impositiva, no percepción de cánones, etc.) a la vez que resultando aumentados sus egresos (“exempli

gratia”: otorgamiento de subsidios no siempre justificados, entrega de bienes por debajo de su valor venal, etc.).

En suma, han mediado alteraciones a la seguridad jurídica en detrimento de la sociedad argentina, cuando ésta es, en verdad, legítima acreedora al servicio público.

IV. No es propósito ahondar este examen; empero, la somera descripción realizada es pertinente para demostrar el objeto, la conveniencia y necesidad de un ante proyecto de ley que se someta a consideración y tratamiento de los poderes políticos, que sea elaborado para sentar los principios y las normas legales que constriñan y demarquen el régimen provincial de servicios públicos. Importa, además, restituir al Estado en el ejercicio pleno de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes, acatando la manda constitucional.

Debe a esta altura señalarse que, por tratarse de figuras que en la ciencia del derecho administrativo están suficientemente perfiladas, es posible aplicar un régimen jurídico uniforme a los servicios públicos y a su concesión y licencia, sin perjuicio de establecer, en su caso, particularidades en los diversos servicios. En nuestro país, durante un largo lapso casi desapareció – en el orden de la realidad – la concesión de servicios públicos, en razón que éstos eran prestados directamente por el Estado en la generalidad de los casos, para aparecer nuevamente en tiempos próximos. Así las cosas, se hace menester, en orden a legislar en estas materias, una regulación respetuosa de los grandes principios expuestos por quienes en verdad prácticamente han fundado el derecho administrativo argentino, lo que por cierto no significa que se pretenda sustraer los criterios sabios y experimentados que exhibe la ciencia del derecho comparado y que han demostrado su valía.

En razón de lo expuesto, se ha estimado conveniente que el **CENTRO DE ESTUDIOS DE REGULACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS** se avoque a proyectar un régimen jurídico uniforme de los mismos y de sus organismos de control para la Provincia de Mendoza, señalando a tal fin que, dado que aunque medie consenso en los principios, como hay que plasmarlos en decisiones concretas, es decir, como es menester venir desde los principios generales a los casos más singulares, se hacen posibles las divergencias y diferencias de interpretación y se requiere, por tanto, la norma que, salvando esas peculiaridades, fije la regla a aplicar.

IV. No es propósito del Poder Ejecutivo Nacional ahondar este examen en la presente instancia, puesto que ello debe encauzarse por otros carriles. Empero, la somera descripción realizada es pertinente para demostrar el objeto, la conveniencia y necesidad de este proyecto de ley que se somete a consideración y tratamiento de V. H., habida cuenta que ha sido elaborado para sentar los principios y las normas legales que constriñan y demarquen el Régimen Nacional de Servicios Públicos. Importa, además, restituir al Estado en el ejercicio pleno de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes, acatando la manda constitucional.

Debe a esta altura señalarse que, por tratarse de figuras que en la ciencia del derecho administrativo están suficientemente perfiladas, es posible aplicar un régimen jurídico uniforme a los servicios públicos y a su concesión y licencia, sin perjuicio de establecer, en su caso, particularidades en los diversos servicios. En nuestro país, durante un largo lapso casi desapareció – en el orden de la realidad – la concesión de servicios públicos, en razón que éstos eran prestados directamente por el Estado en la generalidad de los casos, para aparecer nuevamente en tiempos próximos. Así las cosas, se hace menester, en orden a legislar en estas materias, una regulación respetuosa de los grandes principios expuestos por quienes en verdad prácticamente han fundado el derecho administrativo argentino, lo que por cierto no significa que se pretenda sustraer los criterios sabios y experimentados que exhibe la ciencia del derecho comparado y que han demostrado su valía.

Y se concluye este primer aspecto, destacando aún más la conveniencia del régimen jurídico uniforme que se propicia ante V. H., señalando a tal fin que, dado que aunque medie consenso en los principios, como hay que plasmarlos en decisiones concretas, es decir, como es menester venir desde los principios generales a los casos más singulares, se hacen posibles las divergencias y diferencias de interpretación y se requiere, por tanto, la norma que, salvando esas peculiaridades, fije la regla a aplicar.

PRINCIPIOS DEL PROYECTO DE LEY

I. Advierte el inciso 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional): “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho [...]”.

Es que –habida cuenta de las circunstancias- el bien común puede exigir -al margen de la actividad de fomento (ordenada a promover, facilitar, incitar y proteger la de los particulares en aspectos materiales e inclusive culturales)- una acción estatal multiforme en los campos económico y social (servicios sociales y servicios públicos), la cual puede llegar a que -excepcional y transitoriamente, por aplicación del principio de subsidiariedad- entidades estatales pasen a actuar en las actividades propias de los particulares comprendidas en el principio de la libertad de trabajo, comercio e industria (realización de operaciones bancarias, industrialización y comercio de combustibles, etc.).

Una de las “medidas apropiadas” aludidas en aquel Pacto es la buena prestación de los servicios públicos; y los elementos esenciales de la noción de servicio público son:

- e. La naturaleza de la actividad.** El servicio público es una parte de la actividad administrativa, básicamente industrial o comercial, actividad o función del poder político–mediante la cual se tiende a alcanzar cometidos del Estado, en la especie, de bienestar y progreso social, acciones que si bien no son necesarias al ser del Estado, sino de mera “utilidad”, resultan indispensables para la “buena vida en común”.
- f. El sujeto que lo presta.** La actividad de marras es desarrollada por entidades estatales o por su delegación, en este último caso bajo el control de aquéllas.
- g. El fin y el objeto.** Tal actividad tiene por fin satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva (la necesidad colectiva no es sino una suma apreciable de concordantes necesidades individuales), mediante prestaciones materiales (es decir, la realización de una actividad de carácter material o el uso de un medio técnico: suministro de energía eléctrica o de agua corriente, utilización del teléfono, transmisión de un telegrama etc.), en especie (esto es, prestaciones de actividades o de bienes distintos del dinero), periódicas y sistemáticas (o sea, su oferta debe tener cierto carácter de continuidad en el tiempo y de sistematización, por lo que, por ejemplo, no se podría considerar como servicio público la participación de las Fuerzas Armadas en tareas rurales excepcionalmente ordenada por falta de mano de obra), que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el usuario. Es menester restringir la noción de servicio público a aquellas actividades encaminadas a procurar utilidades específicas a determinados habitantes – usuarios -, ya que solo en estos casos se configura la actividad como una prestación en sentido técnico, o sea, una actividad que un sujeto debe

efectuar en beneficio de otro, a quien se proporciona una utilidad concreta, y en virtud de una relación jurídica de naturaleza obligatoria intercurrente entre ambos.

- h. El régimen que lo regula.** La actividad está asegurada por un régimen jurídico especial, de derecho público, para permitir que quien la desarrolla pueda atender mejor la satisfacción de las necesidades antes mentadas; pero una prudencial regulación del servicio, al margen de reconocer prerrogativas a quien lo presta, debe suministrar a los administrados o usuarios las armas legales contra los eventuales desbordes autoritarios.

II. Se recuerda a V. H. que debe distinguirse entre “servicio público” y “servicio público impropio” o “virtual”: si bien en ambos casos se trata de actividades básicamente industriales o comerciales, (i) “propio” es aquel que el Estado concede o presta directamente, e (ii) “impropio” el que tiene de común con el “propio” la satisfacción, en forma más o menos continua, de necesidades colectivas, pero sin que el Estado lo preste ni lo conceda, sino que tan sólo lo reglamenta (v. g., farmacias, etc.).

Pero entre ambos existe una diferencia que se traduce en distintos regímenes jurídicos que obstan, por tanto, a una conceptualización única: la posición de los particulares es distinta, ya que mientras en los “servicios públicos impropios” ejercen un derecho individual aunque sujeto a reglamentación, en los “propios” no pueden actuar sino en mérito a una delegación estatal.

Resulta preferible, entonces, atendiendo a los intereses colectivos generales que afectan los denominados “servicios públicos impropios”, calificarlos como “actividades particulares de interés público”.

Cabe acotar que se suele denominar “industria regulada” a la “actividad particular de interés público” cuya prestación es obligatoria, siendo un régimen aplicable a un servicio público que deja de serlo, régimen que es de “autorización reglamentada”

III. Por otra parte, los servicios sociales (p. ej., enseñanza, hospitales, etc.) no se confunden con los denominados “servicios públicos impropios”, ni resulta conveniente englobarlos en el concepto de servicio público, ya que en aspectos fundamentales su régimen es distinto.

En efecto, el distinto régimen jurídico entre el servicio “social” y el “público” – aunque se extienden a aquél la mayor parte de los principios que regulan a éste – deviene de las siguientes notas:

5. El servicio social – a diferencia del público, “propio o impropio” – no es básicamente industrial o comercial, sino que es una actividad dirigida en forma inmediata al mejoramiento de los individuos, especialmente de aquellos que están en condiciones menos favorables; y también, a diferencia de los servicios públicos –donde la prestación es de carácter material y está constituida por la realización de un servicio o el uso de un

medio técnico- en los servicios sociales la prestación es distinta y variada: a veces se limita a la entrega de una suma de dinero (jubilación, pensión, subsidio, asignación familiar, etc.) o de cosas materiales (auxilios de ropa, comida, etc.); en otros casos consiste en el cuidado de la persona (asistencia médica, asilo para ancianos, etc.) o en el desarrollo de sus conocimientos (servicios de enseñanza, etcétera).

6. Los particulares no pueden explotar el servicio público sin delegación (concesión o licencia) la cual amplía el campo de aquéllos, por cuanto el servicio público entra en la esfera de acción propia del Estado; en cambio, la autorización – de rigor, por lo común, en los servicios sociales (como en las “actividades particulares de interés público” y en la “industria reglamentada”)– habilita al particular para hacerlo, levantando el obstáculo jurídico que impedía el ejercicio de su derecho, dado que se trata de actividades que los particulares ejercen por derecho propio –no por delegación estatal-, pero condicionadas a la mentada autorización.
7. En razón de su finalidad, los servicios sociales a cargo del Estado no persiguen fines lucrativos y además son generalmente deficitarios, todo lo cual determina un régimen especial de financiación, puesto que sólo pueden desenvolverse mediante el establecimiento de impuestos o contribuciones especiales; la naturaleza comercial o industrial de los servicios públicos, en cambio, permite una financiación basada en precios o tasas.
8. En el servicio público hay “usuarios“, mientras que en los servicios sociales las personas amparadas, más que usuarias, son “beneficiarias” de ellos.

IV. Caracterizando al servicio público la titularidad estatal sobre la actividad y, en su caso, el carácter de mero gestor delegado de quien lo presta por delegación estatal (mediante, v. gr., concesión o licencia), éste queda vinculado a las condiciones de prestación que han sido determinadas por el delegante.

Mediante la delegación (concesión o licencia) se atribuye al delegado un derecho personal y temporario, pero reservándose en todo momento el ente delegante poderes de intervención y control, lo que se explica si se tiene en cuenta que la realización del servicio público constituye un cometido del Estado.

El concesionario o licenciataria gestiona y la Administración controla, siendo el control particularmente intenso y amplio por el inmediato y directo interés público en razón del cual se otorga la concesión o licencia.

Se sigue de lo expuesto que la entrega en concesión o licencia responderá a la ponderación prudencial de conveniencia en mira a la consecución del interés público.

Debe aquí ponerse especialmente de resalto que en la adjudicación de la concesión o licencia la personalidad del concesionario entra como elemento particular (sea por su competencia, su solvencia, etc.).

V. La concesión de servicios públicos es el contrato de la administración en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega a una persona, temporalmente, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, efectuándose la explotación a costa y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y el control del concedente.

Al concesionario se le otorga el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar el funcionamiento del servicio, o ciertas prerrogativas de poder público; mas la delegación no puede tener más extensión que la justificada por la necesidad de realizar el servicio público según el interés público, que siempre es determinado por el concedente, bajo su vigilancia superior y constante. De ahí las siguientes condiciones de toda delegación hecha en el concesionario:

3. Debe ser determinada, esto es limitada por el objeto y fin de la concesión
4. Es de interpretación restrictiva.

Importando la concesión, entonces, el ejercicio de cierta potestad pública por parte del concesionario, lo coloca en una situación de excepción; y como toda excepción debe ser interpretada restrictivamente, la ambigüedad de las cláusulas respectivas debe resolverse a favor del poder concedente, como representante del interés de la comunidad.

Queda en claro, por tanto, que la delegación que resuelve el Estado debe consignar, en el acto que concrete la concesión, las obligaciones que pesarán sobre el prestador con el fin determinante de satisfacer el bien común. No podrá éste, en consecuencia, incumplir ese cúmulo de deberes, ni los que por la propia naturaleza del servicio van implícitos, como así tampoco pretender beneficios no contemplados en el marco contractual.

VI. Corresponde destacar, por cierto, otra clave medular que emerge de lo apuntado: el Estado no es neutral. No se trata de un tercero ajeno que contempla una relación de derecho privado entre dos particulares (prestador y usuario). El Estado tiene el deber irrenunciable de regular, controlar, fiscalizar y, en suma, hacer cumplir al prestador plenamente sus obligaciones, para satisfacer las necesidades de usuarios y consumidores, respetar, resguardar y garantizar sus derechos y, concomitantemente, procurar que los servicios públicos y actividades de interés común sean instrumentos ciertos y concretos que coadyuven al desarrollo del país.

Resulta atinado profundizar lo antedicho. No sería acertado circunscribir el interés comprometido al Estado, los usuarios y consumidores, por un lado, y prestadores, por otro. La problemática referida a los servicios públicos reclama una visión más abarcadora. Ello es así porque, en verdad, está en juego el interés y bienestar de la ciudadanía en su conjunto. Cada integrante de la comunidad es mucho más que consumidor o usuario. De hecho, muchos ni siquiera lo son, cuando se encuentran sumidos en la postergación y la indigencia. No obstante, por su simple condición de seres humanos son sujetos

de derecho y deben ser partícipes de una sociedad que les reconozca esos derechos y pueje para su efectiva concreción en la realidad cotidiana. Desde esa perspectiva, los servicios públicos han de coadyuvar en el engranaje vital de un proceso general de producción y desarrollo, contribuyendo a movilizar y activar recursos humanos y económicos. No pueden ser concebidos como un compartimento estanco, sino como una pieza fundamental cuyo mal funcionamiento repercutirá sobre la comunidad en su conjunto.

Ha destacado la doctrina que: *“Las alusiones que aparecen en el artículo 42 - por ejemplo: a la competencia, al control de los monopolios, al consumo, etc.- presuponen la existencia del mercado, lo que no significa - sin más- que la libertad y la competencia en el mercado retraigan la presencia razonable del Estado en este ámbito económico del consumo, de los bienes y servicios. Para nada ha de alentarse ni verse aquí una postura abstencionista del Estado propiciada por el artículo 42, sino todo lo contrario”* (y, en efecto, este artículo da rango constitucional a los principios de una verdadera economía social de mercado, donde la competencia es una herramienta para la concreción de los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios), agregando que *“Todas las menciones que bajo la cobertura del ‘derecho de los consumidores y usuarios’ se hacen en el párrafo primero, más las puntualizaciones que siguen en los párrafos segundo y tercero, demuestran que el sistema democrático con su plexo de derechos apuntala la presencia del Estado para evitar desigualdades injustas y para mantener - o recuperar, si es preciso- el equilibrio en las relaciones de consumidores y usuarios. Vigilar al mercado, frenar abusos en las prácticas comerciales, y tutelar derechos, hacen de eje a la interpretación que asignamos al artículo 42”* (Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, 1998, Tomo II, ps. 92 y 93).

Por otra parte, no cabe ignorar que los prestadores persiguen legítimamente el lucro a través de su actividad. Es sano, pues, entenderlos sometidos, en el ejercicio de una prestación que voluntariamente escogieron en búsqueda de ganancia propia, al riesgo empresario común a todos los agentes económicos. No obstante, toda vez que por libre elección se colocan como responsables directos e inmediatos frente al interés social, con mayor rigor y diligencia deberán cumplir sus compromisos, actuando con la buena fe exigible a todo colaborador del Estado.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PROYECTO DE LEY

REGIMEN NACIONAL DE ORGANISMOS DE CONTROL DE SERVICIOS PUBLICOS

AL HONORABLE CONGRESO DE LA NACION:

I Tengo el agrado de dirigirme a V. H. para someterle a consideración el presente proyecto de ley sobre el Régimen Nacional de Organismos de Control

de Servicios Públicos, en consonancia con el artículo 42 de la Constitución Nacional que, en su tercer párrafo, alude a los “organismos de control”.

Bien se ha señalado que el texto constitucional dispone que el Poder Legislativo será el encargado de dictar las reglas y, como correlato elemental de la “organización” del servicio, creará esos “organismos de control” encargados de fiscalizar el cumplimiento de las reglamentaciones, sin perjuicio de que tales Organismos pueden dictar –dentro del marco trazado por el legislador- normas generales; pero su función fundamental no es la de dictar reglas, sino la de controlar.

II. Es de destacar la previsión que, al respecto, evidenció el constituyente al dejar establecida la necesidad de contar con tales Organismos, siendo dable advertir el eslabonamiento que se verifica entre los artículos que integran el Capítulo Segundo de la Primera Parte de la norma fundamental, en el que se explicitan los “Nuevos derechos y garantías” incorporados al plexo constitucional por la reforma de 1994: se plasman en ellos las protecciones que resguardan a todo habitante de la Nación y, en particular y en lo que aquí interesa, a los consumidores y usuarios, que encuentran en el texto jurídico de la ley suprema consideración expresa.

Y por cierto que es la precaución del constituyente sencilla de explicar, dado que usuarios y consumidores son por lo común la parte más débil de la relación con los prestadores de servicios públicos, vínculo éste que, generalmente, les es impuesto a aquéllos.

III. Existe, además, otro elemento de juicio de singular relevancia que exige no ser soslayado, esto es, que el servicio público debe ser brindado en beneficio de usuarios y consumidores y de la sociedad en su conjunto. En tal virtud, es deber irrenunciable del Estado garantizar su adecuada prestación, sea en forma directa o a través de terceros, que se desempeñarán entonces como colaboradores en la consecución del interés general.

El Estado debe, por ende, regular y controlar el efectivo y cabal cumplimiento de la prestación del servicio en beneficio del interés público. De allí, pues, la creación constitucional de los Organismos de Control, los que se deben constituir –en el orden normativo y en el de la realidad- en los instrumentos por medio de los cuales el Estado ejerza sus funciones de fiscalización.

IV. El Poder Ejecutivo Nacional pone a consideración de V. H., conjuntamente con el presente proyecto de ley, su propuesta de Régimen Nacional de Servicios Públicos, pues sería insuficiente contar con este último ordenamiento si al propio tiempo no se configuran por ley los Organismos creados constitucionalmente que permitan hacer cierto el control sobre los servicios. El régimen jurídico de los servicios públicos tendrá razón de ser, en tanto sea aplicado en la realidad, y ello será función fundamental de tales Organismos.

V. Como se manifestara en las Exposición de Motivos del proyecto de ley sobre el Régimen Nacional de Servicios Públicos, el artículo 42 constitucional dispone que la legislación se dictará “previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”, una de cuyas tareas fundamentales es la de “prevenir y solucionar conflictos”.

Una lectura desprevenida de la norma en trato puede llevar a pensar que en el Organismo de Control deben estar presentes, en la dirección y decisión, esas asociaciones y las provincias interesadas. Pero en una concepción realista, al margen de las casi insalvables dificultades para la implementación de la participación así entendida, se llega a concluir que, cuando la Constitución habla de “participación”, está indicando que tanto las asociaciones de usuarios como las provincias son “parte” indispensable en los procedimientos que se sigan en esos Organismos de Control, remarcándose que una cosa es ser “parte” y otra dirigir y gobernar, a lo que corresponde agregar que si una de las “partes” pudiera dirigir y tomar decisiones se violaría la igualdad ante la ley: los conflictos entre concesionarios y usuarios serían resueltos por un órgano integrado por los segundos y no por los primeros.

Así las cosas, se entiende que la “participación” debe asegurarse citando permanentemente a intervenir en los procedimientos a estos sujetos.

VI. La experiencia acumulada por la sociedad en relación a la calidad del servicio brindado por los prestadores y al ingente número de irregularidades cometidas, llevan a acentuar los controles cruzados. En esa dirección, el proyecto prevé la figura del Veedor de los Trabajadores del prestador. Se trata, en rigor de verdad, de comenzar a poner en ejecución los postulados del artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

TITULO I - DISPOSICIONES GENERALES

En los primeros artículos del proyecto, contenidos en este Título, se apunta a establecer tanto el Régimen Nacional de Organismos Reguladores de Servicios Públicos como a configurar los Organismos de Control detallados en el Anexo.

TITULO II - REGIMEN NACIONAL DE ORGANISMOS DE CONTROL DE SERVICIOS PUBLICOS

I. Se precisa la naturaleza jurídica de dichos Organismos como entidades descentralizadas autárquicas, otorgándoles independencia funcional. La independencia técnica de los mismos debe establecerse de consuno con la independencia de criterio, que les posibiliten el control permanente de los servicios, sin sujeción a presiones de ninguna índole.

II. Se enuncian las funciones y atribuciones de los Organismos de Control, interesando destacar que el cumplimiento de ellas apunta principalmente a resguardar y garantizar los derechos del Estado Nacional, de las provincias interesadas, de los usuarios y consumidores, de los trabajadores y de la sociedad en su conjunto, sin perjuicio por cierto de los derechos de los gestores del servicio.

Esa enumeración pone de manifiesto la entidad y alcance que revisten los servicios públicos. De ahí, el grado de compromiso y nivel de eficiencia y calidad que cabe demandar a los prestadores. Tal relevancia adquiere aún mayor significación a poco que se admita como corresponde que, así como lo indica el proyecto, la prestación de los servicios públicos debe contribuir al desarrollo económico nacional, a la innovación tecnológica y la distribución equitativa del ingreso.

Bueno es resaltar que el incumplimiento de sus deberes por parte de los funcionarios de los Organismos de Control generará las consiguientes responsabilidades administrativas, patrimoniales e, inclusive, penales. Es hora de que, en todos los ámbitos administrativos públicos, la inexcusable responsabilidad de todo tipo de los agentes del Estado se haga efectiva.

III. Para asegurar la independencia antes mencionada de los Organismos, se los dota de autarquía financiera.

Note V. H. que el propio Poder Ejecutivo Nacional, al elaborar este proyecto, ha propiciado la adopción de sólidos límites a la intervención del Poder administrador. Por esa vía, se procura sentar las bases para que los Organismos queden protegidos de los cambios políticos propios del curso democrático.

Importa subrayar, en este orden de ideas, que facilitarán esa independencia dos recaudos que se incluyeron: la inalterabilidad de la remuneración de los Directores y su remoción sólo a través de sumario administrativo instruido por la Procuración del Tesoro de la Nación, cuyo titular encabeza el Cuerpo de Abogados del Estado, con control de la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo.

IV. El Poder Ejecutivo Nacional también propone una transparente regulación para el procedimiento de designación de los cinco integrantes del Directorio de cada Organismo.

No sólo actuará un Comité de Selección, sino que se brindará amplia difusión pública a la convocatoria posibilitando la articulación de impugnaciones, en un trámite de similar factura al aplicado para la designación de jueces nacionales.

Vale añadir que el mentado Comité estará compuesto por un representante del Poder Ejecutivo Nacional, otro de la Auditoría General de la Nación y otro del Defensor del Pueblo, instituciones las dos últimas incluidas en la esfera del Poder Legislativo Nacional (artículos 85 y 86 de la Constitución Nacional).

V. La relevancia de la tarea que se le encomienda a los Directores explica los requisitos e incompatibilidades que se establecen.

TITULO III - REGIMEN DE CONTROL

I. Así como nuestro régimen republicano se asienta en el sistema de “frenos y contrapesos” que implica la división de poderes, la independencia de que gozarán los Organismos de Control se verá compensada por una firme fiscalización, practicada desde diversas órbitas.

En efecto, se le otorga una clara injerencia al Defensor del Pueblo, mientras que ejercerán la vigilancia que les compete la Auditoría General de la Nación, la Sindicatura General de la Nación y la Oficina Anticorrupción.

II. Con la importancia que tales controles suponen, se ha estimado conveniente crear en el seno de V. H. la Comisión Bicameral Permanente de Monitoreo de los Organismos Reguladores. De esta manera, se intenta cubrir un aspecto de gran significación al tratarse de la prestación de servicios que comprometen y afectan directamente el interés público y se imbrican en las estrategias de desarrollo nacional, aspecto que está constituido por el control político: es incuestionable que en la actualidad el Poder Legislativo, debe cumplir una misión de crítica, de control y de aprobación.

III. Se reitera en este Mensaje que se instituye la figura del Veedor de los Trabajadores del prestador, siendo de enfatizar que el Veedor gozará de la protección que otorga la licencia gremial, mereciendo la misma envergadura el hecho de que su elección será fiscalizada por el Organismo de Control y se resolverá por sufragio secreto, sin que se le exija al candidato la pertenencia a gremio o sindicato alguno.

TITULO IV - AUDIENCIAS PUBLICAS

I. En virtud de la relevancia que deben investir las audiencias públicas, se ha estimado apropiado establecer quiénes serán los legitimados para solicitar su convocatoria y quiénes serán partes en su celebración.

II. La difusión previa del temario, la aportación de propuestas y la posibilidad de ofrecer y colectar prueba, coadyuvarán a que la concreción de la audiencia tenga utilidad práctica.

III. Si bien la audiencia constituye un ámbito de participación democrática, configura también un eficaz recurso de control.

No obstante lo expuesto, cabe recordar que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes (artículo 22 de la Constitución Nacional), lo que torna necesario y conveniente que las opiniones vertidas en la audiencia no resulten vinculantes, mas sin que ello exima al Directorio de emitir acto fundado expidiéndose sobre lo tratado.

IV. Es de interés general que en las impugnaciones judiciales que pudiesen incoarse contra las decisiones vinculadas a las cuestiones debatidas en las audiencias, con el fin de evitar la dispersión de acciones con el dispendio judicial que configura, a lo que se adiciona la eventual aparición de criterios contradictorios, se prevea que las causas se concentren en el magistrado que haya prevenido, al modo en que opera la atracción del juez de la quiebra.

TITULO V - RESOLUCION DE CONFLICTOS

I. Este capítulo regla una cuestión de gran importancia en el diseño del régimen que se propone crear. No sólo se encuentran comprometidos el derecho de defensa y la consiguiente garantía del debido proceso. Está comprendido también el control que deben tener los actos públicos.

II. Si bien, y esto merece ser resaltado, los Organismos de Control no ejercerán de ningún modo actividades jurisdiccionales, que nuestro ordenamiento constitucional reserva a los magistrados judiciales, podrán resolver, en sede administrativa, las controversias que se susciten en el ámbito de su competencia.

III. A efectos de garantizar debidamente la tutela judicial efectiva, los afectados podrán, a su libre elección, interponer contra el acto del Directorio recurso de alzada por ante el Poder Ejecutivo Nacional, que sólo podrá revisar la legitimidad de lo actuado, o bien ocurrir, en cualquier momento, a la justicia competente.

IV. Ante los actos administrativos de alcance general de los Organismos de Control, podrán los legitimados sustanciales activos utilizar la vía recursiva administrativa o la acción judicial directa.

Se ha previsto el recurso de inaplicabilidad de ley y los efectos *erga omnes* de la sentencia definitiva que declare la inconstitucionalidad o inaplicabilidad del acto en crisis.

V. Se ha impuesto un plazo de prescripción razonable que asegure la seguridad jurídica, sin establecer plazos de caducidad en orden a dar la más amplia vigencia al principio de la tutela judicial efectiva reconocida por la Constitución Nacional y los Pactos y Tratados incorporados.

VI. El afán de control aludido determina que, en el caso de acciones colectivas en que se verifique el desistimiento por parte de los actores, sean reemplazados por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público, solución ya contemplada por la Ley de Defensa de Consumidor N° 24.240.

VII. Por último, se incorpora la acción expedita de información, que no se superpone con la amparo por mora.

TITULO VI - DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

I. En este capítulo se define el concepto de “provincias interesadas”; se reconoce la legitimación del Ministerio Público; se indica cuál es la legislación supletoria y se establece el plazo para que el Poder Ejecutivo Nacional dicte el reglamento único de audiencias públicas.

II. Se aborda también la situación de los Entes y Órganos de Control existentes, otorgando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades suficientes para dotar a los Organismos creados de los recursos obrantes y proceder a la pertinente racionalización de los mismos.

III. Se dispone el cese escalonado de los miembros del primer Directorio designado, con arreglo al régimen cuya creación se propone.

IV. En orden a concretar la garantía de la defensa y la tutela judicial efectiva, se dispone el establecimiento de Delegaciones de los Órganos de Control en las capitales de provincia, las que deberán recibir y tramitar reclamos de usuarios, consumidores, prestadores y de la población en general, pudiendo los interesados, desde la vigencia de la ley, accionar judicialmente ante la Justicia Federal con competencia en el lugar de su domicilio.

V. Respetando debidamente nuestra forma de Estado federal, se invita a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires a adherir a los principios de la ley.

VI. Finalmente, se estipula el momento a partir del cual la ley entraría en vigencia.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PROYECTO DE LEY

REGIMEN NACIONAL DE ORGANISMOS DE CONTROL DE SERVICIOS PUBLICOS

AL HONORABLE CONGRESO DE LA NACION:

I Tengo el agrado de dirigirme a V. H. para someterle a consideración el presente proyecto de ley sobre el Régimen Nacional de Organismos de Control de Servicios Públicos, en consonancia con el artículo 42 de la Constitución Nacional que, en su tercer párrafo, alude a los “organismos de control”.

Bien se ha señalado que el texto constitucional dispone que el Poder Legislativo será el encargado de dictar las reglas y, como correlato elemental de la “organización” del servicio, creará esos “organismos de control” encargados de fiscalizar el cumplimiento de las reglamentaciones, sin perjuicio de que tales Organismos pueden dictar –dentro del marco trazado por el legislador- normas generales; pero su función fundamental no es la de dictar reglas, sino la de controlar.

II. Es de destacar la previsión que, al respecto, evidenció el constituyente al dejar establecida la necesidad de contar con tales Organismos, siendo dable advertir el eslabonamiento que se verifica entre los artículos que integran el Capítulo Segundo de la Primera Parte de la norma fundamental, en el que se explicitan los “Nuevos derechos y garantías” incorporados al plexo constitucional por la reforma de 1994: se plasman en ellos las protecciones que resguardan a todo habitante de la Nación y, en particular y en lo que aquí interesa, a los consumidores y usuarios, que encuentran en el texto jurídico de la ley suprema consideración expresa.

Y por cierto que es la precaución del constituyente sencilla de explicar, dado que usuarios y consumidores son por lo común la parte más débil de la relación con los prestadores de servicios públicos, vínculo éste que, generalmente, les es impuesto a aquéllos.

III. Existe, además, otro elemento de juicio de singular relevancia que exige no ser soslayado, esto es, que el servicio público debe ser brindado en beneficio de usuarios y consumidores y de la sociedad en su conjunto. En tal virtud, es deber irrenunciable del Estado garantizar su adecuada prestación, sea en forma directa o a través de terceros, que se desempeñarán entonces como colaboradores en la consecución del interés general.

El Estado debe, por ende, regular y controlar el efectivo y cabal cumplimiento de la prestación del servicio en beneficio del interés público. De allí, pues, la creación constitucional de los Organismos de Control, los que se deben constituir –en el orden normativo y en el de la realidad- en los instrumentos por medio de los cuales el Estado ejerza sus funciones de fiscalización.

IV. El Poder Ejecutivo Nacional pone a consideración de V. H., conjuntamente con el presente proyecto de ley, su propuesta de Régimen Nacional de Servicios Públicos, pues sería insuficiente contar con este último ordenamiento si al propio tiempo no se configuran por ley los Organismos creados constitucionalmente que permitan hacer cierto el control sobre los servicios. El régimen jurídico de los servicios públicos tendrá razón de ser, en tanto sea aplicado en la realidad, y ello será función fundamental de tales Organismos.

V. Como se manifestara en las Exposición de Motivos del proyecto de ley sobre el Régimen Nacional de Servicios Públicos, el artículo 42 constitucional dispone que la legislación se dictará “previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las

provincias interesadas, en los organismos de control”, una de cuyas tareas fundamentales es la de “prevenir y solucionar conflictos”.

Una lectura desprevenida de la norma en trato puede llevar a pensar que en el Organismo de Control deben estar presentes, en la dirección y decisión, esas asociaciones y las provincias interesadas. Pero en una concepción realista, al margen de las casi insalvables dificultades para la implementación de la participación así entendida, se llega a concluir que, cuando la Constitución habla de “participación”, está indicando que tanto las asociaciones de usuarios como las provincias son “parte” indispensable en los procedimientos que se sigan en esos Organismos de Control, remarcándose que una cosa es ser “parte” y otra dirigir y gobernar, a lo que corresponde agregar que si una de las “partes” pudiera dirigir y tomar decisiones se violaría la igualdad ante la ley: los conflictos entre concesionarios y usuarios serían resueltos por un órgano integrado por los segundos y no por los primeros.

Así las cosas, se entiende que la “participación” debe asegurarse citando permanentemente a intervenir en los procedimientos a estos sujetos.

VI. La experiencia acumulada por la sociedad en relación a la calidad del servicio brindado por los prestadores y al ingente número de irregularidades cometidas, llevan a acentuar los controles cruzados. En esa dirección, el proyecto prevé la figura del Veedor de los Trabajadores del prestador. Se trata, en rigor de verdad, de comenzar a poner en ejecución los postulados del artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

TITULO I - DISPOSICIONES GENERALES

En los primeros artículos del proyecto, contenidos en este Título, se apunta a establecer tanto el Régimen Nacional de Organismos Reguladores de Servicios Públicos como a configurar los Organismos de Control detallados en el Anexo.

TITULO II - REGIMEN NACIONAL DE ORGANISMOS DE CONTROL DE SERVICIOS PUBLICOS

I. Se precisa la naturaleza jurídica de dichos Organismos como entidades descentralizadas autárquicas, otorgándoles independencia funcional. La independencia técnica de los mismos debe establecerse de consuno con la independencia de criterio, que les posibiliten el control permanente de los servicios, sin sujeción a presiones de ninguna índole.

II. Se enuncian las funciones y atribuciones de los Organismos de Control, interesando destacar que el cumplimiento de ellas apunta principalmente a resguardar y garantizar los derechos del Estado Nacional, de las provincias interesadas, de los usuarios y consumidores, de los trabajadores

y de la sociedad en su conjunto, sin perjuicio por cierto de los derechos de los gestores del servicio.

Esa enumeración pone de manifiesto la entidad y alcance que revisten los servicios públicos. De ahí, el grado de compromiso y nivel de eficiencia y calidad que cabe demandar a los prestadores. Tal relevancia adquiere aún mayor significación a poco que se admita como corresponde que, así como lo indica el proyecto, la prestación de los servicios públicos debe contribuir al desarrollo económico nacional, a la innovación tecnológica y la distribución equitativa del ingreso.

Bueno es resaltar que el incumplimiento de sus deberes por parte de los funcionarios de los Organismos de Control generará las consiguientes responsabilidades administrativas, patrimoniales e, inclusive, penales. Es hora de que, en todos los ámbitos administrativos públicos, la inexcusable responsabilidad de todo tipo de los agentes del Estado se haga efectiva.

III. Para asegurar la independencia antes mencionada de los Organismos, se los dota de autarquía financiera.

Note V. H. que el propio Poder Ejecutivo Nacional, al elaborar este proyecto, ha propiciado la adopción de sólidos límites a la intervención del Poder administrador. Por esa vía, se procura sentar las bases para que los Organismos queden protegidos de los cambios políticos propios del curso democrático.

Importa subrayar, en este orden de ideas, que facilitarán esa independencia dos recaudos que se incluyeron: la inalterabilidad de la remuneración de los Directores y su remoción sólo a través de sumario administrativo instruido por la Procuración del Tesoro de la Nación, cuyo titular encabeza el Cuerpo de Abogados del Estado, con control de la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo.

IV. El Poder Ejecutivo Nacional también propone una transparente regulación para el procedimiento de designación de los cinco integrantes del Directorio de cada Organismo.

No sólo actuará un Comité de Selección, sino que se brindará amplia difusión pública a la convocatoria posibilitando la articulación de impugnaciones, en un trámite de similar factura al aplicado para la designación de jueces nacionales.

Vale añadir que el mentado Comité estará compuesto por un representante del Poder Ejecutivo Nacional, otro de la Auditoría General de la Nación y otro del Defensor del Pueblo, instituciones las dos últimas incluidas en la esfera del Poder Legislativo Nacional (artículos 85 y 86 de la Constitución Nacional).

V. La relevancia de la tarea que se le encomienda a los Directores explica los requisitos e incompatibilidades que se establecen.

TITULO III - REGIMEN DE CONTROL

I. Así como nuestro régimen republicano se asienta en el sistema de “frenos y contrapesos” que implica la división de poderes, la independencia de que gozarán los Organismos de Control se verá compensada por una firme fiscalización, practicada desde diversas órbitas.

En efecto, se le otorga una clara injerencia al Defensor del Pueblo, mientras que ejercerán la vigilancia que les compete la Auditoría General de la Nación, la Sindicatura General de la Nación y la Oficina Anticorrupción.

II. Con la importancia que tales controles suponen, se ha estimado conveniente crear en el seno de V. H. la Comisión Bicameral Permanente de Monitoreo de los Organismos Reguladores. De esta manera, se intenta cubrir un aspecto de gran significación al tratarse de la prestación de servicios que comprometen y afectan directamente el interés público y se imbrican en las estrategias de desarrollo nacional, aspecto que está constituido por el control político: es incuestionable que en la actualidad el Poder Legislativo, debe cumplir una misión de crítica, de control y de aprobación.

III. Se reitera en este Mensaje que se instituye la figura del Veedor de los Trabajadores del prestador, siendo de enfatizar que el Veedor gozará de la protección que otorga la licencia gremial, mereciendo la misma envergadura el hecho de que su elección será fiscalizada por el Organismo de Control y se resolverá por sufragio secreto, sin que se le exija al candidato la pertenencia a gremio o sindicato alguno.

TITULO IV - AUDIENCIAS PUBLICAS

I. En virtud de la relevancia que deben investir las audiencias públicas, se ha estimado apropiado establecer quiénes serán los legitimados para solicitar su convocatoria y quiénes serán partes en su celebración.

II. La difusión previa del temario, la aportación de propuestas y la posibilidad de ofrecer y colectar prueba, coadyuvarán a que la concreción de la audiencia tenga utilidad práctica.

III. Si bien la audiencia constituye un ámbito de participación democrática, configura también un eficaz recurso de control.

No obstante lo expuesto, cabe recordar que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes (artículo 22 de la Constitución Nacional), lo que torna necesario y conveniente que las opiniones vertidas en la audiencia no resulten vinculantes, mas sin que ello exima al Directorio de emitir acto fundado expidiéndose sobre lo tratado.

IV. Es de interés general que en las impugnaciones judiciales que pudiesen incoarse contra las decisiones vinculadas a las cuestiones debatidas en las audiencias, con el fin de evitar la dispersión de acciones con el dispendio judicial que configura, a lo que se adiciona la eventual aparición de criterios contradictorios, se prevea que las causas se concentren en el magistrado que haya prevenido, al modo en que opera la atracción del juez de la quiebra.

TITULO V - RESOLUCION DE CONFLICTOS

I. Este capítulo regla una cuestión de gran importancia en el diseño del régimen que se propone crear. No sólo se encuentran comprometidos el derecho de defensa y la consiguiente garantía del debido proceso. Está comprendido también el control que deben tener los actos públicos.

II. Si bien, y esto merece ser resaltado, los Organismos de Control no ejercerán de ningún modo actividades jurisdiccionales, que nuestro ordenamiento constitucional reserva a los magistrados judiciales, podrán resolver, en sede administrativa, las controversias que se susciten en el ámbito de su competencia.

III. A efectos de garantizar debidamente la tutela judicial efectiva, los afectados podrán, a su libre elección, interponer contra el acto del Directorio recurso de alzada por ante el Poder Ejecutivo Nacional, que sólo podrá revisar la legitimidad de lo actuado, o bien ocurrir, en cualquier momento, a la justicia competente.

IV. Ante los actos administrativos de alcance general de los Organismos de Control, podrán los legitimados sustanciales activos utilizar la vía recursiva administrativa o la acción judicial directa.

Se ha previsto el recurso de inaplicabilidad de ley y los efectos *erga omnes* de la sentencia definitiva que declare la inconstitucionalidad o inaplicabilidad del acto en crisis.

V. Se ha impuesto un plazo de prescripción razonable que asegure la seguridad jurídica, sin establecer plazos de caducidad en orden a dar la más amplia vigencia al principio de la tutela judicial efectiva reconocida por la Constitución Nacional y los Pactos y Tratados incorporados.

VI. El afán de control aludido determina que, en el caso de acciones colectivas en que se verifique el desistimiento por parte de los actores, sean reemplazados por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público, solución ya contemplada por la Ley de Defensa de Consumidor N° 24.240.

VII. Por último, se incorpora la acción expedita de información, que no se superpone con la amparo por mora.

TITULO VI - DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

I. En este capítulo se define el concepto de “provincias interesadas”; se reconoce la legitimación del Ministerio Público; se indica cuál es la legislación supletoria y se establece el plazo para que el Poder Ejecutivo Nacional dicte el reglamento único de audiencias públicas.

II. Se aborda también la situación de los Entes y Órganos de Control existentes, otorgando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades suficientes para dotar a los Organismos creados de los recursos obrantes y proceder a la pertinente racionalización de los mismos.

III. Se dispone el cese escalonado de los miembros del primer Directorio designado, con arreglo al régimen cuya creación se propone.

IV. En orden a concretar la garantía de la defensa y la tutela judicial efectiva, se dispone el establecimiento de Delegaciones de los Órganos de Control en las capitales de provincia, las que deberán recibir y tramitar reclamos de usuarios, consumidores, prestadores y de la población en general, pudiendo los interesados, desde la vigencia de la ley, accionar judicialmente ante la Justicia Federal con competencia en el lugar de su domicilio.

V. Respetando debidamente nuestra forma de Estado federal, se invita a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires a adherir a los principios de la ley.

VI. Finalmente, se estipula el momento a partir del cual la ley entraría en vigencia.

TITULO I - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto: En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional, la presente ley tiene por objeto sancionar, con carácter de orden público, el Régimen Nacional de Servicios Públicos.

Abre nuevos horizontes a la estructuración de un adecuado sistema de control el artículo 42 de la Constitución Nacional reformada, según el cual las autoridades tienen la obligación de controlar los monopolios, y la calidad y eficacia de los servicios públicos, exigiendo que los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional y los Organismos de Control sean regulados por ley, determinando finalmente que la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos en este

ámbito, sin perjuicio de que también la reforma constitucional contiene importantes regulaciones respecto a los usuarios, cuya figura revaloriza, dándoles jerarquía constitucional, otorgándoles derechos específicos y cristalizando técnicas procesales especiales para hacerlos valer.

En este artículo se invoca expresamente al artículo 42 de la Constitución Nacional. El Poder Ejecutivo Nacional ha entendido que se logrará el más fiel respeto a sus postulados y al espíritu que lo informa, estableciendo por ley de orden público un Régimen Nacional de Servicios Públicos. Es menester sentar un conjunto de disposiciones básicas que den fundamento y sustento a las restantes normas que regularán cada servicio en particular. Es de todo punto conveniente, en ese sentido, que dicho régimen sea concebido para perdurar mientras que las modificaciones se introduzcan, a lo largo del tiempo, en los ordenamientos reglamentarios de rango inferior. De esa manera, se conservaría un núcleo conceptual fundante sin perder flexibilidad.

La importancia institucional, social y económica de la ley, determina que sea calificada como de orden público. Como integrante del bloque de legalidad, será indisponible, salvo modificación legal, para el propio Estado.

Ver comentario artículo 43.

Artículo 2. *Ámbito de aplicación:* La calificación de una actividad como servicio público será precedida por ley formal del Congreso que defina su Marco Regulatorio Sectorial y configure su Organismo de Control. Los servicios públicos que se indican en el Anexo que integra la presente ley están sujetos a sus disposiciones.

Habiéndose dado precedentemente la noción de servicio público, se enuncian en el Anexo aludido en el presente artículo, los servicios sometidos al régimen que se propone crear.

En concordancia con esa tesitura, se dispone que la calificación de una actividad como servicio público debe hacerse por ley formal del Congreso, quien deberá definir su Marco Regulatorio Sectorial y configurar su Organismo de Control.

Como enseñara Benjamín Villegas Basavilbaso, “el régimen jurídico del servicio público implica necesariamente limitaciones a las libertades individuales, a la propiedad privada, a la libertad de comercio e industria, y, por consiguiente, el acto que decida que tal necesidad colectiva debe ser satisfecha por el procedimiento de derecho público, es de la competencia del Poder Legislativo y no del Poder Ejecutivo” (en *Derecho Administrativo*, Tomo III, nº 242).

No está demás puntualizar aquí que, en aplicación del principio de subsidiariedad (indiscutible regla de la prudencia), en esta materia – y habida cuenta de las circunstancias – si basta la regulación policial, no hay por qué avanzar; si el régimen de concesión o licencia satisface, no hay para que ir al

desempeño directo, aunque este último sistema pueda ser en algunos casos indispensable por razones de bien común.

TITULO II – RÉGIMEN NACIONAL DE SERVICIOS PUBLICOS

Artículo 3. Competencia: El Estado Nacional, a efectos de promover el bienestar general y satisfacer el interés público, debe organizar y regular los servicios públicos de competencia nacional, asegurando la continuidad, regularidad, uniformidad y generalidad de su prestación.

Este artículo, a su turno, establece una premisa fundamental, a saber: es atribución del Estado Nacional regular y prestar o delegar en terceros la gestión del servicio público.

La delegación de un servicio público en un particular prestador es, como se señalara, una decisión prudencial coyuntural del Estado, con el propósito de promover y asegurar el bien común, fin general del Estado; por consiguiente, en ningún caso el Estado podrá desatender la regulación, el control y la estricta fiscalización del prestador.

No está de más traer a la memoria que la prudencia política es, precisamente, una cualidad de la razón práctica que la dispone a realizar con prontitud, acierto y eficacia los actos enderezados a la consecución del bien común, como también que ella está integrada por tres momentos, es decir, tres son las operaciones de la razón práctica: a) consejo o deliberación, por la que indaga los medios conducentes al bien común. b) juicio, por la que determina cuál es el medio más útil para alcanzarlo. c) mandato o mando, por la que aplica la voluntad a las acciones ya deliberadas y juzgadas como convenientes.

El servicio deberá ser cumplido, con ajuste a sus caracteres de continuidad, regularidad, uniformidad y generalidad. Ellos deben entenderse a la luz de los preceptos constitucionales.

Con relación a la regularidad, el carácter tiene ahora fundamento constitucional explícito en el artículo 42, porque la regularidad es la prestación del servicio conforme a su marco regulatorio.

La uniformidad significa la igualdad de trato en la prestación y ello surge ahora del mismo artículo 42: “condiciones de trato equitativo”; y a la garantía original de igualdad del artículo 16 se ha agregado la previsión del artículo 75 inciso 23.

La generalidad- que implica que el servicio existente puede ser exigido y usado por todos los habitantes que se encuentren en condiciones reglamentarias de recibirlo- se deduce de los artículos 42 y 75 inciso 23, en especial cuando este último se refiere a “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato”.

Finalmente, la continuidad –esto es, la no interrupción del servicio o lo que es lo mismo su no suspensión, sea el servicio continuo o intermitente– queda implicada en el concepto constitucional de “calidad”.

Ahora bien, existen dos modos de prestación o de gestión de los servicios públicos: directa e indirecta. La primera acaece cuando el servicio es gestionado por la Administración, ya sea por órganos centralizados, desconcentrados o entidades descentralizadas. La segunda tiene lugar cuando la gestión está a cargo de sujetos privados o entidades públicas no estatales, incluso de sociedades cooperativas. En esta ley se prevén como formas de prestación indirecta de los servicios públicos la concesión y la licencia, aunque existen otras, como el arrendamiento, en la cual la Administración delega la prestación del servicio a un particular, bajo su regulación y control, pero sin otorgarle potestades públicas a tal fin, habiéndose entendido que se trata en esencia de un contrato de locación de servicios, en el cual el cocontratante o empresario se hace cargo del servicio ya organizado y en donde los usuarios no tienen relación jurídica con aquél, sino con la Administración, a quien deben pagar el precio o la tasa del servicio.

Así las cosas, se señala que el concesionario o licenciatario puede ser una persona física o jurídica, privada o pública. Generalmente las concesiones se otorgan - en razón de los grandes capitales y de la organización que requieren los servicios - a sociedades; pero en servicios que pueden ser explotados con pequeños capitales (como el de transporte automotor de pasajeros) nada impide que una persona física sea concesionario.

Es significativo destacar que la calidad de concesionario o licenciatario no influye sobre su condición jurídica: si era una persona física o jurídica, pública o privada, estatal o no estatal, continúa siéndolo no obstante su nueva calidad de concesionario.

Y cuando es una persona no estatal, por ser concesionario no adquiere –si es física– la calidad de funcionario o empleado público, ni de órgano estatal, ni revisten tal carácter las personas de que se sirve para la explotación del servicio.

Por otra parte, el contrato de concesión es “intuitu personae”, con las siguientes consecuencias fundamentales:

1. La concesión de servicio público debe ser ejercida personalmente por el concesionario, por su exclusiva cuenta y riesgo. “El concesionario –ha escrito Manuel M. Diez (en *Derecho Administrativo*, Tomo III, p. 284), si el servicio funciona en la forma prevista en la concesión, debe obtener, lógicamente, una ganancia. Así ocurre si el concesionario es diligente en la explotación de la empresa, la administración se ajusta a lo pactado en la concesión y la situación de hecho que existe al otorgarse aquélla subsiste durante todo el plazo de la misma. Si las previsiones financieras del concesionario no se cumplen por causas que le sean imputables, es suya la responsabilidad y nada puede reclamar a la administración concedente, ya que la explotación del servicio corre por su cuenta y riesgo”.

2. No puede ser transferida o cedida sin autorización del concedente. Enseñaba Rafael Bielsa: “El contrato de concesión se celebra siempre ‘intuitu personae’. Bien que las ofertas –en la terminología administrativa son licitaciones- se hagan ‘ad incertam personam’, en la adjudicación y formalización del contrato la personalidad del concesionario entra como elemento particular (sea por su competencia, su solvencia, etc.). Por consiguiente, éste no puede transferir la concesión sin el consentimiento de aquél de quien aquélla emana” (en *Derecho Administrativo, Tomo II, p.225*). Mas esto no impide celebrar con terceros contratos “accesorios” relativos al servicio (v.gr., el contrato por el cual una empresa de ferrocarril pacta con otra firma la limpieza de los vagones destinados al transporte de ganado), siempre que no impliquen una transferencia directa o indirecta de la concesión (p.ej., el contrato por el cual el concesionario pacta que un tercero tomará a su cargo la distribución de la energía eléctrica a los abonados y cobrará las cuentas, entregándole una parte del producto en concepto de arrendamiento de la instalación y producción de corriente, lo que implica una verdadera cesión de la concesión). Y se ha señalado que la sanción de la prohibición de ceder sin autorización, es doble, pues la cesión no es oponible a la Administración, y la misma puede dar lugar a la rescisión del contrato por causa imputable al contratista.

Artículo 4. Aplicabilidad a los Servicios prestados por el Estado. En los casos en que la prestación de servicios públicos esté a cargo del Estado Nacional, sea cual fuere la forma jurídica adoptada para ello, también serán aplicables, en lo pertinente, las disposiciones contenidas en el presente régimen.

La norma en trato completa al precepto precedente, dejando sentado que el régimen de servicios públicos será aplicable aún si los presta el Estado, sea por órganos centralizados, desconcentrados o entidades descentralizadas, inclusive por gestión mixta (por ejemplo, sociedades de economía mixta u otras formas de asociación entre la Administración y un particular para la gestión de un servicio público, asociación que nace de un contrato en cuya virtud participan conjuntamente la Administración y el particular en la gestión del servicio y en su alea de explotación). Esta previsión apunta a resguardar en plenitud los derechos de usuarios y consumidores, comportando límites y deberes que el Estado se impone a sí mismo y que, como custodio del bloque de legalidad, deberá acatar y respetar antes que nadie.

Artículo 5. Deberes del Estado: A los fines del desarrollo económico nacional y la más justa distribución del ingreso, el Estado Nacional debe:

- a) asegurar que los servicios públicos sean prestados en forma económicamente eficiente y satisfactoria, cumpliendo estándares de calidad y seguridad;

- b) procurar el acceso universal a los servicios públicos;
- c) fomentar la educación para el consumo y asegurar un pronto acceso a la información, adecuada y veraz;
- d) procurar los máximos niveles posibles de competencia, evitando prácticas anticompetitivas o de abuso de posición dominante, esforzándose en neutralizar los efectos distorsivos de los monopolios u oligopolios naturales o legales;
- e) adoptar los recaudos necesarios para que se efectúen inversiones que aseguren el suministro de las prestaciones a largo plazo con la más apropiada tecnología;
- f) promover el desarrollo de una red de proveedores locales;
- g) proteger el medio ambiente asegurando el uso racional de los recursos presentes y potenciales;
- h) fijar un sistema tarifario justo, razonable y transparente que -en un marco de sustentabilidad del servicio- minimice su costo total y brinde al prestador la posibilidad de obtener un ingreso razonable.

Respecto de este artículo cabe señalar que constituye la mejor demostración del criterio que informa a este proyecto. Se enuncian, como primera medida, los deberes del Estado en su carácter de titular del servicio público. Además, se deja sentado que el bienestar general habrá de perseguirse por medio de la promoción del desarrollo económico nacional y la más justa distribución del ingreso. Y en esta cuestión es necesario el énfasis: no se verificará un crecimiento económico sustentable en el país ni existirá paz social en tanto perduren situaciones de grave injusticia en la distribución de la riqueza.

Esa enumeración no taxativa de los deberes del Estado lo restituye en el rol dinámico y activo que está obligado a desempeñar.

La lectura de los incisos debe realizarse confrontando, al mismo tiempo, la realidad. Ellos ponen de relieve carencias en los casos en que se ha resuelto, ejecutado y sostenido el proceso de “privatizaciones” sin bases regulatorias, sin fiscalización real y efectiva. Revela, asimismo, que la claridad del artículo 42 de la Constitución Nacional hace posible sanear ese estado de cosas adoptando medidas apropiadas, como se estima lo es este proyecto que se somete a la consideración de V. H..

Es en tal entendimiento que, cuando entre los deberes del Estado se incluye el de adoptar los recaudos necesarios para que se efectúen inversiones, se asume una redacción que permita tanto la decisión prudencial de promover inversiones privadas de riesgo mediante señales económicas que penalicen los incumplimientos en la continuidad y calidad del suministro, cuanto –en caso necesario- exigir y controlar un plan de inversiones como alternativa. En el primer caso, los prestadores deben invertir tanto cuanto fuere necesario para garantizar el servicio con la calidad establecida y, en caso de insuficiencia o calidad inferior a la del régimen de calidad de servicio aprobado, se lo sanciona con cargos que se devuelven a los usuarios (tal, p. ej., el diseño de

los contratos de concesión para distribución de energía eléctrica vigentes en el nivel federal).

En este mismo sentido debe entenderse la referencia a promover el desarrollo de una red de proveedores locales. No se propone la inclusión de una obligación de esta naturaleza en las disposiciones del Pliego o las estipulaciones del contrato, porque se tiene conciencia de que su inclusión genérica puede encubrir ineficiencia y connivencias que luego se traducen en el encarecimiento de los servicios a la comunidad en su conjunto, para rentar en exceso a ciertos sectores proveedores. No es conveniente restringir en los procesos licitatorios la sana competencia de un número suficiente de oferentes que desaliente acuerdos perjudiciales al interés económico general. Por ello se considera más adecuado para la correcta consecución del fin buscado (esto es, la generación de trabajo y desarrollo argentinos), el promover el crecimiento de una industria proveedora nacional que genere trabajo en el país a través de señales y regulaciones económicas situadas fuera del contrato de concesión, haciendo prevalecer el principio de subsidiariedad, entendido en el caso como dejar actuar a los particulares dentro de las reglas propias de la actividad, controlar seria y atentamente y corregir los desvíos si los hubiese.

Se incluye en el texto elevado a consideración de V. H., entre los deberes del Estado, el fijar un sistema tarifario justo, razonable y transparente que -en un marco de sustentabilidad del servicio- minimice su costo total y brinde al prestador la posibilidad de obtener un ingreso razonable en condiciones eficientes de prestación.

En definitiva, caracterizando al servicio público la titularidad estatal sobre la actividad y el carácter de mero gestor delegado de quien presta una sobre la que no detenta titularidad, queda este último vinculado a las condiciones de suministro que han sido determinadas por el delegante.

TITULO III - REGIMEN DE PRESTACION POR TERCEROS

CAPITULO I

Artículo 6. Plan de inversiones. El Poder Ejecutivo Nacional podrá, en el marco del artículo 5 de la presente ley, definir o aprobar planes de inversiones a ejecutarse durante la prestación del servicio, debiendo incluirlos expresamente en el marco contractual correspondiente. En todos los casos en que el Poder Ejecutivo Nacional defina o apruebe planes de inversión, deberá justificarse técnica y económicamente la razonabilidad de cada una de las inversiones incluidas o aprobadas en el plan y deslindarse con precisión las responsabilidades que competarán al prestador y al Estado por insuficiencia o exceso de las inversiones.

Conforme a este artículo, será materia de decisión política del Poder Ejecutivo Nacional, el diseño y determinación de un plan de inversiones a cumplir a lo largo de la prestación del servicio. En caso de decidir o aprobar el

Estado un determinado plan de inversiones, es obligatoria su inclusión en el contrato de otorgamiento.

Se recepta el sano principio a tenor del cual en todos los casos en que el Poder Ejecutivo Nacional defina o apruebe planes de inversión, deberá justificarse técnica y económicamente la razonabilidad de cada una de las inversiones incluidas o aprobadas en el plan y deslindarse con precisión las responsabilidades que competarán al prestador y al Estado por insuficiencia o exceso de las inversiones.

Artículo 7. Modalidad y plazo de la prestación: El Poder Ejecutivo Nacional, con intervención del Organismo de Control, determinará la modalidad de prestación del servicio público entre las previstas en los artículos 8 y 9 de la presente ley. En todo caso, la delegación u otorgamiento será temporal, por un lapso proporcionado a la naturaleza del servicio de que se trate.

El presente artículo establece que el Poder Ejecutivo Nacional determinará la modalidad de prestación del servicio público, con intervención del Organismo de Control, con lo que este último se constituye en un Organismo de consulta necesario para tal decisión política, aunque obviamente su dictamen no sea vinculante. Ver comentario al art. 3 sobre modos de prestación o de gestión de los servicios públicos.

Agrega el mismo artículo que toda delegación u otorgamiento será temporal, pues de lo contrario el Estado estaría prácticamente enajenando irregularmente (es decir, por una vía ilegítima) uno de sus cometidos. Como enseñara Rafael Bielsa, “El Estado... mediante la concesión atribuye a una persona, privada o pública, un derecho personal, y temporal, pues el concedente continúa siendo el titular del servicio. Esto se explica, porque la realización de un servicio público es una función propia de la Administración pública, y ésta no puede enajenar sus atribuciones; sólo puede conceder el derecho de realizar el servicio en las condiciones que ella lo haría, y, en todo caso, por tiempo determinado. De ahí el carácter siempre transitorio de la gestión por concesión “ (en *Derecho Administrativo*, Tomo II, nº 293).

Es apropiado, aquí, consignar las diferencias entre la concesión de servicios públicos, el contrato de obra pública y el de concesión de obra pública.

1. Para realizar una obra pública valiéndose de la colaboración de terceros, el Estado puede recurrir al contrato de obra pública o a la concesión de obra pública. La diferencia esencial entre estas dos figuras jurídicas está dada por la forma de remuneración del contratista:
 - a) En el contrato de obra pública el contratista ejecuta la obra y percibe el precio de la entidad estatal, siendo “res inter alios” para los administrados. Su objeto es simplemente construir una obra pública por cuenta de la administración; es similar al contrato de construcción

del derecho privado, y si la obra luego de construida se destina a un servicio público, nada tiene que ver con éste.

- b) En la concesión de obra pública el contratista que ha ejecutado la obra no es remunerado por la entidad estatal, sino por ciertos administrados mediante sistemas como el peaje o la contribución de mejoras; se trata, entonces, de un contrato que produce efectos con relación a terceros.

En definitiva, la concesión de obra pública no es otra cosa que un contrato de obra pública donde el contratista es remunerado en una forma particular: no por la entidad estatal con la que contrató, sino por ciertos administrados, mediante el peaje o contribuciones especiales.

2. Se han señalado las siguientes diferencias sustanciales entre la concesión de servicios públicos y de obras públicas:

- a) La primera supone necesariamente la gestión de un servicio público considerado en su unidad orgánica, mientras que en la segunda el objeto no es el servicio público sino una obra pública.
- b) Mientras en la concesión de obra pública el elemento más importante es la “construcción” de la obra, en la de servicios públicos es la “explotación” de un servicio por el concesionario.

Resulta obvio que tampoco debe la concesión de servicios públicos confundirse con ciertos contratos de locación de obra o de servicios que puede celebrar una entidad estatal y cuyo objeto no es la ejecución de un servicio público, como la contratación con un estudio jurídico para la confección de un pliego de bases y condiciones para una licitación.

CAPITULO II

Artículo 8. Régimen uniforme: El Poder Ejecutivo Nacional puede delegar, por medio de concesión o licencia, de conformidad con el presente régimen, la prestación de los servicios públicos en personas físicas o jurídicas, públicas o privadas sin fines de lucro o cooperativas, o prestarlos en forma asociada, fijando las incompatibilidades, inhabilidades, obligaciones y derechos en consonancia con los principios del presente Régimen Nacional de Servicios Públicos.

Todos los operadores y/o prestadores quedarán sometidos a las mismas reglas de competencia, recibirán el mismo trato, y se garantizará la transparencia de las relaciones financieras entre los operadores y/o prestadores y los poderes públicos.

Ver comentario al art. 3 sobre modos de prestación o de gestión de los servicios públicos.

Se reconoce en el artículo en trato al Estado Nacional, a través del Poder Ejecutivo Nacional, la facultad de delegar la prestación –obviamente, previo procedimiento de elección del contratante- en personas jurídicas públicas, privadas sin fines de lucro o en cooperativas. Por esa senda, el

Estado Nacional recupera capacidad de decisión para encontrar los instrumentos más idóneos, según las circunstancias de tiempo y lugar, a fin de satisfacer el interés social.

Por cierto también que, mediando competencia, estas empresas quedarán sometidas a las mismas reglas que las otras empresas del sector, no pudiendo aquéllas recibir un trato distinto, debiendo garantizarse la transparencia de las relaciones financieras entre las empresas de marras y los poderes públicos.

CAPITULO III

Artículo 9. Otorgamiento por licitación pública: Toda concesión o licencia relativa a la prestación de servicios públicos, sólo podrá ser otorgada, salvo las excepciones que expresamente se establezcan en el Marco Regulatorio Sectorial de una actividad, mediante licitación pública -o concurso público- y previa existencia del Marco Regulatorio correspondiente y funcionamiento del Organismo de Control respectivo. La adjudicación de una concesión o licencia en que se reconozcan privilegios de exclusividad o monopolio requerirá en todos los casos de licitación pública, sin excepción.

El pliego deberá incluir indefectiblemente:

- a) el plazo de la concesión o de la licencia;
- b) la determinación o criterio de determinación de los bienes -muebles e inmuebles- que a la conclusión del otorgamiento serán transferidos al Estado Nacional concedente;
- c) el requisito de que las tarifas sean calculadas y expresadas en moneda nacional, exhibiendo la estructura de costos que sustenta la oferta;
- d) el alcance de la responsabilidad de la casa matriz respecto de la propuesta formulada por oferentes controlados o vinculados;
- e) el sometimiento a la legislación y jurisdicción nacional para la dilucidación de conflictos a que diere lugar la aplicación o interpretación de la concesión o licencia y todo lo atinente a la prestación del servicio público;
- f) la prohibición de transferir o ceder, total o parcialmente, el contrato sin previa autorización del Poder Ejecutivo Nacional con intervención del Organismo de Control;
- g) la obligación del oferente de informar su composición accionaria y la de las sociedades controladas o vinculadas al momento de inicio del procedimiento, así como la obligación de informar cualquier modificación de dicha composición durante todo el proceso de adjudicación;
- h) la obligación del oferente de constituir sociedades jurídicamente independientes del prestador para desarrollar cualquier negocio o actividad diferente al servicio objeto de la licitación;
- i) garantía de mantenimiento de la oferta y de cumplimiento del contrato, la que en caso de ser garantía líquida será ejecutable por simple requerimiento no satisfecho con el depósito de la suma reclamada, sin que quepa la suspensión del acto que ordena su integración;
- j) penalidades y procedimientos de aplicación, estableciendo que la multa podrá compensarse respecto de cualquier crédito del prestador con el

Estado Nacional devengado en la ejecución del contrato, o realizase contra la garantía de éste la que, en su caso, deberá reconstituirse.

El funcionario que disponga la compensación prevista en el inciso precedente con violación de los límites de la actividad discrecional, generando perjuicio patrimonial por indemnizaciones a particulares en detrimento del erario público, será patrimonialmente responsable en forma solidaria.

Los beneficios que se fijan en el pliego a favor del prestador deberán ser expresos y serán interpretados restrictivamente.

En este artículo se impone la obligación, de principio, de sustanciar licitación pública como procedimiento administrativo de otorgamiento de concesión o licencia.

Las entidades estatales no siempre pueden elegir libremente a su contratante, siendo muy común que el orden normativo las constriña a efectuar dicha elección observando o respetando ciertas normas, exigencia que puede aparecer más acentuada con referencia a unos contratos que a otros. Así, en los contratos de suministro prevalece el criterio de que la elección del contratante debe ajustarse a determinados procedimientos; en cambio, tratándose de contratos donde predomine el carácter "intuitu personae", la entidad estatal tiene libertad –o mayor libertad que en otros supuestos– para seleccionar a su contratante, pues no toda persona suele reunir las condiciones especiales requeridas para efectuar determinada prestación.

Los procedimientos para la elección del contratante que establece el orden normativo tratándose de contrataciones administrativas, suelen ser la licitación –pública y privada o restringida- la contratación directa, el concurso y el remate público.

Ahora bien, en la concesión que nos ocupa conviene recurrir a la licitación pública por principio, siempre que técnica y administrativamente sea posible, pero permitiendo que en cada servicio en particular su ley específica pueda fijar con carácter taxativo el recurso a otros procedimientos de adjudicación, cuando ello resulte razonablemente justificado. Con carácter excepcional y fundamentos objetivos, será admisible la contratación directa (donde la entidad estatal busca al contratante de la misma manera que los particulares y celebra el contrato con él), pero en estos casos la Administración –por obvias razones éticas- debe dar amplia publicidad a dicha selección y motivar su decisión. La licitación o concurso público, en cambio, debe ser el procedimiento ineludible en los casos en que se adjudique un área o sistema con carácter de exclusividad o monopolio para la prestación de determinados servicios.

Se ha estimado oportuno, con el afán de asegurar la claridad en la actuación pública, incluir en el presente régimen a la licencia y el permiso, en tanto se verifiquen en torno a ellos los términos fijados en la norma. Es decir, al margen del "nomen iuris", los institutos bajo tales denominaciones serán juzgados conforme a su verdadera naturaleza jurídica, según los conceptos

que a continuación se exponen. Es conveniente entonces precisar conceptos y terminología para una mejor interpretación y aplicación de las normas.

1. En la **autorización** la respectiva actividad no está prohibida, existiendo un sujeto que es titular de un derecho preexistente, cuyo ejercicio se halla condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos.

La autorización se aplica tratándose de actividades particulares de interés público (“servicios público impropios”), “industrias reglamentadas” y en los servicios sociales.

2. En el **permiso** en cambio, por principio se trata del otorgamiento de un derecho nuevo al particular, que constituye una excepción a una prohibición impuesta por una norma de policía en forma preventiva (p. ej., permiso para portar armas), aunque debe aclararse que, en materia de utilidades privativas del dominio público (esto es, su uso especial o diferencial), se encuentran los permisos de estacionamiento y de uso.
3. La **habilitación** es por lo general otorgada a negocios o establecimientos, previa comprobación de que reúnen las condiciones requeridas de seguridad, salubridad, preservación ambiental, etc..

Las figuras que anteceden, en principio propias del “ius politiae”, no deben ser confundidas con las de la concesión y la licencia en materia de servicios públicos.

4. La **concesión** es constitutiva de derechos, e implica que –como en la de servicios públicos– se transfiere una atribución que pertenece “iure proprio” al Estado (“lato sensu”), dándose por tanto en aquellos supuestos en los cuales existe “publicatio”, esto es, una decisión legal en el sentido que determinada actividad constituye servicio público. Esta “publicatio” significa encuadrar la actividad en el ámbito de la función administrativa y cuya titularidad, a partir de ella, pasa al Estado, no pudiendo los particulares ejercerla “iure proprio”. Y corresponde añadir que la concesión no cambia la naturaleza jurídica del servicio, que sigue siendo un servicio público y, por ende, corresponde aplicar al servicio concedido el régimen del servicio público.
5. La **licencia**, como instrumento en materia de servicios públicos, es un acto administrativo unilateral constitutivo de derechos a título precario.

Así las cosas, es necesario puntualizar que todo lo que se dice en el texto del proyecto respecto del concesionario es aplicable, “mutatis mutandi”, al licenciatario. Quedan, de tal forma, delineadas las dos figuras jurídicas, cuyos conceptos y denominaciones habrán de emplearse una vez que V. H. sancione el proyecto, sin perjuicio que –como se anticipara– a las hasta ahora denominadas licencias y permisos se les aplique el régimen jurídico correspondiente a su naturaleza, al margen del “nomen iuris” utilizado. Así, v. gr., las denominadas licencias para la prestación de los servicios públicos de

transporte y distribución de gas, son verdaderas concesiones en el sentido antes expuesto.

Se añade, además, otro requisito que no merece pasar desapercibido. En efecto, no podrá concretarse ningún otorgamiento si previamente no existe Marco Regulatorio Sectorial y Organismo de Control competente, ambos creados por ley. Debe tenerse en cuenta que no se busca el cumplimiento de una mera formalidad, sino que estos Organismo de Control estén en condiciones de cumplir efectivamente sus funciones.

Los incisos consignados en la presente norma incluyen los requerimientos indispensables del pliego, sin perjuicio de los que correspondan en consonancia con la naturaleza y características de cada servicio.

Pueden agruparse, en síntesis, en tres aspectos, a saber: a) modalidades de la contratación; b) medidas de control sobre el oferente y eventual adjudicatario; c) sujeción a las normas y a la realidad del lugar de cumplimiento de la prestación (v. gr. moneda nacional y jurisdicción local).

Cuadra resaltar que la obligación de aplicar normativa nacional y de someterse exclusivamente a los tribunales locales encuentra asidero en que la materia involucrada está regulada por el derecho público, es una actividad directamente afectada a la consecución de la utilidad y el interés público. Integra, por cierto, el cúmulo central de políticas de gobierno que conforman la estrategia nacional de crecimiento y desarrollo.

Se establece que la adjudicación de una concesión o licencia en que se reconozcan privilegios de exclusividad o monopolio requerirá en todos los casos de licitación pública, sin excepción. Se rememora que en virtud de la cláusula de exclusividad el concedente se obliga a no otorgar nuevas concesiones o licencias para el mismo servicio, pudiendo el plazo de la exclusividad coincidir con el de la concesión o licencia o ser más reducido. También, que el monopolio es la supresión de la concurrencia en una actividad libre para reservarla a una persona pública o privada, mientras que la cláusula de exclusividad sólo puede surgir en los servicios públicos, donde no existe libre concurrencia pues para explotarlos se necesita concesión. El servicio de suministro de energía eléctrica puede brindar un ejemplo de la distinción: la cláusula de exclusividad inhabilita el otorgamiento de nuevas concesiones o licencias, pero no impide a los particulares producir electricidad para su consumo propio por lo que, ante la posibilidad de que fábricas importantes puedan generar su propia energía, sin adquirirla al concesionario, cabría establecer un monopolio en beneficio de éste. Igualmente el plazo del monopolio puede coincidir con el de la concesión o ser menor, caso este último en que el privilegio desaparece antes de extinguirse la concesión. Y se concluye destacando que ni el monopolio ni la exclusividad constituyen datos esenciales de la noción de servicio público.

Artículo 10. Elaboración y difusión del pliego: El Poder Ejecutivo Nacional deberá contar con el asesoramiento del Organismo de Control en la elaboración del pliego correspondiente. Una vez confeccionado el mismo, el Organismo de Control deberá ponerlo en conocimiento de las provincias interesadas y de las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente inscriptas, que dispondrán de quince (15) días hábiles, computados desde su notificación, para formular observaciones, las que serán elevadas al Poder Ejecutivo Nacional con dictamen del Organismo de Control. La aprobación de los pliegos deberá ser resuelta por acto administrativo expreso.

El llamado a licitación lo hace el Poder Ejecutivo Nacional, lo cual supone la previa preparación del pliego de condiciones, que es una reglamentación minuciosa que regirá el contrato y que debe ajustarse al mínimo de condiciones fijadas en el artículo anterior..

Artículo 11. Preadjudicación y adjudicación: El Poder Ejecutivo Nacional evaluará las propuestas, con intervención del Organismo de Control y la autoridad de aplicación de la Defensa de la Competencia. Preadjudicada la oferta más conveniente, deberán emitir dictamen la Procuración del Tesoro de la Nación y la Sindicatura General de la Nación.

Artículo 12. Impugnaciones: El procedimiento de impugnación estará regido por el principio de gratuidad de las actuaciones administrativas, sin perjuicio de la exigencia de garantías o fianzas en orden a evitar y sancionar cuestionamientos que impliquen abuso del derecho de impugnación.

Si bien los servicios públicos y los Organismo de Control son creados por ley, ambos se desenvolverán en la esfera del Poder Ejecutivo Nacional (artículo 99, inciso 1 de la Constitución Nacional).

En tal virtud, la sustanciación de la licitación y la adjudicación serán resueltas en ese ámbito. Sin embargo, se propone instaurar un férreo mecanismo de control y participación, con intervención de la autoridad de aplicación de la Defensa de la Competencia, de las provincias involucradas y las asociaciones de consumidores y usuarios, y dictámenes de la Procuración del Tesoro y la Sindicatura General de la Nación, posibilitando impugnaciones en el marco del principio de gratuidad de las actuaciones administrativas, que tiende a favorecer el debate y por ello el control del comportamiento estatal por parte de oferentes, usuarios y consumidores, aunque admitiendo herramientas que desalienten el abuso del derecho de impugnación.

Por otra parte, y a la luz de la diversidad de elementos de juicio a sopesar en una contratación de tal complejidad, se ha entendido más conveniente no sujetarse al principio de adjudicación a la oferta de menor precio. Aún así, y con más razón, el acto administrativo deberá estar debidamente fundado justificando pormenorizadamente la elección. Ha demostrado ser muy útil el recurso al denominado procedimiento de doble sobre. Evaluar en primer término la capacidad económica, la capacidad y antecedentes técnicos del oferente (lo que es decididamente relevante para la correcta prestación del servicio) y, luego, definir en función de la mejor oferta

económica entre todos los considerados técnica y económicamente admisibles como oferentes. Es decir, primero hacer un filtro de capacidad técnica y económica, para lo cual debe establecerse una regla de evaluación objetiva y común a todos los oferentes, con carácter previo al concurso (es decir, incluida en el pliego); y segundo, que entre todos los que superen dicho filtro la selección se defina por la mejor oferta económica. En este procedimiento debe presentarse, simultáneamente a la oferta general, en sobre aparte, la oferta económica en sobre cerrado, que se abrirá una vez evaluado el primer filtro.

Artículo 13. Prórrogas: Las concesiones y licencias, por principio, no podrán prorrogarse. El Poder Ejecutivo Nacional deberá iniciar, con la adecuada antelación, el procedimiento para sustanciar el nuevo llamado a licitación. Si por razones excepcionales, debidamente fundadas, no existiese adjudicación al culminar el otorgamiento, el Estado Nacional asumirá la prestación directa del servicio. En caso de imposibilidad cierta y comprobada de hacerlo, el Poder Ejecutivo Nacional podrá acordar con el prestador la continuidad por un plazo máximo, no prorrogable, de doce (12) meses, manteniéndose en tal caso las condiciones pactadas.

Lo dispuesto en el presente artículo es sin perjuicio de las disposiciones en materia de prórroga contenidas en las concesiones o licencias otorgadas en el marco de las Leyes N° 24.065 y 24.076.

A efectos de no desvirtuar los principios de licitación pública y de temporalidad aludidos, se excluye, en principio, la posibilidad de prorrogar las concesiones (o, en su caso, las denominadas licencias y permisos) evitando perpetuar al prestador, pero se contempla expresamente la eventualidad de continuación de la prestación ante demora en la adjudicación al nuevo prestador y, en el caso particular de las concesiones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, conforme a criterios de Marcos Regulatorios Sectoriales establecidos por ley formal.

Artículo 14. Inhabilidades: No podrán ser oferentes, ni tampoco accionistas, ni ocupar puestos de responsabilidad de cualquier índole en empresas de servicios públicos (tales como directores, síndicos, gerentes, apoderados, representantes o asesores):

- a) los funcionarios públicos que se hayan desempeñado en los Estados Nacional, provinciales o en los municipios, legisladores y jueces, mientras no hayan transcurrido tres (3) años de haber cesado en esos cargos, en el caso en que hayan intervenido en la decisión de cuestiones que se relacionen directamente con el oferente o cualquiera de las empresas o grupos empresarios vinculados al mismo;
- b) los extranjeros que hayan tenido acreditación diplomática en el país, y los funcionarios o contratados de Organismos multilaterales de crédito, en los casos en que hayan intervenido en cuestiones que se relacionen directamente con el oferente o cualquiera de las empresas o grupos

- empresarios vinculados a oferente, hasta dos (2) años de haber cesado en sus servicios;
- c) las personas nacionales o extranjeras condenadas en el país o en el extranjero, o las sociedades cuyos directores, apoderados, gerentes, representantes o accionistas controlantes, se encuentren en igual situación, por actos o hechos dolosos, en tanto no haya transcurrido el doble de tiempo de la condena;
 - d) los concursados y los inhabilitados, mientras duren los efectos de esas medidas;
 - e) los deudores morosos de obligaciones impositivas o de la seguridad social, en tanto hayan sido reconocidas expresamente o haya recaído acto administrativo o sentencia firmes, hasta transcurridos tres (3) años de haberse regularizado el cumplimiento;
 - f) las personas que hayan sido pasibles de rescisiones contractuales o de revocación de contratos o licencias por culpa, por parte de los Estados Nacional, provinciales, o de los municipios, en tanto no hayan transcurrido cinco (5) años de la rescisión o revocación;
 - g) las personas que hayan recibido sanciones, en el ámbito nacional o internacional, por afectar el medio ambiente, en tanto no hayan dado cumplimiento a la sanción pecuniaria o, en su caso, no hubiese transcurrido el doble de tiempo de la condena impuesta;
 - h) los que se encuentren comprendidos en las situaciones específicas de inhabilitación, incompatibilidad o causales de exclusión precisadas en las leyes, reglamentos, pliegos y contratos atinentes a cada servicio.

Las inhabilitaciones previstas en el presente título resultarán aplicables a los contratistas del prestador en tanto se trate de empresas vinculadas.

La violación de estas normas determinará la nulidad absoluta del contrato o licencia.

Artículo 15. Inhabilitaciones sobrevinientes: Las inhabilitaciones sobrevinientes determinarán la rescisión del contrato o la revocación de la licencia por culpa del prestador, en tanto éste no produzca, de ser ello posible, la subsanación en el plazo perentorio que fije el Organismo de Control.

El anteriormente referido proceso de selección del oferente pone de manifiesto la necesidad de que el Estado adjudique a quien le ofrece las mejores garantías de fiel cumplimiento del contrato. En tal dirección apuntan los artículos 14 y 15. Intentan, además, ocluir la connivencia o colusión entre servidores del Estado y prestadores. La limitación se circunscribe a ciertos niveles de decisión o injerencia, vinculados con las actividades que hubieren estado en el área de competencia del inhabilitado.

Artículo 16. Objeto exclusivo de la concesionaria o licenciataria: El que resulte concesionario o licenciataria de un servicio público debe tener por objeto exclusivo la prestación del servicio de que se trate, incluyéndose en aquél la realización de actividades complementarias que permitan alcanzar

mejores tarifas en beneficio de los usuarios. Tal persona, o sus accionistas, -en el caso que no existan limitaciones normativas que excluyan tal posibilidad - deberán constituir sociedades jurídicamente independientes para desarrollar cualquier negocio o actividad diferente del servicio concesionado o licenciado.

El presente artículo establece la obligatoriedad de objeto exclusivo para las personas jurídicas concesionarias o licenciatarias, por cuanto asegura una mejor posibilidad de acceso a la información real sobre los costos efectivos de prestación del servicio, necesario para la definición por el Estado de la tarifa justa y razonable y, en su caso, del subsidio necesario para la prestación del servicio en las condiciones de calidad y seguridad requeridas.

Artículo 17. Obligaciones del prestador: El prestador deberá:

- a) prestar el servicio por su cuenta y riesgo, de acuerdo con los principios establecidos en el presente Régimen Nacional de Servicios Públicos, ateniéndose estrictamente al Marco Regulatorio Sectorial, al pliego licitatorio, al contrato, a las instrucciones y resoluciones del Organismo de Control y a toda la normativa aplicable en la materia;
- b) satisfacer toda la demanda de servicios que le sea requerida en el pliego y en el contrato, desarrollando la capacidad de prestación del servicio de manera de poder abastecer cualquier incremento razonable en la demanda en el más corto plazo y con la tecnología más apropiada;
- c) atento al principio de continuidad del servicio, abstenerse de interrumpirlo en forma total o parcial por mora o incumplimiento del Estado Nacional, considerándose dicha interrupción como abandono del servicio y causal de rescisión culpable; exceptúase el caso fortuito, y será viable la suspensión de la ejecución en los supuestos en que exista una razonable imposibilidad de cumplir el contrato o la licencia en las condiciones establecidas;
- d) conservar en condiciones operativas y de mantenimiento adecuadas los bienes afectados al servicio y, en su caso, devolverlos o transferirlos al vencimiento del contrato o la licencia al Estado Nacional, o transferirlos a los nuevos prestadores, incluyendo las mejoras producidas y los bienes incorporados por el prestador o por ejecución de terceros interesados;
- e) preservar su capacidad financiera para cumplimentar el servicio, observando a tal fin las obligaciones establecidas en el Marco Regulatorio Sectorial, en el pliego y en el contrato o licencia en cuanto a capital propio, reservas, inversión y reinversiones, distribución de dividendos y coeficiente de endeudamiento respecto al patrimonio neto, y solicitar al Organismo de Control las autorizaciones que correspondieren en relación a decisiones en la materia que pudieran afectar su capacidad financiera futura;
- f) en caso de monopolios o empresas subsidiadas, sustanciar licitaciones públicas o compulsas de precios para su provisión de bienes y servicios. La adjudicación a una sociedad vinculada con el prestador o por su grupo económico, o controlada por éste o por su grupo económico requerirá ser autorizada en forma previa por el Organismo de control;

- g) dar respuesta oportuna a los reclamos e indemnizar los daños que causare a consumidores, usuarios o terceros, resultantes de la prestación del servicio;
- h) garantizar al usuario, mediante la instalación de los instrumentos adecuados, la medición precisa y controlable de su consumo, conforme las previsiones consignadas en el Marco Regulatorio Sectorial, el pliego licitatorio y el contrato correspondiente;
- i) proporcionar al Organismo de Control en toda ocasión que éste determine, y a todo aquel que esté habilitado por la legislación, toda la información que requieran para evaluar el cumplimiento de las prestaciones a su cargo;
- j) ejecutar los trabajos de expansión, mejora o mantenimiento del servicio de modo de ocasionar las menores molestias a los usuarios o terceros;
- k) realizar las acciones educativas y publicitarias de difusión o de información necesarias para posibilitar el uso racional y seguro del servicio;
- l) prestar el servicio preservando el medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales;
- m) facilitar a los usuarios, consumidores y a la población en general información completa y comprensible acerca de las características de los servicios prestados, el nivel de calidad de los mismos, las diferentes opciones de utilización y contratación, los costos y beneficios de cada una de ellas, las inversiones o reinversiones proyectadas y realizadas, en la forma que el Organismo de Control determine;
- n) llevar, exhibir y entregar copia completa al Organismo de control de los registros contables exigidos por la legislación comercial, así como la información contable para cada servicio de acuerdo a los requerimientos de la contabilidad regulatoria que determinará cada Organismo de Control;
- o) abstenerse de incurrir en actos que impliquen competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado;
- p) respetar la prohibición de modificar la composición accionaria en las condiciones que específicamente establezca cada Marco Regulatorio Sectorial, pliego licitatorio, contrato de concesión o licencia, e informar al Organismo de Control y a la autoridad de aplicación en materia de defensa de la competencia, acerca de cualquier modificación de la propiedad accionaria;
- q) solicitar autorización al Organismo de Control y a la autoridad de aplicación en materia de defensa de la competencia, para realizar cualquier fusión y/o adquisición, total o parcial, de otras sociedades, incluyendo la obligación de notificar al aquel Organismo los actos de concentración o acuerdos empresarios realizados por empresas vinculadas residentes en el país o en el exterior;
- r) continuar brindando el servicio a todo usuario en caso que su interrupción afectare las condiciones básicas esenciales para la subsistencia, en las condiciones que fije el Marco Regulatorio Sectorial. En el caso en que un Marco Regulatorio Sectorial determine que el costo de mantenimiento del servicio en los términos del presente inciso sea financiado a través de la recaudación obtenida del resto de los usuarios, deberá obligatoriamente constituirse un Fondo Solidario, cuyo costo de

mantenimiento será discriminado en la factura, para información de cada usuario y, en consecuencia, bajo ningún concepto se autorizará a las empresas prestadoras a imputar la no interrupción del servicio en los términos del presente inciso como un costo extraordinario;

- s) los cargos de disponibilidad del servicio sólo podrán exigirse a quienes hayan sufrido el corte en los casos y con los límites preestablecidos en el respectivo reglamento de servicios o suministro aprobado por la autoridad competente.

Artículo 18. Derechos del prestador: El prestador gozará de los siguientes derechos:

- a) a la utilización de los bienes de dominio público y privado necesarios para la prestación de acuerdo con el Marco Regulatorio Sectorial, el pliego licitatorio, el contrato o la licencia y las normas de orden nacional, provincial y municipal que regulen la materia;
- b) a los demás derechos previstos en el Marco Regulatorio Sectorial, el pliego licitatorio y la concesión o licencia;
- c) a la percepción de intereses moratorios no superiores a la tasa activa aplicada por el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento de documentos, ante el incumplimiento de usuarios y consumidores, y a gastos reales de reconexión, conforme fueren fijados por el Organismo de Control;
- d) a requerir el ajuste de tarifas conforme lo previsto en la presente ley y el Marco Regulatorio Sectorial;
- e) a solicitar la modificación del contrato o de la licencia, en los términos previstos la presente ley y el Marco Regulatorio Sectorial;
- f) a petitionar la revisión del contrato o de la licencia, en los términos previstos en la presente ley y el Marco Regulatorio Sectorial;
- g) a solicitar la rescisión del contrato o la revocación de la licencia, conforme lo previsto en la presente ley y el Marco Regulatorio Sectorial;
- h) a solicitar y participar de audiencias públicas u otros procedimientos de consulta en los supuestos previstos en el Marco Regulatorio Sectorial y en el orden normativo en general.
- i) a impugnar judicialmente por ante la Cámara Nacional Contencioso-Administrativo Federal de la Capital Federal las decisiones del Organismo de Control, sin que la impugnación de la decisión que aplique sanciones pecuniarias tenga efectos suspensivos.
- j) a la posibilidad de obtener una rentabilidad razonable en los términos del artículo 22 inciso b) de la presente.

Los artículos 17 y 18 tienden a dar seguridad jurídica a todas las partes involucradas en materia tan gravitante para la sociedad. Quien ostenta un privilegio y obtiene ganancia por contribuir a satisfacer el interés público debe estar dispuesto al cumplimiento cabal de sus deberes, los que deben ser conocidos y exigidos por el Estado, en primer lugar, y asimismo por usuarios y consumidores. A la par, es de toda justicia y está constitucionalmente garantizado que el prestador particular pueda hacer valer los derechos que le

asisten. Cada uno de los incisos en consideración reviste relevancia, aunque no configuren una enunciación conclusa.

Artículo 19. Límites del otorgamiento: El prestador no podrá reclamar ni atribuirse privilegio, beneficio adicional o accesorio que no esté expresamente contemplado en el pliego, concesión o licencia.

El Estado Nacional podrá variar las modalidades y alcances de la prestación en consecución del interés público, no pudiendo el prestador obstaculizar el ejercicio de esta atribución del concedente sin perjuicio de las indemnizaciones o reajustes tarifarios que pudieren corresponder.

Esta norma confluye con el artículo 9 *-in fine-* para demarcar con absoluta estrictez los alcances de los beneficios del prestador. Explícita, también, el principio del *ius variandi* del Estado, sin perjuicio de las restantes cláusulas exorbitantes incluidas, explícita o implícitamente, en toda relación contractual regida por el derecho público.

Los contratos administrativos se caracterizan por la existencia de cláusulas exorbitantes en relación al derecho privado, es decir, aquellas que están fuera de la órbita normal del derecho privado, sea porque no es usual convenirlas o porque serían antijurídicas a la luz de las normas privatísticas.

El maestro Miguel S. Marienhoff, entre otros, ha entendido que un contrato puede ser administrativo por su objeto o por contener cláusulas expresas exorbitantes del derecho privado. Cuando el contrato es administrativo por su objeto –como la concesión de servicios públicos, relación de empleo público, concesión de uso del dominio público, etc.- como principio general apareja cláusulas virtuales exorbitantes al derecho privado.

En tal orden de ideas se ha dicho que existen dos tipos de cláusulas exorbitantes del derecho privado: las virtuales o implícitas y las expresas, especiales o concretas.

Entre las primeras corresponde mencionar: a), aquella en virtud de la cual la administración tiene “ejecutoriedad propia”; b), la que la faculta a “modificar” unilateralmente las obligaciones de su contratante, sin perjuicio de los correlativos derechos de éste derivados de esa modificación unilateral; c) la que la autoriza a rescindir por sí y ante sí el contrato; d), la que confiere a su cocontratante poderes respecto de terceros; e) la que faculta a la Administración Pública a dirigir y a controlar en forma constante y acentuada, el cumplimiento y ejecución del contrato.

Las segundas, las expresas, pueden surgir: 1), del texto mismo del contrato; 2), del complejo de textos o preceptos legales que regulen la actividad. Pero siempre esas cláusulas caracterizantes del acto, tienden a la eficaz satisfacción de los fines o funciones del Estado.

La cláusula exorbitante refiere a una “potestad” administrativa, a una cierta atribución de los entes u organismos que ejercen funciones administrativas, necesarias para cumplir tales funciones, desarrollar sus actividades y lograr los fines perseguidos con ello. Así tal potestad integra el concepto de competencia. En la base de toda afirmación de competencia (y por ende de potestad) habrá siempre un texto habilitante. La competencia, en cuanto complejo de funciones atribuido a un ente u órgano administrativo o como medida de la potestad atribuida a los mismos, surge siempre de una norma expresa o razonablemente implícita.

Es en consecuencia jurídicamente válido sostener la existencia no sólo de potestades expresas, sino también razonablemente implícitas en ciertos contratos de la administración. Entiéndase bien, no se trata de potestades que deriven genéricamente del encuadramiento de un contrato dentro de la imprecisa categoría del “contrato administrativo”, sino de competencias razonablemente implícitas en el ordenamiento jurídico, de donde deviene que no existan potestades sancionatorias implícitas.

En un contrato de locación, por ejemplo, celebrado por la Administración en un plano de igualdad jurídica con otro sujeto de derecho, público o privado, donde prima la justicia conmutativa, será prácticamente en vano buscar una potestad administrativa implícita. Por el contrario, en una concesión de servicios públicos “*verbi gratia*”, donde son claras las relaciones de subordinación jurídica para compensar el poder económico del concesionario y proteger a los usuarios (art. 42, Constitución Nacional), las potestades implícitas son frecuentes.

En este punto, cabe señalar que una de las más importantes atribuciones del concedente es la de exigir la adecuación del servicio a las nuevas necesidades y a los mejoramientos técnicos, introduciendo las modificaciones del caso en su organización y funcionamiento, estando el concesionario correlativamente obligado a aceptar tales modificaciones.

Este principio deriva de la necesidad de adaptar el contrato a las exigencias del bien común, satisfaciendo en la mejor forma posible las necesidades individuales de importancia colectiva, habida cuenta que, generalmente, estos convenios se celebran por varios años, pudiendo en su transcurso cambiar la situación de hecho en forma tal que, de ejecutarse el servicio como se convino, no se satisficaría adecuadamente la necesidad colectiva.

Y bien se ha señalado que las modificaciones pueden incidir sobre diversos aspectos del contrato: a) sobre la duración del mismo; b) sobre el volumen o cantidad de la prestación; c) sobre las condiciones de ejecución del contrato

Mas igualmente se ha advertido que esta atribución tiene los siguientes límites:

1) El poder de introducir modificaciones no supone el sacrificio del cocontratante, como tampoco beneficiarlo indebidamente. De ahí que si la alteración del contrato le impone mayores gastos, la administración debe indemnizarlo por los perjuicios efectivamente probados, directamente relacionados con el ejercicio del “ius variandi”, reajustando el precio estipulado. Por las mismas razones, si se reduce la prestación convenida y ello implica una economía probada, hay que hacer el reajuste pertinente en el sentido inverso (reducción del precio).

2) La modificación ordenada por el concedente puede en ciertos casos justificar el pedido por parte del concesionario de que se declare rescindido el contrato, ya que no puede ser obligado por aquél a realizar una prestación que exceda su capacidad técnica y sus recursos financieros.

3) Se destaca también que la negativa del concesionario a admitir la modificación ordenada, puede dejar al concedente en libertad para otorgar nuevas concesiones a terceros, extinguiéndose el derecho de preferencia o la exclusividad otorgada a aquél: en el transporte de pasajeros, por ejemplo, es común se establezca que previa notificación de la autoridad competente, el concesionario estará obligado a aumentar el número de coches de acuerdo con las necesidades del servicio y, en caso de no cumplimiento dentro del plazo que se fije, el Poder Ejecutivo podrá declarar la línea abierta y autorizar la incorporación de nuevas unidades al o a los interesados que lo soliciten.

4) La modificación puede ser discrecional, pero nunca arbitraria; en consecuencia, es conveniente que se establezca a los efectos de su ejercicio un procedimiento reglado.

Se ha puntualizado en el derecho español que en el orden formal, la modificación exige, por lo pronto, la incoación de un expediente contradictorio, con presencia activa del contratista, llamado a acreditar las razones concretas de interés público que exigen la modificación y que en ausencia de esas razones de interés público, que no basta simplemente invocar y que deben justificarse debidamente, la Administración no puede apartarse de lo pactado, lo que se estima debe aplicarse entre nosotros ponderando que tiene dicho el más alto Tribunal de la República que “la modificación unilateral de lo convenido por las partes llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad de la contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el artículo 1197 del Código Civil, sin que la posibilidad reconocida a la Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función del ius variandi pueda extenderse a supuestos como el de autos, en el que no se ha alegado y menos aún ha sido materia de demostración, cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión...” (“Marocco y Cía. S. A. C. I. F. I. C. A. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ Ordinario”, Fallos, 312 : 89).

La modificación presupone cierto cambio en la situación de hecho existente al otorgarse la concesión, que exige la adaptación del servicio a la nueva situación, de donde si la modificación no responde a una alteración objetiva en aquella situación, sería arbitraria y, por tanto, ilegítima.

5) También, la finalidad alegada para introducir la modificación debe ser cierta, sincera, verdadera, no encubriendo una traición al fin legal, determinante de desviación de poder.

Ahora bien, la tendencia generalizada es a reglar esta atribución de principio, con relación a la mayoría de los contratos en la función administrativa, ya sea por la propia legislación o por cláusulas contractuales, estableciendo límites a las modificaciones y regulando sus repercusiones económicas. En tal sentido debe estarse muy atento a no quebrar los parámetros de comparación de la relación precio-calidad en la prestación del servicio al ejercer el Estado el "ius variandi".

Artículo 20. Reglamentos sobrevinientes: Ninguna disposición del pliego licitatorio o del contrato o la licencia podrá invocarse para la no aplicación de la normativa o los reglamentos que, con posterioridad al otorgamiento, emita el Estado Nacional con arreglo a sus atribuciones constitucionales y legales, o que pudiere dictar el Organismo de Control en la esfera de su competencia.

Como explicara Marienhoff (en *Tratado ...*, Tomo III-B, p. 596), "La vigencia de la ley o del reglamento no depende de la voluntad de los administrados, sino del 'imperium' que posee el Estado ... La concesión de servicio público ... es una figura homogénea; contractual en todo su ámbito, circunstancia que en modo alguno obsta a las correspondientes modificaciones que deban introducirse en la organización o en el funcionamiento del servicio".

TITULO IV - DERECHOS DE LOS USUARIOS Y CONSUMIDORES

Artículo 21. Derechos de los usuarios y consumidores: Sin perjuicio de lo establecido en Ley de Defensa del Consumidor (N° 24.240 y sus modificatorias), los Marcos Regulatorios Sectoriales y demás legislación aplicable, los usuarios y consumidores de los servicios públicos reglados por la presente ley tendrán -a título meramente enunciativo- los siguientes derechos:

- a) recibir un servicio adecuado y equitativo, conforme a los niveles de calidad y seguridad establecidos en los Marcos Regulatorios Sectoriales, en el pliego licitatorio, en el contrato o la licencia y en toda otra normativa aplicable;
- b) obtener y utilizar el servicio con libertad de elección entre los prestadores efectivamente disponibles;
- c) recibir del Organismo de Control y del prestador información completa y comprensible sobre los servicios, en todo aspecto relevante para la defensa de sus intereses individuales y colectivos, conforme la reglamentación que se dicte al efecto, debiendo el Organismo de Control mantener un sitio en la red informática y publicar en él en forma permanente, cuanto menos todas las resoluciones que no sean de mero trámite que emita –sin excepción-, los contratos de concesión y licencias y los cuadros tarifarios;

- d) acceder y reclamar una tarifa justa y razonable según los criterios de la presente ley y los Marcos Regulatorios Sectoriales;
- e) formular reclamos e interponer impugnaciones administrativas, según el caso, ante el prestador y el Organismo de Control;
- f) formular denuncias ante las irregularidades del servicio;
- g) reclamar al prestador la indemnización de los daños y perjuicios que le ocasione en la prestación del servicio, y percibir del mismo toda otra compensación económica a que hubiere lugar por derecho.
- h) impugnar ante la Cámara Federal competente las decisiones definitivas y causantes de Estado que afecten su interés;
- i) solicitar, a través de las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente inscriptas: el ajuste de tarifas por mejoras en la eficiencia, conforme lo previsto en el artículo 24 inciso a) de la presente ley; la revisión del contrato o de la licencia en los términos previstos en el artículo 26 de la presente ley; la rescisión del contrato conforme lo previsto en el artículo 28 de la presente ley;
- j) participar en las audiencias públicas u otros mecanismos de consulta, conforme los supuestos y procedimientos previstos en el orden normativo.
- k) en caso de controversia o falta de certeza, administrativa o judicial, se aplicará el principio de la interpretación más favorable a los intereses de los usuarios y consumidores.

Sobre la base que la situación del usuario en los servicios públicos concedidos es, como principio general, igual que en los servicios administrados directamente por entidades estatales, pues en ambos casos hay un servicio público cuya naturaleza y contenido no cambia por la sola circunstancia que lo ejecute la Administración o un concesionario, se encuentra en este artículo otra piedra angular del presente proyecto, puesto que enuncia los derechos de los reales beneficiarios y destinatarios del servicio público, esto es, los usuarios y consumidores, formulada esta observación sin olvidar que los servicios públicos deben ser aprovechados para garantizar y potenciar el desarrollo económico y social del país.

Una vez más, a modo de síntesis, puede exponerse el sentido y espíritu de este proyecto apuntando al inciso k), en tanto dispone, en forma armónica con lo estipulado en la Ley de Defensa del Consumidor, que en caso de controversia o falta de certeza debe predominar la interpretación más favorable a los intereses de usuarios y consumidores.

TITULO V - TARIFAS

Artículo 22. Determinación: Las tarifas deben ser justas y razonables, dentro del marco del riesgo empresario, a los fines de:

- a) posibilitar la continuidad del servicio, cumplimentando las previsiones de calidad, seguridad y eficiencia establecidas en el pliego licitatorio y el contrato o la licencia;
- b) ofrecer al prestador que obre en forma diligente y eficiente, la oportunidad de obtener un ingreso suficiente para satisfacer los costos directos e indirectos del servicio y la posibilidad de lograr una rentabilidad razonable, entendiéndose por rentabilidad razonable aquella similar a la alcanzada, en condiciones operativas equiparables, en otras actividades semejantes y de riesgo similar en el ámbito nacional e internacional, no pudiéndose en ningún supuesto garantizarse rentabilidad al prestador;
- c) asegurar la tarifa más baja posible compatible con la sustentabilidad del servicio en las condiciones de calidad establecidas en la concesión o la licencia, la que debe serle informada al usuario y sobre la que podrán aplicarse, también informándose en forma discriminada en la factura, los cargos o subsidios explícitos que se decidan convenientes a fin de procurar el armonioso desarrollo económico y la mayor equidad social.

Ante todo, conviene una vez más precisar conceptos y uniformar terminologías.

Se ha visto que el servicio público se concreta en prestaciones materiales, en especie, periódicas y sistemáticas que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el usuario. Pues bien, lo que el usuario debe pagar a quien ejecuta el servicio público por la prestación que recibe de éste constituye la retribución, la que puede asumir las figuras de la tasa o del precio.

Es impropio hablar de tarifa como sinónimo de tasa o precio. La tarifa no es otra cosa que una lista de los precios o de las tasas.

Tasa es la retribución correspondiente a los servicios públicos de utilización obligatoria para los usuarios; y así, por ejemplo, los servicios de alumbrado, barrido y limpieza se retribuyen mediante tasas.

Precio es la retribución correspondiente a los servicios públicos de utilización facultativa para los administrados, v. gr.: gas, electricidad, teléfonos.

Y se ha subrayado que el fundamento de esta distinción se encuentra en que en los servicios de utilización facultativa, el ligamen entre prestador y usuario es contractual, derivando de ahí la idea de precio, mientras que en los servicios públicos cuya utilización es obligatoria para los usuarios, el vínculo entre éstos con el prestador es reglamentario, por lo que debe excluirse la idea de precio imponiéndose la de tasa.

Ahora bien, resulta conveniente aclarar a esta altura que, en el sector energético, se ha estado utilizando en los últimos años el término "tarifa" como indicativo de un valor dinerario por unidad de medida que se encuentra regulado, mientras que se ha empleado el término precio para indicar el valor

dinerario por unidad de medida que no se encuentra sujeto a regulación. Por consiguiente, se entiende debe interpretarse en dichos sentidos la utilización de tales términos en las normas -previas a la presente- regulatorias del sector energético.

Las tarifas - en particular, sus aumentos- han sido fuente de agudas controversias. En rigor de verdad, en estos años por lo general no ha existido una relación justa y equitativa entre la magnitud de las ganancias obtenidas por los prestadores, por un lado, y la calidad del servicio y el monto de las tarifas, por otro, redundando esa falta de equilibrio en perjuicio de usuarios y consumidores y del propio Estado.

Se ha establecido en este artículo una premisa indiscutible, esto es, que las tarifas sean justas y razonables, asegurando la calidad del servicio en los términos exigidos por el pliego. Bajo ese encuadre, se han incluido otros recaudos, a saber: a) que la ponderación de las tarifas no puede practicarse soslayando que el prestador está sujeto al riesgo empresario, por lo que el Estado no debe garantizarle el “buen negocio”, como no lo hace con los restantes agentes económicos; b) que se calculará conforme criterios económicos; c) que se informará al usuario la tarifa más baja posible compatible con la sustentabilidad del servicio en las condiciones de calidad establecidas en la concesión o licencia; d) que sobre la tarifa podrán aplicarse, también informándose al usuario en la factura de modo discriminado, los cargos o subsidios explícitos que se decidan convenientes a fin de procurar el armonioso desarrollo económico y la mayor equidad social.

Se pone de resalto que la obligatoriedad de informar se ordena también a la efectividad del derecho que, sobre el particular, reconoce a los consumidores y usuarios la Constitución Nacional. Tal como las personas tienen derecho a obtener la protección del Estado ante una situación relativa de vulnerabilidad, también tienen derecho a saber cuánto de lo que pagan en la factura es tarifa y cuánto es impuesto, o asignación a un fondo solidario, y también, en su caso, a saber cuánto se les bonifica de dicha tarifa a modo de subsidio o beneficio.

En la retribución de los servicios públicos son de aplicación los siguientes principios fundamentales:

1. Principio de **igualdad**. Este principio, de raíz constitucional, determina la igualdad como carácter fundamental de los servicios públicos y tiene importantísimas proyecciones en lo que se refiere a la retribución de éstos. En materia de tarifas, el principio exige que el precio o la tasa del servicio sea igual para todos los usuarios, teniendo en cuenta, naturalmente, las distintas categorías objetivas. El artículo 42 de la Constitución Nacional consagra para los usuarios el derecho a un trato equitativo y digno.
2. Principio de **causalidad**. Para la legitimidad de la tasa o del precio, la prestación ha de tener realidad. La obligatoriedad en el pago de la tasa o precio no se concibe jurídicamente sin la efectividad del servicio. Si no

hubiere prestación efectiva del servicio, el cobro que se pretendiere sería improcedente: carecería de causa. La contrapartida de la retribución es la efectiva prestación del servicio. Asimismo, debe corresponderse con criterios económicos de determinación.

3. Principio de **certeza**. Este principio exige que las tarifas sean, según los casos, establecidas o autorizadas por la autoridad competente y publicadas. Por otra parte, constituyendo la tarifa un acto general, que tiene vigencia respecto a todos los posibles usuarios, requiere para su eficacia su **publicidad**, pues ella interesa no sólo al Estado y a quien presta el servicio, sino especialmente a los usuarios que son quienes deben satisfacerla. El artículo 42 constitucional consagra, con el mayor rango normativo, el carácter público no sólo de la tarifa sino de toda la información de base para el cálculo tarifario, al establecer en favor de los consumidores y usuarios el derecho de acceder a información suficiente y veraz para la adecuada defensa de sus intereses, aún económicos, en la relación de consumo.
4. Principio de **irretroactividad**. Por principio no es viable la aplicación retroactiva de una tarifa. Su aprobación procede por acto de alcance general, siendo de aplicación el principio que recepta el artículo 3 del Código Civil.
5. Principio de **razonabilidad**. Este principio, con base en el artículo 28 de la Constitución Nacional, impide que se conculquen los derechos de propiedad y de libertad por medio de una tarifa desproporcionada en cualquier sentido; y se rememora que lo razonable es lo justo, lo proporcional, lo equitativo, por oposición a lo irrazonable que es lo arbitrario e injusto: lo no razonable excede lo constitucional. Por aplicación de este principio es necesario que entre prestación y retribución medie una aproximada, adecuada, discreta equivalencia – utilizando fórmulas acuñadas por la doctrina y la jurisprudencia -, no exigiéndose que el precio o tasa equivalga matemáticamente a la prestación que recibe el administrado.

Existe la necesidad, en algunos casos, de establecer una “tarifa social”. Al respecto se propone definir un diseño tarifario que refleje los costos económicos de abastecer en condiciones eficientes a todas las categorías de usuarios y, sobre este molde, aplicar el diseño de los precios a pagar por los usuarios con fines redistributivos o de contención social, a partir de los criterios provenientes de las áreas específicas. La diferencia entre la “tarifa económica” y la “tarifa social”, se reitera, debe cubrirse con subsidios explícitos, discriminando los mismos en las facturas con el objetivo de preservar y permitir una adecuada educación para el consumo (de la que, como se dijo, son responsables las autoridades por imperativo constitucional), así como transparentar de cara al resto de la sociedad el costo de estos subsidios.

Artículo 23. Servicio solidario: Se asegurará a los hogares indigentes, con respeto de las modalidades establecidas en la presente ley, el acceso a los

servicios que se califiquen como esenciales según se determine en los Marcos Regulatorios Sectoriales y la reglamentación. Si tal acceso requiriera subsidiar total o parcialmente la tarifa a dichos usuarios, a fin de reducir el impacto de esta disposición sobre las tarifas de los restantes usuarios y consumidores, el Estado Nacional contribuirá, en la medida que se encuentre reflejado en el Presupuesto Nacional, a financiar el costo en las proporciones, la forma y con los alcances que se establezcan en el Marco Regulatorio Sectorial, el pliego licitatorio, el contrato o la licencia. El Poder Ejecutivo Nacional invitará a las provincias y municipios a contribuir con el financiamiento de este servicio.

La calificación de indigencia será potestad de la autoridad ministerial nacional en materia de políticas sociales y desarrollo humano, la que a tal fin recabará información de las autoridades con similar competencia a nivel local.

Los funcionarios públicos que intervengan en la calificación serán solidariamente responsables por el perjuicio patrimonial que ocasionen al Fisco o a los Fondos que solventen el costo del servicio a los beneficiarios, en caso de calificación irregular.

El otorgamiento del beneficio no implicará el cese de la obligación de medir y facturar los consumos, sin perjuicio que, a través de la explícita y detallada determinación de las bonificaciones y los orígenes de los fondos con que se las solventa, la suma final pueda ser cero (0).

En resguardo de la dignidad de la persona humana y teniendo presente que la solidaridad es un valor que cimenta al entramado social, se ha incorporado a través de esta norma el “servicio solidario” para asegurar a los hogares indigentes el acceso a los servicios esenciales. De esa manera, se profundizará la democracia, se asegurarán los derechos humanos involucrados y el país será coherente con los compromisos asumidos en los Pactos y Tratados incorporados a la Constitución Nacional.

Se establece que la calificación de indigencia sea realizada con expresa intervención de las autoridades administrativas en materia de seguridad social, a la vez que se procura desalentar el fraude al fisco o a los Fondos Solidarios estableciendo también claramente, para tal hipótesis, la responsabilidad patrimonial de todos los que intervengan en la calificación de indigencia, cuando ella sea otorgada en forma irregular.

Asimismo, se propone que el servicio solidario quede sujeto a las mismas reglas de transparencia. Como ejemplo, se dispone que los hogares indigentes, beneficiarios del servicio solidario, reciban la factura detallada de los consumos e impuestos que deberían pagar, y que se exhiba la bonificación realizada, indicando el origen de los fondos utilizados para ello y dejando, en su caso, el valor en cero o con la reducción definida. De este modo se contará con una poderosa herramienta para educar en el consumo, haciendo explícito que si bien no se paga o se paga muy poco por dicho servicio, ello no significa que sea gratis para la comunidad en su conjunto.

Artículo 24. Ajuste de tarifas: Las tarifas sólo podrán ser modificadas teniendo en consideración circunstancias objetivas debidamente justificadas, que evidencien un significativo apartamiento entre los costos reales incurridos y los previstos para el período tarifario, y/o la justicia y razonabilidad de la rentabilidad obtenida por un prestador eficiente en dicho período. El Organismo de Control revisará la tarifa, sin perjuicio de lo previsto en los Marcos Regulatorios Sectoriales, en los siguientes casos:

- a) por mejoras en la eficiencia, quinquenalmente, previa audiencia pública u otro mecanismo de consulta pública, disponiendo -sin efecto retroactivo- la distribución equitativa de los beneficios económicos de la mejora en eficiencia, a través de la disminución de las tarifas reales;
- b) por motivos estacionales, cuando medien variaciones significativas de costos o lo aconseje el uso racional de los recursos y en los casos previstos en el Marco Regulatorio Sectorial;
- c) por expansión del servicio no prevista en el pliego licitatorio, el contrato o la licencia, con arreglo al artículo 25 de la presente ley;
- d) por razones objetivas extraordinarias, imprevisibles y sobrevinientes que la tornaren objetivamente excesiva o insuficiente, siguiendo -a los efectos de la discusión tarifaria- un procedimiento formalmente análogo al descrito en los artículos 26 y 27 de la presente ley;
- e) en observancia del principio de neutralidad tributaria, el Organismo de Control dispondrá el correspondiente ajuste de tarifas.

El presente artículo establece taxativamente los cinco únicos supuestos, debidamente fundados, de modificación de las tarifas. Cabe destacar que este precepto pone de resalto la importancia que deberán tener los Organismos de Control.

No se garantiza rentabilidad al prestador del servicio en cuanto éste asume el riesgo empresario, no obstante se le asegura la posibilidad de obtener un beneficio en función de la eficiencia económica con que desarrolle la actividad. Atendiendo a esta consideración se establece una revisión ordinaria quinquenal a fin de que se distribuyan entre prestador y usuario los ahorros de eficiencia obtenidos. Sin perjuicio de ello también se prevé, frente a situaciones objetivamente extraordinarias e imprevisibles, la posibilidad tanto para el usuario cuanto para el prestador de instar una revisión excepcional. En ambos casos es necesario dar cumplimiento a un procedimiento de audiencia o consulta pública. También se revisa la tarifa por variaciones estacionales o a efectos de dar cumplimiento al principio de neutralidad tributaria.

TITULO VI – MODIFICACIONES DEL CONTRATO O LA LICENCIA Y SANCIONES

Artículo 25. Modificación del contrato o la licencia: El Poder Ejecutivo Nacional podrá autorizar u ordenar, previo dictamen del Organismo de Control,

la modificación del contrato o la licencia por expansión del servicio no contemplada en el plan de inversiones original, no pudiendo ampliarse dicho plan en más del veinte por ciento (20%).

Cuando el incremento fuere financiado a través de la tarifa, el reajuste de ésta será definido por el Organismo de Control, previa audiencia pública u otro mecanismo de consulta, y con aprobación del Poder Ejecutivo Nacional.

Si bien es de principio la inmutabilidad del contrato, con arreglo - entre otros- al principio de igualdad inherente a la licitación pública, se prevé expresamente la posibilidad de ampliar el plan de inversiones original hasta un 20%. De esa manera se persigue el equilibrio entre, por un lado, la conveniencia que supone, en tiempo y presupuesto, no aguardar a un nuevo procedimiento de licitación y, por otro, fijar un tope de manera de obstruir la eventual elusión de tal procedimiento.

Artículo 26. Revisión del contrato o de la licencia: Cuando se alegue que causas extraordinarias, imprevisibles y sobrevinientes, actos o hechos del príncipe hubieran alterado sustancialmente el equilibrio de las prestaciones, el Poder Ejecutivo Nacional -de oficio o a petición del Organismo de Control, de las provincias interesadas, de las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente inscriptas o del prestador- determinará si procede la revisión del contrato o la licencia.

Artículo 27. Renegociación del contrato o de la licencia: Cuando el Poder Ejecutivo Nacional, en los casos previsto en la presente ley y en los Marcos Regulatorios Sectoriales, resuelva la procedencia de la revisión, dispondrá la sustanciación del procedimiento de renegociación en el que será parte el prestador e intervendrán el Organismo de Control, las provincias interesadas y las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente inscriptas.

La eventual recomposición asegurará el principio de continuidad y calidad del servicio, sin garantizar la rentabilidad prevista por el prestador, de conformidad con el riesgo empresario asumido y sin utilizar, en ningún caso, como elementos de juicio, índices ajenos a la economía local. El prestador, en los casos en que resulte procedente, deberá ser indemnizado por los daños y perjuicios debida y fehacientemente acreditados, con expresa exclusión del lucro cesante, y sin perjuicio de los mecanismos o criterios de indemnización pretasada establecidos en las concesiones o licencias otorgadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente o los que surjan de los Marcos Regulatorios Sectoriales. En ésta hipótesis se abrirá y cumplirá, con carácter previo a la decisión de renegociación, un procedimiento de consulta pública por no menos de 30 días en los términos que establezca la reglamentación.

Conforme a lo establecido por los artículos 26 y 27, también podrá renegociarse el contrato cuando causas extraordinarias, imprevisibles y

sobrevinientes tornen imprescindible la recomposición del equilibrio contractual perdido. En otras palabras, se trata de la aplicación de los principios relativos a las teorías de la imprevisión y del “hecho del príncipe”, receptadas por la normativa, la jurisprudencia y la doctrina nacional.

En concordancia con el artículo 22, inciso b), la recomposición, cuyo objetivo preferente será asegurar la continuidad del servicio, no será utilizada para posibilitar la rentabilidad que originalmente proyectara el prestador, asumiendo éste plenamente el riesgo propio de toda empresa. Así también, y con arreglo al principio de realismo económico, se emplearán exclusivamente en la revisión indicadores propios de nuestra economía, por ser el lugar de prestación y por ser ellos los que directa y principalmente tienen incidencia en los costos y las rentabilidades de los servicios públicos.

Artículo 28. Extinción del contrato por el Poder Ejecutivo Nacional y por mutuo acuerdo: El contrato podrá ser extinguido, total o parcialmente, por el Poder Ejecutivo Nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los Marcos Regulatorios Sectoriales, en los siguientes supuestos:

- a) Revocación o rescate, por razones sobrevinientes debidamente fundadas, que determinen la conveniencia de la medida en beneficio del interés público, procediendo a la revocación o rescate total o parcial de la concesión, con participación del Organismo de Control, las provincias interesadas y las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente inscriptas. El prestador deberá ser indemnizado por los daños y perjuicios debida y fehacientemente acreditados, con expresa exclusión del lucro cesante, y sin perjuicio de los mecanismos o criterios de indemnización pretasada establecidos en las concesiones o licencias otorgadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente o los que surjan de los Marcos Regulatorios Sectoriales. En la hipótesis del presente inciso se abrirá y cumplirá, con carácter previo a la decisión de revocación o rescate, un procedimiento de consulta pública por no menos de 30 días en los términos que establezca la reglamentación.
- b) Caducidad, por grave incumplimiento del prestador de la legislación aplicable, el pliego licitatorio o el contrato, con pérdida de la garantía de ejecución y sin que sea óbice al reclamo por daños y perjuicios que el Estado Nacional pudiere entablar;
- c) Por mutuo acuerdo entre el Estado Nacional a través del Poder Ejecutivo Nacional y el prestador, y previa intervención las provincias interesadas y las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente inscriptas, cuando razones debidamente fundadas demuestren que resulta innecesario o inconveniente la conservación del contrato.

Artículo 29. Extinción del contrato o la licencia a solicitud del prestador: El prestador podrá solicitar judicialmente la rescisión o resolución del contrato o la licencia, por mora injustificada y debidamente constituida del Estado Nacional en el cumplimiento de las obligaciones que expresamente se hubiere comprometido en el pliego licitatorio, el contrato o la licencia, que se prolongare

injustificadamente, y en tanto dicho incumplimiento conllevara una razonable imposibilidad de continuar la ejecución contractual.

Artículo 30. Reversión y transferencia de bienes: En los casos precedentes, los bienes afectados a la prestación del servicio revertirán, en su caso, al Estado Nacional, a quien se le transferirán aquellos que sean propiedad del prestador, aplicándose el régimen de expropiaciones para su valuación sin perjuicio de las disposiciones o estipulaciones específicas contenidas en los Marcos Regulatorios Sectoriales o en contratos particulares.

Artículo 31. Extinción por caso fortuito: El prestador podrá solicitar al Poder Ejecutivo Nacional rescindir, total o parcialmente, el contrato o la licencia por caso fortuito que le imposibilite el cumplimiento de las obligaciones que ha contraído. El prestador no podrá reclamar resarcimiento de ninguna índole por las inversiones realizadas, las deudas contraídas o los costos incurridos o sobrevinientes. Los bienes que conserven utilidad y sean necesarios para la reanudación de la prestación serán transferidos o revertirán al Estado Nacional, el que en el primer supuesto deberá indemnizar conforme el régimen de expropiaciones.

En los artículos 28, 29 y 31 se desarrollan las diversas causales de rescisión contractual, a saber: interés público, incumplimiento del prestador, mutuo acuerdo, incumplimiento del Estado y caso fortuito. Asimismo, el artículo 30 legisla en punto a la transferencia de bienes del concesionario al Estado, contemplando la indemnización que le correspondería al prestador y sus alcances.

Cabe aclarar que la rescisión (revocación o rescate) en beneficio del interés público exige, a los efectos de respetar la garantía del artículo 17 de la Constitución y sin perjuicio de la correspondiente indemnización en su caso, una ley habilitante, general –como ésta- o especial, pues aquélla no es una atribución administrativa “de principio”.

Extinguida la concesión, los bienes que el Estado pudo facilitar al concesionario para su cumplimiento deben, lógicamente, ser devueltos a aquél, salvo texto expreso en contrario.

Con respecto a los bienes particulares del concesionario afectados a la prestación del servicio, si nada se ha dispuesto acerca de su destino, al extinguirse el contrato seguirán perteneciendo al concesionario. Mas si se ha dispuesto la denominada reversión estableciendo que los bienes particulares del concesionario al extinguirse la concesión pasarán a ser propiedad del Estado, debe aplicarse el régimen de expropiaciones. Y se debe subrayar que la expresión reversión no es de uso recomendable, por cuanto si los bienes de marras nunca fueron del Estado, se presta a confusión decir que ellos revertirán a éste, siendo más apropiado hablar de transferencia de bienes del concesionario a la entidad concedente.

La reversión o transferencia puede convenirse sin indemnización, lo que se justifica en el caso de extinción por vencimiento del plazo, pues obedece a que el valor de los bienes háyase totalmente amortizado al vencer tal plazo; y también puede pactarse en el supuesto de rescisión (o caducidad) por incumplimiento del concesionario, porque la transferencia gratuita actúa como sanción, aparte de que tal transferencia puede excluir el reconocimiento de daños y perjuicios en favor del concedente, ya que el valor de tales daños aparece satisfecho con el monto de los bienes que se transfieren.

Respecto de los bienes afectados a la concesión cuya propiedad oportunamente adquirirá el Estado en virtud de la transferencia, no es procedente el ejercicio de medida conservatoria alguna por parte de aquél, sin perjuicio de:

1. Las medidas de control que puede ejercer (por ejemplo, impedir que el concesionario disminuya el número o cantidad de ómnibus en circulación, sustrayéndolos del servicio).
2. La responsabilidad que, llegado el caso, pueda corresponder al concesionario; así, si por cualquier circunstancia que le fuere imputable el concesionario no entregare la cantidad de ómnibus pertinente, o entregare unidades deterioradas o dañadas en mayor grado que el aceptable por desgaste normal, deberá abonar al concedente los daños y perjuicios respectivos, tratándose de un caso de responsabilidad contractual del concesionario.

Artículo 32. Multas: En caso de incumplimiento del prestador, el Organismo de Control aplicará las multas previstas en el pliego licitatorio y el contrato o la licencia, que el prestador deberá abonar ante el mero requerimiento, no quedando suspendido el acto por la interposición de recursos administrativos. La sanción podrá realizarse contra la garantía de ejecución del contrato, o compensarse con cualquier acreencia del prestador devengada en la ejecución del contrato o la licencia con el Estado Nacional. En el primer supuesto, el prestador deberá reintegrar la porción de la garantía ejecutada. La reiteración o la gravedad de las inobservancias dará lugar a la rescisión del contrato por culpa del prestador o a la revocación de la licencia.

La imposición de multas tiene una finalidad correctiva, ajena a toda idea de reparación patrimonial por los daños y perjuicios que el incumplimiento del concesionario ocasionare al concedente, pues en la generalidad de los casos éste no sufre perjuicios directamente, sino que el perjudicado es el público.

La norma recepta la tesis a tenor de la cual la potestad administrativa de imponer sanciones al contratista debe estar fundada legal o contractualmente, siendo inadmisibles que la Administración imponga multas para las cuales no esté expresamente autorizada por la ley o el contrato.

Artículo 33. Pago del canon: Si el pliego licitatorio estableciera un canon, su falta de pago hará pasible al prestador de una multa diaria equivalente al doble de la tasa utilizada por el Banco de la Nación Argentina para operaciones de

descuento de documentos comerciales a treinta (30) días sobre el monto del canon adeudado. Si el retraso se prolongare por más de noventa (90) días dará lugar a la rescisión culpable del contrato o a la revocación de la licencia, además de la pérdida de la garantía de su cumplimiento y de las acciones que correspondan para la percepción del canon adeudado y por daños y perjuicios.

Artículo 34. Intervención del servicio: En caso de verificarse causas de extrema gravedad y urgencia que afecten el buen servicio, el Poder Ejecutivo Nacional -con dictamen previo del Organismo de Control- podrá intervenir el servicio cautelarmente para asegurar la continuidad de la prestación. En el plazo máximo de noventa (90) días hábiles de adoptada la medida el Poder Ejecutivo Nacional deberá resolver si resulta procedente la rescisión o revocación, de serle dichas causas imputables al prestador. Si la emergencia cesare y no le fuera atribuible al prestador, el Poder Ejecutivo Nacional deberá restituirlo inmediatamente en el servicio.

En el supuesto de huelga, y a fin de garantizar el interés público, el Poder Ejecutivo Nacional y el prestador deberán asegurar una prestación básica.

La continuidad del servicio justifica que, ante la ocurrencia de eventos de extrema gravedad y ante la urgencia generada, el Poder Ejecutivo Nacional quede habilitado para intervenir el servicio. Toda vez que será una medida de excepción, deberá cesar una vez superada la contingencia, salvo responsabilidad del prestador en la generación de la crisis.

Respecto de los servicios públicos y sociales (piénsese, por ejemplo, en los hospitales), no puede desconocerse el hecho cierto de que la huelga comporta consecuencias que, la mayoría de las veces, habrán de recaer sobre el público y afectar a la comunidad en general; y como el derecho de huelga – como todos los derechos- está sujeto a reglamentación, el presente artículo establece “in fine” que en el supuesto de huelga, a fin de proteger el interés público, deberá asegurarse una prestación básica.

TITULO VII - ORGANISMOS DE CONTROL

Artículo 35. Creación, naturaleza jurídica y dirección: Todo servicio público debe quedar comprendido en el marco de competencia de un Organismo de Control, configurado por ley de la Nación en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional.

Deberá asegurarse la participación de usuarios y consumidores -a través de sus asociaciones legalmente inscriptas- y de las provincias interesadas en los procedimientos administrativos que ante tales Organismos se sigan, conforme con los principios fijados en esta ley.

Todo servicio público debe quedar comprendido en el marco de competencia de un Organismo de Control, configurado por ley de la Nación en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional.

Es menester destacar a esta altura que el artículo 42 constitucional dispone que la legislación se dictará “previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los Organismo de Control”, una de cuyas tareas fundamentales es la de “prevenir y solucionar conflictos”. Una lectura desprevenida de la norma en trato puede llevar a pensar que en el Organismo de Control deben estar presentes, en la dirección y decisión, esas asociaciones y las provincias interesadas. Pero en una concepción realista, al margen de las casi insalvables dificultades para la implementación de la participación así entendida, se llega a concluir que, cuando la Constitución habla de “participación”, está indicando que tanto las asociaciones de usuarios como las provincias son “parte” en los procedimientos que se sigan en esos Organismo de Control, remarcándose que una cosa es ser “parte” y otra dirigir y gobernar, a lo que corresponde agregar que si una de las “partes” pudiera dirigir y tomar decisiones se violaría la igualdad ante la ley: los conflictos entre concesionarios y usuarios serían resueltos por un organismo integrado por los segundos y no por los primeros. Así las cosas, se entiende que la “participación” debe asegurarse citando a intervenir en los procedimientos a estos sujetos.

Artículo 36. Inclusión de servicios: Toda inclusión de otros servicios al ámbito de la presente ley deberá contemplar la simultánea creación del respectivo Organismo de Control -o de la ampliación de la competencia de un Organismo preexistente, si ello fuere procedente conforme a la naturaleza del nuevo servicio- y la sanción de su Marco Regulatorio.

Completa el capítulo el resguardo consignado en este artículo, a saber: la inclusión de un servicio al régimen propuesto por este proyecto de ley, exigirá la simultánea incorporación de aquél al ámbito de competencia de un Organismo de Control existente o, en su defecto, la configuración legal del mismo. Además, conllevará la sanción del Marco Regulatorio Sectorial pertinente.

TITULO VIII - AUDIENCIAS PUBLICAS U OTROS MECANISMOS DE CONSULTA

Artículo 37. Convocatoria: Cuando existan cuestiones que afecten de manera sustancial y colectiva los derechos de los usuarios y consumidores o el interés público, el Organismo de Control -de oficio o por petición de aquellos expresamente legitimados por la legislación aplicable-, deberá convocar y sustanciar audiencias públicas u otros mecanismos de consulta pública y emitir dictamen fundado.

Dentro de la orientación incorporada por la reforma de 1994, el artículo 42 de la Constitución Nacional procura fomentar la participación en cuestiones que exceden el interés meramente individual.

Con fidelidad a esa postura, este artículo prevé la substanciación de audiencias u otros procedimientos de consulta pública, ante supuestos de afectación relevante y colectiva de los derechos de usuarios y consumidores y en los casos previstos en la legislación.

PROYECTO DE LEY

RÉGIMEN NACIONAL DE ORGANISMOS DE CONTROL DE SERVICIOS PÚBLICOS

TITULO I – DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto: La presente ley tiene por objeto sancionar, con carácter de orden público, el Régimen Nacional de Organismos de Control de Servicios Públicos.

Artículo 2. Creación: Quedan creados los Organismos de Control que se detallan en el Anexo de la presente ley, que tendrán su asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con Delegaciones en las capitales de las provincias.

TITULO II - REGIMEN NACIONAL DE ORGANISMOS DE CONTROL DE SERVICIOS PUBLICOS

Artículo 3. Naturaleza jurídica: Los Organismos de Control son entidades descentralizadas autárquicas en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, teniendo a su cargo en principio la regulación infralegal, y el control de la prestación de los servicios públicos, constituyendo la autoridad de aplicación de la presente ley.

Las asociaciones de usuarios y de consumidores debidamente inscriptas y las provincias interesadas serán parte indispensable, en su caso, en los procedimientos que se sigan en estos Organismos de Control.

Artículo 4. Deberes: A los fines de proteger los derechos del Estado Nacional, de las provincias interesadas, de los usuarios y consumidores y de la sociedad en su conjunto, como también de promover que la prestación del servicio coadyuve al desarrollo económico nacional, a la innovación tecnológica y a la distribución equitativa del ingreso, los Organismos de Control deberán:

- a) fiscalizar el cumplimiento del servicio por parte de los prestadores con estricto ajuste al Régimen Nacional de Servicios Públicos, a la demás legislación aplicable y al contrato al que se encuentren vinculados;
- b) dictar normas reglamentarias y técnicas, asesorar al Poder Ejecutivo Nacional e intervenir en la concreción de los deberes del Estado Nacional impuestos por el Régimen Nacional de Servicios Públicos;
- c) incoar las acciones judiciales tendentes al cumplimiento de los fines de la presente ley y de la demás legislación aplicable en la materia;
- d) denunciar por ante la autoridad competente cualquier conducta o práctica que pudiere afectar la competencia o la lealtad comercial, estando legitimados para constituirse en parte en las correspondientes actuaciones;
- e) realizar todo otro acto que fuere menester para el cumplimiento de los fines previstos en el Régimen Nacional de Servicios Públicos, en los marcos regulatorios sectoriales y en la demás normativa aplicable.

Artículo 5: Funciones y atribuciones: Los organismos reguladores tendrán las siguientes funciones y atribuciones:

- a) intervenir en el ámbito de su competencia y con carácter no vinculante, en la elaboración y difusión de los pliegos y en la evaluación de las ofertas en toda licitación pública o, en su caso, contratación directa, para la concesión de servicios públicos;
- b) elevar al Poder Ejecutivo Nacional las solicitudes de transferencia o cesión del contrato, con emisión de dictamen conforme a derecho;
- c) Recomendar al Poder Ejecutivo Nacional la intervención cautelar del servicio por fundadas razones de emergencia;
- d) controlar la ejecución del plan de inversiones por parte del prestador;
- e) aplicar al prestador las multas previstas, requerir al Poder Ejecutivo Nacional la revisión o rescisión del contrato, participar en la modificación o renegociación del mismo, ejecutar la garantía y entablar las acciones judiciales pertinentes;
- f) determinar la información que los prestadores deberán entregarle en los plazos y formas que establezca, sin perjuicio de todo otro requerimiento que eventualmente pudiere formular en orden al cumplimiento de sus fines;
- g) definir y auditar la contabilidad controlable de los prestadores y fiscalizar su capacidad financiera;
- h) formular, en acuerdo con los prestadores, programas de desarrollo de proveedores locales y vigilar su cumplimiento;
- i) constatar que el prestador subsane en tiempo y forma las incompatibilidades sobrevinientes establecidas en la legislación;
- j) fiscalizar las subcontrataciones del prestador y fijar los montos mínimos que exijan la sustanciación de licitaciones públicas o compulsas de precios, y disponer cuando correspondiere la autorización para adjudicar a una sociedad vinculada o controlada por el prestador o por su grupo económico;
- k) controlar la devolución o transferencia al Estado Nacional de los bienes afectados al servicio al término del contrato, constatar su estado, entablar los reclamos y acciones que pudieren corresponder, y concretar su entrega al nuevo prestador cuando así procediere;
- l) proporcionar a la población en general un pronto acceso a la información adecuada y veraz, sobre las modalidades del servicio, el desempeño del prestador y toda otra que fuere pertinente, excepto cuando se haya

declarado la información aportada por los prestadores –de oficio o a pedido de parte- de carácter confidencial mediante resolución fundada, debiendo las resoluciones del Directorio ser publicadas en sus respectivos sitios de la red informática;

- m) recibir y tramitar reclamos de usuarios, consumidores, prestadores y de la población en general y resolver las controversias que se susciten, debiendo en el procedimiento respetarse los principios enunciados en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549; y precisar, de ser procedente, el monto de la indemnización integral a cargo del prestador;
- n) fiscalizar y aprobar los modelos de contrato y cualquier otro documento que los prestadores pudieran emitir para reglar su vínculo con los usuarios y consumidores, evitando cláusulas abusivas, debiendo tanto en sede administrativa como judicial regir el principio de interpretación a favor de usuarios, consumidores y población en general;
- o) intervenir en el ajuste de tarifas conforme los términos previstos en el Régimen Nacional de Servicios Públicos;
- p) convocar y sustanciar audiencias públicas en los términos del Régimen Nacional de Servicios Públicos y de la presente ley;
- q) efectuar y publicar consultas y encuestas periódicas para medir el grado de satisfacción de los usuarios y de la comunidad;
- r) estudiar el desarrollo del servicio en el ámbito internacional en sus aspectos técnicos, comerciales y regulatorios, particularmente en los procesos de integración en que participe la República, y mantener actualizada la bibliografía atinente a los fines previstos en el artículo 4 inciso b) de la presente ley;
- s) realizar anualmente el balance económico social del servicio público - evaluando los costos y beneficios generados por el servicio para la sociedad en su conjunto-; y un informe sugiriendo las medidas que a su entender correspondan adoptar en beneficio del interés general, publicándolos en sus sitios de la red informática y remitiéndolos a la Comisión Bicameral Permanente de Monitoreo de los Organismos de Control;
- t) educar para el consumo y el uso racional de los recursos, así como fiscalizar el cumplimiento de estudios de impacto ambiental, cuando así correspondiere;
- u) realizar toda otra actividad que fuere necesaria o conveniente para el logro de sus cometidos, especialmente la que permita controlar el cabal cumplimiento por parte del prestador de las obligaciones exigidas en el Régimen Nacional de Servicios Públicos, los marcos regulatorios sectoriales y el contrato.

El incumplimiento de los deberes, funciones o atribuciones previstos en la presente ley constituirá falta grave por parte de los agentes responsables.

Artículo 6: Autarquía financiera: Los Organismos de Control gozarán de autarquía financiera, en ejercicio de la cual elaborarán su presupuesto anual y podrán adoptar las medidas conducentes a preservar su patrimonio, el cual estará integrado por aportes anuales del Tesoro Nacional, subsidios, herencias, legados, donaciones o transferencias bajo cualquier título que reciban, intereses o beneficios resultantes de la gestión de sus bienes e importes de multas aplicadas a los prestadores. Los aportes anuales del Tesoro Nacional

deberán garantizar el adecuado y eficiente cumplimiento de sus atribuciones. No se podrá disponer de los recursos cuya percepción y utilización se les confiera, los que no podrán ser detraídos para destinarlos a cualquier otra finalidad. En caso de emergencia nacional debidamente declarada, el Poder Ejecutivo Nacional no podrá disponer la reducción selectiva de partidas ya asignadas o requerir contribuciones presupuestarias, sin dictamen favorable previo de la Sindicatura General de la Nación.

Artículo 7. Independencia funcional: Los Organismos de Control gozarán de independencia funcional, pudiendo ser intervenidos por el Poder Ejecutivo Nacional sólo excepcionalmente y ante comprobadas circunstancias de extrema seriedad, no pudiendo aquél avocarse en cuestiones de la competencia de los Organismos, ni dictar reglamentos o instrucciones para el ejercicio de sus funciones. El recurso de alzada contra la actividad impugnada del Organismo lo será sólo por razones de legitimidad.

Artículo 8. Composición del Directorio: Los organismos reguladores serán conducidos por un Directorio constituido por cinco (5) miembros, que durarán cuatro (4) años en sus funciones, previa sustanciación del procedimiento previsto en el artículo 9 de la presente ley. Los miembros del Directorio podrán ser redesignados por un período consecutivo, son agentes del Estado o funcionarios públicos y se desempeñarán con dedicación exclusiva. Sus remuneraciones no podrán ser alteradas en el período de sus nombramientos.

Artículo 9. Designación de los Directores: Los miembros del Directorio serán elegidos conforme al siguiente procedimiento:

El Poder Ejecutivo Nacional constituirá un Comité de Selección para el nombramiento de los cinco (5) Directores, el que estará integrado por un representante del Poder Ejecutivo Nacional, un representante de la Auditoría General de la Nación y un representante del Defensor del Pueblo.

El Comité sustanciará concurso de antecedentes y oposición para cada uno de los cargos, de conformidad con los requisitos específicos que determine, otorgando difusión amplia y plena a la convocatoria. El nombre de los cinco (5) mejores postulantes para cada cargo y sus antecedentes curriculares, serán publicados en el Boletín Oficial y al menos en dos (2) diarios de circulación nacional, durante tres (3) días, indicando expresamente que el Comité recibirá impugnaciones u objeciones durante quince (15) días hábiles administrativos. El Comité resolverá dichas impugnaciones fundadamente en igual plazo, salvo que disponga medidas para mejor proveer. Elevará al Poder Ejecutivo Nacional una terna para cada nombramiento, a efectos de su designación.

El Poder Ejecutivo Nacional designará de entre los miembros del Directorio al Presidente del Cuerpo, cuyo mandato será de dos (2) años, siendo redesignable por un período consecutivo. El presidente del Directorio ejercerá la representación legal del organismo.

El Directorio elegirá al Vicepresidente que reemplazará, en caso de enfermedad, ausencia, muerte, renuncia o destitución, al Presidente.

Artículo 10. Requisitos: Los postulantes deberán presentar declaración jurada con la nómina de todos los bienes propios, los de sus cónyuges y/o

convivientes, los que integren el patrimonio de la sociedad conyugal, y los de sus hijos menores, en los términos y condiciones que establece el artículo 6 de la Ley de Ética de la Función Pública N° 25.188. Deberán, asimismo, declarar la nómina de asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren o hayan integrado en los últimos ocho (8) años, la nómina de clientes o contratistas en igual lapso, con ajuste a lo permitido por las normas de ética profesional vigentes, y en general, todo otro tipo de compromiso que pudiera afectar la imparcialidad de su criterio o generar conflicto de intereses por actividades propias, de sus cónyuges, de sus ascendientes y de sus descendientes en primer grado.

Al cesar en sus cargos cada Director deberá efectuar idéntica declaración jurada que al postularse.

Artículo 11. Incompatibilidades: No podrán ser Directores quienes hayan estado vinculados, en cualquier grado o carácter, a prestadores de servicios públicos del sector, o a alguna de sus sociedades controlantes o controladas, en los diez (10) años anteriores a su postulación, sin perjuicio de las incompatibilidades previstas para los funcionarios públicos.

Una vez finalizado su mandato, los Directores no podrán tener vinculación económica ni societaria, ni ocupar, por sí o por interpósita persona, puestos de responsabilidad de cualquier índole, tales como directores, síndicos, gerentes, apoderados, representantes o asesores de empresas prestadoras de servicios públicos o de sociedades controladas o vinculadas a ellas, por un período de diez (10) años.

Artículo 12. Funcionamiento del Directorio: El Directorio tendrá quórum con la presencia de tres (3) miembros, uno de los cuales deberá ser el Presidente, o el Vicepresidente en su caso, y sus decisiones se adoptarán por mayoría simple. En caso de empate, el Presidente o el Vicepresidente en su caso tendrá doble voto.

Artículo 13. Remoción: Los miembros de Directorio sólo podrán ser removidos por el Poder Ejecutivo Nacional, mediando la existencia de causas graves debidamente acreditadas en sumario administrativo instruido por la Procuración del Tesoro de la Nación, y luego de ser oídos la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo, quienes tendrán pleno acceso a las actuaciones.

El Director removido podrá interponer las acciones judiciales que correspondan por ante la primera instancia de la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. La medida cautelar que pudiera decretarse será apelable sin efecto suspensivo.

TITULO III - REGIMEN DE CONTROL

Artículo 14. Defensor del Pueblo: El Defensor del Pueblo -o el funcionario en quien delegue su intervención- podrá participar, con voz y sin voto, en las sesiones de los Directorios de los Organismos de Control, debiendo incluirse su opinión en las actas correspondientes. El Directorio deberá notificarle

previamente el orden del día, pudiendo el Defensor solicitar la inclusión de asuntos en el temario, petición que el Directorio podrá rechazar fundadamente.

El Defensor ejercerá las atribuciones asignadas por el Régimen Nacional de Servicios Públicos. Asimismo, podrá intervenir –de oficio o a pedido de parte- y brindar asesoramiento al interesado en la sustanciación de las quejas, reclamos y recursos administrativos que tramiten en el ámbito de los prestadores y de los Organismos de Control.

Artículo 15. Comisión Bicameral Permanente de Monitoreo de los Organismos de Control: Créase en el ámbito del Congreso de la Nación una Comisión Bicameral a los fines de verificar el cumplimiento de los deberes y funciones que les asigna la normativa a los Organismos de Control.

La Comisión deberá:

- a) elevar a cada una de las Cámaras un informe anual que pondere el grado de cumplimiento por parte de los Organismos de Control de los deberes y funciones que les asigna el orden normativo;
- b) revisar y expedirse sobre el balance económico social y los informes emitidos según lo previsto en el artículo 5, inciso s) de la presente ley, para lo cual deberá atender el grado de satisfacción de los usuarios y de la comunidad que surja de las encuestas y consultas previstas en el artículo 5, inciso q), así como también de los estándares internacionales, conforme el artículo 5, inciso r);
- c) publicar en su sitio de la red informática el compendio de sus tareas, propuestas y conclusiones.

Estará compuesta por cuatro (4) Senadores y cuatro (4) Diputados designados por los Presidentes de las Cámaras respectivas, cuya composición deberá respetar las proporciones de representación de cada cuerpo. La Comisión designará en una primera reunión un Presidente, un Secretario y dictará su reglamento interno, que preverá la renovación periódica de sus miembros.

Artículo 16. Auditoría General de la Nación y Sindicatura General de la Nación: En cumplimiento del artículo 85 de la Constitución Nacional, la Ley N° 24.156 y demás normas aplicables, los Organismos quedan sometidos al control de gestión y patrimonial por parte de la Auditoría General de la Nación y de la Sindicatura General de la Nación, cuyos requerimientos al Poder Ejecutivo Nacional determinarán la obligatoria instrucción de sumario administrativo en los términos del artículo 13 de la presente ley.

Artículo 17. Oficina Anticorrupción: Los Organismos están obligados a facilitar la amplia investigación por parte de la Oficina Anticorrupción dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la que queda habilitada para constituirse en parte querellante en las causas penales que pudieran entablarse.

Artículo 18. Veedor de los Trabajadores: Por cada Organismo de Control de servicios públicos, los trabajadores de los prestadores del sector elegirán por voto secreto, en elección fiscalizada por el Organismo, un Veedor que participará de las reuniones de su Directorio, con voz pero sin voto. Su mandato será de dos (2) años, pudiendo ser reelecto por un período

consecutivo. Contará con amplias atribuciones de fiscalización respecto del cumplimiento del servicio y de los deberes del Organismo de Control, estando facultado para revisar toda la documentación aludida en la presente ley, y podrá solicitar al Directorio la producción de toda medida de prueba o actividad de control que posibilite el ejercicio de sus funciones. El Veedor podrá elaborar informes, formular propuestas, pedir sustanciación y ser parte en las audiencias públicas, recibir y deducir denuncias en sede administrativa y judicial, y adoptar cualquier medida que quede comprendida en el marco de su competencia. Contará para ello con una estructura administrativa específica en el ámbito del organismo regulador. Gozará, durante su mandato, de licencia sin goce de sueldo, pero equiparable en sus restantes alcances y protección a la licencia gremial. Percibirá una remuneración equivalente al setenta (70) por ciento del sueldo de Director. Deberá cumplimentar los requisitos previstos en el artículo 10 de la presente ley.

El padrón electoral estará conformado por la nómina de personal en actividad de los prestadores, y para ser candidato no se exigirá como requisito indispensable la pertenencia a gremio o sindicato alguno.

TITULO IV – AUDIENCIAS PUBLICAS

Artículo 19. Legitimados y partes: El Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer que el Organismo de Control convoque a audiencias públicas, y estarán legitimados para solicitar la convocatoria, y ser parte en ellas, las provincias interesadas, el Defensor del Pueblo, los Veedores de los Trabajadores, las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente inscriptas y los prestadores.

Artículo 20. Convocatoria: En los supuestos contemplados en el Régimen Nacional de Servicios Públicos, los Organismos de Control, por disposición del Poder Ejecutivo, de oficio o a petición de los legitimados, deberán convocar a audiencia pública. La convocatoria deberá publicarse, con una antelación no inferior a treinta (30) días hábiles, durante tres (3) días en el Boletín Oficial, en tres (3) diarios de circulación nacional y en sus sitios de la red informática. En dichas publicaciones se propondrá el temario preliminar, se invitará a formular propuestas, a aportar la prueba documental y ofrecer la demás prueba de que intenten valerse, hasta diez (10) días hábiles previos a la audiencia. Las mismas serán recibidas por el Organismo de Control, que procederá a compendiarlas y confeccionar el temario de la audiencia, debiendo publicarlo en su sitio de la red informática. El Organismo sustanciará la prueba admitida y, en caso de resultar imprescindible, determinará la postergación de la audiencia, publicando la nueva fecha. Las partes tendrán acceso al expediente que se iniciará al respecto. La omisión de la convocatoria determinará la nulidad absoluta -no subsanable por intervención judicial posterior- del acto administrativo dictado.

Artículo 21. Sustanciación: Las audiencias públicas serán sustanciadas en la localidad donde esté situada la sede del Organismo de Control o en otro ámbito, de corresponder por razones fundadas. Podrá asistir el público en general y los medios de comunicación masiva, debiendo realizarse en locales

que posibiliten amplia concurrencia. Deberá labrarse acta de la sesión en versión taquigráfica y en cualquier otro soporte técnico que permita la fidedigna reproducción de lo expresado por las partes. Las recomendaciones que surjan de las audiencias públicas no tendrán carácter vinculante.

Artículo 22. Resolución e impugnación: El Organismo de Control dictará acto administrativo haciendo mérito de todas las posturas sostenidas por las partes en un plazo no mayor a veinte (20) días hábiles, debiendo publicar el acto en el Boletín Oficial y en su sitio de la red informática. Contra esa resolución cualquiera de las partes podrá interponer acción judicial ante la Justicia Federal. Todas las acciones que se interpusieran deberán acumularse en el Juzgado que hubiese prevenido. Las medidas cautelares que pudieran dictarse serán apelables al sólo efecto devolutivo. Los vicios de procedimiento en la sustanciación de la audiencia pública no serán subsanables por la posterior intervención judicial.

TITULO V - RESOLUCION DE CONFLICTOS

Artículo 23. Reclamos: Los usuarios, consumidores y aquellos que puedan verse afectados por la prestación del servicio podrán interponer reclamos ante los prestadores –cuya decisión será impugnabile por ante los Organismos de Control- o bien optar por reclamar directamente ante éstos. La resolución de los reclamos deberá ser emitida en un plazo no mayor a los veinte (20) días hábiles de encontrarse el expediente en estado. Vencido el término sin que haya decisión, el afectado podrá interponer por ante el juez competente amparo por mora, conforme el artículo 28 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

Artículo 24. Recurso de alzada e impugnación judicial de actos de alcance individual: Los usuarios, consumidores, prestadores y demás afectados, podrán interponer recurso de alzada, o tener por concluida la vía administrativa y entablar acción judicial contra las resoluciones de los organismos reguladores que afecten su interés jurídicamente protegido. Asimismo, podrán desistir del recurso de alzada en cualquier momento y ocurrir sin más por ante la Justicia Federal.

Artículo 25. Recurso de alzada e impugnación judicial de actos de alcance general: Las provincias interesadas, el Defensor del Pueblo, las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente inscriptas y los prestadores podrán interponer recurso de alzada por ilegitimidad o requerir la declaración de inconstitucionalidad, ilegitimidad o inaplicabilidad por ante la Justicia Federal, contra los actos de alcance general emitidos por los organismos reguladores. La doctrina judicial establecida será, para el Organismo de Control, de aplicación obligatoria y con alcance general.

Artículo 26. Prescripción: El recurso o la acción judicial previstos en los artículos 24 y 25 precedentes deberán interponerse dentro del plazo de prescripción de dos (2) años, que correrá desde la publicación del acto en el Boletín Oficial o desde su notificación o a partir del desistimiento del recurso.

Artículo 27. Acciones colectivas: En caso de que las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente inscriptas desistieran de las acciones colectivas que hubieren emprendido con arreglo al segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional y al artículo 25 de la presente ley, el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo deberán asumir la legitimación activa y proseguir la causa.

Artículo 28. Acción expedita de información: Sin perjuicio de las sanciones que pudieran corresponder en aquellos casos en que los prestadores se negaren a proporcionar la información solicitada por los Organismos de Control, éstos deberán iniciar acción expedita de información por ante la Justicia Federal competente. La acción estará dirigida a obtener la información denegada, presentada en forma insuficiente o sin cumplimentar los plazos pertinentes. El juez competente deberá resolver inaudita parte en el término de cinco (5) días hábiles. Dicha resolución será apelable en el término de setenta y dos (72) horas y la apelación sólo podrá ser concedida al sólo efecto devolutivo.

TITULO VI – DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

Artículo 29. Provincias interesadas: Serán provincias interesadas aquellas en cuyo territorio se preste el servicio público, o se instale infraestructura vinculada a su prestación o se vean afectados sus recursos naturales o medio ambiente.

Artículo 30. Ministerio Público: El Ministerio Público está legitimado para entablar o ser parte en todas las acciones judiciales a que pudiere dar lugar la aplicación de la presente ley.

Artículo 31. Legislación supletoria: La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nro. 19.549 será de aplicación supletoria y analógica, con excepción de los artículos 25, 30, 31 y 32, que no serán aplicables.

Artículo 32. Reglamento de audiencias públicas: En un plazo no mayor a ciento ochenta (180) días corridos desde la vigencia de la presente ley, el Poder Ejecutivo Nacional deberá dictar un reglamento único de audiencias públicas.

Artículo 33. Organismos existentes: Quedan disueltos los denominados Entes Reguladores y Órganos de Control creados por Decretos N° ... y resoluciones N° ... Sus asignaciones presupuestarias, bienes y dotación de personal serán incorporados transitoriamente a los organismos reguladores creados por la presente ley. El Poder Ejecutivo Nacional dispondrá la racionalización de los recursos referidos, estando habilitado para, dentro del plazo de ciento veinte (120) días corridos, proceder a reubicar o asignar partidas presupuestarias y bienes, dejar sin efecto estructuras orgánicas, disolver dependencias, transferir personal o declarar su disponibilidad, y toda

otra medida que contribuya al debido funcionamiento y al mejor servicio de los Organismos de Control creados.

El Poder Ejecutivo Nacional designará el funcionario que asumirá la conducción transitoria de cada Organismo de Control hasta que asuman los miembros de los Directorios en los términos de la presente ley, debiendo iniciarse el procedimiento de designación dentro de los noventa (90) días de su entrada en vigencia.

Artículo 34. Renovación escalonada: Conformado el primer Directorio, procederá a sortear los dos (2) miembros que concluirán su mandato a los dos (2) años para dar lugar a una renovación escalonada de los mismos.

Artículo 35. Delegaciones: Una vez instaladas, las Delegaciones de los Órganos de Control en las capitales de provincia deberán recibir y tramitar reclamos de usuarios, consumidores, prestadores y de la población en general, pudiendo los interesados, desde la vigencia de la presente ley, accionar judicialmente ante la Justicia Federal con competencia en el lugar de su domicilio.

Artículo 36. Artículo 42. Adhesión: Invítase a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires a adherir a los principios de la presente ley.

Artículo 37. Vigencia: La presente ley comenzará a regir desde su publicación.

Artículo 38. De forma.

ANEXO – ORGANISMOS REGULADORES CREADOS POR LA PRESENTE LEY

Los Organismos de Control creados por la presente ley son:

- de la Electricidad.
- Organismo Regulador del Gas.
- Organismo Regulador de Obras y Servicios Sanitarios.
- Organismo Regulador de Rutas y Accesos Viales.
- Organismo Regulador de Servicios Postales.
- Organismo Regulador de Telecomunicaciones.
- Organismo Regulador de Servicios Aeroportuarios y Transporte Aerocomercial.
- Organismo Regulador del Transporte Ferroviario.
- Organismo Regulador del Transporte Terrestre de Pasajeros.
- Organismo Regulador de Vías y Transportes Fluviales.

La convocatoria podrá realizarse también de estar comprometido el interés público. Por ser este un concepto jurídico indeterminado, se irá delineando en la aplicación práctica de la norma, según parámetros de razonabilidad.

La audiencia, de por sí un ámbito de participación democrática, funge también como recurso de control.

TITULO IX- UNIONES SUPRANACIONALES

Artículo 38. Concreción: El Poder Ejecutivo Nacional procurará en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, realizar las gestiones pertinentes a los efectos de la concreción de uniones supranacionales para la regulación de los servicios públicos en los procesos de integración en que participe la República.

Resulta posible la aplicación del concepto y régimen de los servicios públicos en los procesos de integración, tal como han sido configurados tradicionalmente, mediante la delegación de las respectivas competencias a uniones supranacionales.

Se rememora que el actual artículo 75 inciso 24 de la Constitución Nacional expresa que corresponde al Congreso “aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes...”, encontrando cabida aquí la “unión regional”, la “confederación” y la “unión supranacional”, las cuales son “ uniones de Estados “ y no un nuevo Estado.

Las “uniones regionales” son agrupaciones de Estados soberanos (tal, “*exempli gratia*”, la Organización de Estados Americanos), de extensión limitada, que gestionan variados intereses comunes (económicos, culturales, etc.), entre los que figura preferentemente la defensa solidaria de los miembros.

La “confederación” es una vinculación entre Estados, con intención de perpetuidad, creada por un pacto o tratado internacional, en la que los Estados miembros son soberanos, porque no reconocen ningún derecho positivo de otro Estado que se supraordine al propio. Dos han sido las típicas finalidades de las confederaciones: la defensa exterior y la sustitución de la guerra u otras formas de enfrentamiento entre los Estados miembros por procedimientos obligatorios de mediación; pero no ha sido rara, y mucho menos en la actualidad, la idea de que la confederación concrete una eficaz cooperación en lo económico, en lo cultural y en otros objetivos variables según los casos.

En las “uniones supranacionales” (p. ej. , la famosa y exitosa Comunidad Europea del Carbón y del Acero), varios Estados, renunciando a su competencia sobre ciertas materias concretas, constituyen una organización

social común con poder directo de decisión sobre los sujetos de esos Estados en cuanto afectados por dichas materias; se trata de la ordenación de actividades por sobre las nacionales, que se desintegran de la competencia de los Estados para encomendarlas a agencias que representan un cierto sentido supranacional, respondiendo a un criterio realista de ordenar funciones comunes mediante organismos supranacionales cuya competencia se limita a la función propuesta.

Es en virtud de lo que antecede que se encarece al Poder Ejecutivo gestionar las medidas pertinentes a los efectos de la concreción de “ uniones supranacionales” para la prestación de los servicios públicos en los procesos de integración en que participe la República.

DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

Artículo 39: Marcos Regulatorios Sectoriales: Los Marcos Regulatorios Sectoriales previamente establecidos, hasta que se adecuen al presente, se mantendrán vigentes en todo aquello que no se oponga al presente régimen.

Artículo 40. Régimen Nacional de Organismos de Control de Servicios Públicos: Se sancionará con arreglo al presente Régimen Nacional de Servicios Públicos, el Régimen Nacional de Organismos de Control de Servicios Públicos.

Artículo 41. Marcos Regulatorios Sectoriales: Dentro de los trescientos sesenta y cinco días se adecuarán al presente Régimen Nacional de Servicios Públicos, en cuanto resulte necesario, los Marcos Regulatorios Sectoriales establecidos con anterioridad por ley formal y sancionarán los restantes Marcos Regulatorios Sectoriales.

Se establece en el artículo 39 que los actuales Marcos Regulatorios Sectoriales se mantendrán vigentes –en todo aquello que no se oponga al presente régimen- hasta que se adecuen al presente, fijándose en el artículo 41 el plazo dentro del cual se deberán acomodar al mismo –en cuanto resulte necesario- los Marcos establecidos actualmente por ley formal , y sancionarse los restantes Marcos Regulatorios Sectoriales.

Artículo 42. Adhesión: Invítase a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires a adherir a los principios de la presente ley.

Sin duda, existen servicios públicos provinciales (v. gr., transporte público de pasajeros dentro de la provincia) y municipales (p. ej., alumbrado, barrido y limpieza de calles públicas); y también, que los principios del artículo 42 de la Constitución Nacional deben ser receptados por las provincias y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de conformidad con lo estatuido en el artículo 5 de la Norma Fundamental. Pero como corresponde a la competencia provincial lo relativo a los servicios públicos, con la salvedad que antecede, ya

que está incluido en las facultades reservadas por las provincias (artículo 121 y cc., C.N.), salvo en lo que ha sido materia de delegación (servicios públicos de competencia nacional: artículo 42, C.N.), se invita a las provincias a adherir a los principios de la presente ley (destacándose que los municipios u otras entidades descentralizadas pueden regular servicios, otorgar concesiones, etc., si han sido habilitados por la constitución o la legislatura provincial).

Artículo 43. Vigencia: La presente ley comenzará a regir desde su publicación.

Aun cuando se afirme que la legislación es de orden público, sabido es que esto no la hace retroactiva, salvo que la ley expresamente lo disponga, lo que no es del caso.

Artículo 44. De forma.

ANEXO - SERVICIOS PUBLICOS REGULADOS POR LA PRESENTE LEY

Los servicios públicos regulados por la presente ley son:

- Transporte y distribución de energía eléctrica
- Transporte y distribución de gas natural y distribución de GLP por redes
- Provisión de agua potable y desagües cloacales incluyendo recolección, tratamiento y disposición de efluentes líquidos y barros resultantes.
- Servicio postal universal, cuyo contenido será definido por el Poder Ejecutivo Nacional en función del contexto tecnológico, social y económico
- El servicio básico telefónico
- Servicios aeroportuarios
- Transporte ferroviario de pasajeros
- Autotransporte público de pasajeros, incluyendo los servicios de las estaciones terminales.
- Transporte interjurisdiccional y disposición final de residuos sólidos urbanos.

PROYECTO DE LEY

RÉGIMEN NACIONAL DE ORGANISMOS DE CONTROL DE SERVICIOS PUBLICOS

TITULO I – DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto: La presente ley tiene por objeto sancionar, con carácter de orden público, el Régimen Nacional de Organismos de Control de Servicios Públicos.

Artículo 2. Creación: Quedan creados los Organismos de Control que se detallan en el Anexo de la presente ley, que tendrán su asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con Delegaciones en las capitales de las provincias.

TITULO II - REGIMEN NACIONAL DE ORGANISMOS DE CONTROL DE SERVICIOS PUBLICOS

Artículo 3. Naturaleza jurídica: Los Organismos de Control son entidades descentralizadas autárquicas en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, teniendo a su cargo en principio la regulación infralegal, y el control de la prestación de los servicios públicos, constituyendo la autoridad de aplicación de la presente ley.

Las asociaciones de usuarios y de consumidores debidamente inscriptas y las provincias interesadas serán parte indispensable, en su caso, en los procedimientos que se sigan en estos Organismos de Control.

Artículo 4. Deberes: A los fines de proteger los derechos del Estado Nacional, de las provincias interesadas, de los usuarios y consumidores y de la sociedad en su conjunto, como también de promover que la prestación del servicio coadyuve al desarrollo económico nacional, a la innovación tecnológica y a la distribución equitativa del ingreso, los Organismos de Control deberán:

- f) fiscalizar el cumplimiento del servicio por parte de los prestadores con estricto ajuste al Régimen Nacional de Servicios Públicos, a la demás legislación aplicable y al contrato al que se encuentren vinculados;
- g) dictar normas reglamentarias y técnicas, asesorar al Poder Ejecutivo Nacional e intervenir en la concreción de los deberes del Estado Nacional impuestos por el Régimen Nacional de Servicios Públicos;
- h) incoar las acciones judiciales tendentes al cumplimiento de los fines de la presente ley y de la demás legislación aplicable en la materia;
- i) denunciar por ante la autoridad competente cualquier conducta o práctica que pudiere afectar la competencia o la lealtad comercial, estando legitimados para constituirse en parte en las correspondientes actuaciones;
- j) realizar todo otro acto que fuere menester para el cumplimiento de los fines previstos en el Régimen Nacional de Servicios Públicos, en los marcos regulatorios sectoriales y en la demás normativa aplicable.

Artículo 5: Funciones y atribuciones: Los organismos reguladores tendrán las siguientes funciones y atribuciones:

- v) intervenir en el ámbito de su competencia y con carácter no vinculante, en la elaboración y difusión de los pliegos y en la evaluación de las ofertas en toda licitación pública o, en su caso, contratación directa, para la concesión de servicios públicos;
- w) elevar al Poder Ejecutivo Nacional las solicitudes de transferencia o cesión del contrato, con emisión de dictamen conforme a derecho;

- x) Recomendar al Poder Ejecutivo Nacional la intervención cautelar del servicio por fundadas razones de emergencia;
- y) controlar la ejecución del plan de inversiones por parte del prestador;
- z) aplicar al prestador las multas previstas, requerir al Poder Ejecutivo Nacional la revisión o rescisión del contrato, participar en la modificación o renegociación del mismo, ejecutar la garantía y entablar las acciones judiciales pertinentes;
- aa) determinar la información que los prestadores deberán entregarle en los plazos y formas que establezca, sin perjuicio de todo otro requerimiento que eventualmente pudiere formular en orden al cumplimiento de sus fines;
- bb) definir y auditar la contabilidad controlable de los prestadores y fiscalizar su capacidad financiera;
- cc) formular, en acuerdo con los prestadores, programas de desarrollo de proveedores locales y vigilar su cumplimiento;
- dd) constatar que el prestador subsane en tiempo y forma las incompatibilidades sobrevinientes establecidas en la legislación;
- ee) fiscalizar las subcontrataciones del prestador y fijar los montos mínimos que exijan la sustanciación de licitaciones públicas o compulsas de precios, y disponer cuando correspondiere la autorización para adjudicar a una sociedad vinculada o controlada por el prestador o por su grupo económico;
- ff) controlar la devolución o transferencia al Estado Nacional de los bienes afectados al servicio al término del contrato, constatar su estado, entablar los reclamos y acciones que pudieren corresponder, y concretar su entrega al nuevo prestador cuando así procediere;
- gg) proporcionar a la población en general un pronto acceso a la información adecuada y veraz, sobre las modalidades del servicio, el desempeño del prestador y toda otra que fuere pertinente, excepto cuando se haya declarado la información aportada por los prestadores –de oficio o a pedido de parte- de carácter confidencial mediante resolución fundada, debiendo las resoluciones del Directorio ser publicadas en sus respectivos sitios de la red informática;
- hh) recibir y tramitar reclamos de usuarios, consumidores, prestadores y de la población en general y resolver las controversias que se susciten, debiendo en el procedimiento respetarse los principios enunciados en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549; y precisar, de ser procedente, el monto de la indemnización integral a cargo del prestador;
- ii) fiscalizar y aprobar los modelos de contrato y cualquier otro documento que los prestadores pudieran emitir para reglar su vínculo con los usuarios y consumidores, evitando cláusulas abusivas, debiendo tanto en sede administrativa como judicial regir el principio de interpretación a favor de usuarios, consumidores y población en general;
- jj) intervenir en el ajuste de tarifas conforme los términos previstos en el Régimen Nacional de Servicios Públicos;
- kk) convocar y sustanciar audiencias públicas en los términos del Régimen Nacional de Servicios Públicos y de la presente ley;
- ll) efectuar y publicar consultas y encuestas periódicas para medir el grado de satisfacción de los usuarios y de la comunidad;
- mm) estudiar el desarrollo del servicio en el ámbito internacional en sus aspectos técnicos, comerciales y regulatorios, particularmente en los procesos de integración en que participe la República, y mantener

- actualizada la bibliografía atinente a los fines previstos en el artículo 4 inciso b) de la presente ley;
- nn) realizar anualmente el balance económico social del servicio público - evaluando los costos y beneficios generados por el servicio para la sociedad en su conjunto-; y un informe sugiriendo las medidas que a su entender correspondan adoptar en beneficio del interés general, publicándolos en sus sitios de la red informática y remitiéndolos a la Comisión Bicameral Permanente de Monitoreo de los Organismos de Control;
 - oo) educar para el consumo y el uso racional de los recursos, así como fiscalizar el cumplimiento de estudios de impacto ambiental, cuando así correspondiere;
 - pp) realizar toda otra actividad que fuere necesaria o conveniente para el logro de sus cometidos, especialmente la que permita controlar el cabal cumplimiento por parte del prestador de las obligaciones exigidas en el Régimen Nacional de Servicios Públicos, los marcos regulatorios sectoriales y el contrato.

El incumplimiento de los deberes, funciones o atribuciones previstos en la presente ley constituirá falta grave por parte de los agentes responsables.

Artículo 6: Autarquía financiera: Los Organismos de Control gozarán de autarquía financiera, en ejercicio de la cual elaborarán su presupuesto anual y podrán adoptar las medidas conducentes a preservar su patrimonio, el cual estará integrado por aportes anuales del Tesoro Nacional, subsidios, herencias, legados, donaciones o transferencias bajo cualquier título que reciban, intereses o beneficios resultantes de la gestión de sus bienes e importes de multas aplicadas a los prestadores. Los aportes anuales del Tesoro Nacional deberán garantizar el adecuado y eficiente cumplimiento de sus atribuciones. No se podrá disponer de los recursos cuya percepción y utilización se les confiera, los que no podrán ser detraídos para destinarlos a cualquier otra finalidad. En caso de emergencia nacional debidamente declarada, el Poder Ejecutivo Nacional no podrá disponer la reducción selectiva de partidas ya asignadas o requerir contribuciones presupuestarias, sin dictamen favorable previo de la Sindicatura General de la Nación.

Artículo 7. Independencia funcional: Los Organismos de Control gozarán de independencia funcional, pudiendo ser intervenidos por el Poder Ejecutivo Nacional sólo excepcionalmente y ante comprobadas circunstancias de extrema seriedad, no pudiendo aquél avocarse en cuestiones de la competencia de los Organismos, ni dictar reglamentos o instrucciones para el ejercicio de sus funciones. El recurso de alzada contra la actividad impugnada del Organismo lo será sólo por razones de legitimidad.

Artículo 8. Composición del Directorio: Los organismos reguladores serán conducidos por un Directorio constituido por cinco (5) miembros, que durarán cuatro (4) años en sus funciones, previa sustanciación del procedimiento previsto en el artículo 9 de la presente ley. Los miembros del Directorio podrán ser redesignados por un período consecutivo, son agentes del Estado o funcionarios públicos y se desempeñarán con dedicación exclusiva. Sus remuneraciones no podrán ser alteradas en el período de sus nombramientos.

Artículo 9. Designación de los Directores: Los miembros del Directorio serán elegidos conforme al siguiente procedimiento:

El Poder Ejecutivo Nacional constituirá un Comité de Selección para el nombramiento de los cinco (5) Directores, el que estará integrado por un representante del Poder Ejecutivo Nacional, un representante de la Auditoría General de la Nación y un representante del Defensor del Pueblo.

El Comité sustanciará concurso de antecedentes y oposición para cada uno de los cargos, de conformidad con los requisitos específicos que determine, otorgando difusión amplia y plena a la convocatoria. El nombre de los cinco (5) mejores postulantes para cada cargo y sus antecedentes curriculares, serán publicados en el Boletín Oficial y al menos en dos (2) diarios de circulación nacional, durante tres (3) días, indicando expresamente que el Comité recibirá impugnaciones u objeciones durante quince (15) días hábiles administrativos. El Comité resolverá dichas impugnaciones fundadamente en igual plazo, salvo que disponga medidas para mejor proveer. Elevará al Poder Ejecutivo Nacional una terna para cada nombramiento, a efectos de su designación.

El Poder Ejecutivo Nacional designará de entre los miembros del Directorio al Presidente del Cuerpo, cuyo mandato será de dos (2) años, siendo redesignable por un período consecutivo. El presidente del Directorio ejercerá la representación legal del organismo.

El Directorio elegirá al Vicepresidente que reemplazará, en caso de enfermedad, ausencia, muerte, renuncia o destitución, al Presidente.

Artículo 10. Requisitos: Los postulantes deberán presentar declaración jurada con la nómina de todos los bienes propios, los de sus cónyuges y/o convivientes, los que integren el patrimonio de la sociedad conyugal, y los de sus hijos menores, en los términos y condiciones que establece el artículo 6 de la Ley de Ética de la Función Pública N° 25.188. Deberán, asimismo, declarar la nómina de asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren o hayan integrado en los últimos ocho (8) años, la nómina de clientes o contratistas en igual lapso, con ajuste a lo permitido por las normas de ética profesional vigentes, y en general, todo otro tipo de compromiso que pudiera afectar la imparcialidad de su criterio o generar conflicto de intereses por actividades propias, de sus cónyuges, de sus ascendientes y de sus descendientes en primer grado.

Al cesar en sus cargos cada Director deberá efectuar idéntica declaración jurada que al postularse.

Artículo 11. Incompatibilidades: No podrán ser Directores quienes hayan estado vinculados, en cualquier grado o carácter, a prestadores de servicios públicos del sector, o a alguna de sus sociedades controlantes o controladas, en los diez (10) años anteriores a su postulación, sin perjuicio de las incompatibilidades previstas para los funcionarios públicos.

Una vez finalizado su mandato, los Directores no podrán tener vinculación económica ni societaria, ni ocupar, por sí o por interpósita persona, puestos de responsabilidad de cualquier índole, tales como directores, síndicos, gerentes, apoderados, representantes o asesores de empresas

prestadoras de servicios públicos o de sociedades controladas o vinculadas a ellas, por un período de diez (10) años.

Artículo 12. Funcionamiento del Directorio: El Directorio tendrá quórum con la presencia de tres (3) miembros, uno de los cuales deberá ser el Presidente, o el Vicepresidente en su caso, y sus decisiones se adoptarán por mayoría simple. En caso de empate, el Presidente o el Vicepresidente en su caso tendrá doble voto.

Artículo 13. Remoción: Los miembros de Directorio sólo podrán ser removidos por el Poder Ejecutivo Nacional, mediando la existencia de causas graves debidamente acreditadas en sumario administrativo instruido por la Procuración del Tesoro de la Nación, y luego de ser oídos la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo, quienes tendrán pleno acceso a las actuaciones.

El Director removido podrá interponer las acciones judiciales que correspondan por ante la primera instancia de la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. La medida cautelar que pudiera decretarse será apelable sin efecto suspensivo.

TITULO III - REGIMEN DE CONTROL

Artículo 14. Defensor del Pueblo: El Defensor del Pueblo -o el funcionario en quien delegue su intervención- podrá participar, con voz y sin voto, en las sesiones de los Directorios de los Organismos de Control, debiendo incluirse su opinión en las actas correspondientes. El Directorio deberá notificarle previamente el orden del día, pudiendo el Defensor solicitar la inclusión de asuntos en el temario, petición que el Directorio podrá rechazar fundadamente.

El Defensor ejercerá las atribuciones asignadas por el Régimen Nacional de Servicios Públicos. Asimismo, podrá intervenir –de oficio o a pedido de parte- y brindar asesoramiento al interesado en la sustanciación de las quejas, reclamos y recursos administrativos que tramiten en el ámbito de los prestadores y de los Organismos de Control.

Artículo 15. Comisión Bicameral Permanente de Monitoreo de los Organismos de Control: Créase en el ámbito del Congreso de la Nación una Comisión Bicameral a los fines de verificar el cumplimiento de los deberes y funciones que les asigna la normativa a los Organismos de Control.

La Comisión deberá:

- d) elevar a cada una de las Cámaras un informe anual que pondere el grado de cumplimiento por parte de los Organismos de Control de los deberes y funciones que les asigna el orden normativo;
- e) revisar y expedirse sobre el balance económico social y los informes emitidos según lo previsto en el artículo 5, inciso s) de la presente ley, para lo cual deberá atender el grado de satisfacción de los usuarios y de la comunidad que surja de las encuestas y consultas previstas en el artículo 5, inciso q), así como también de los estándares internacionales, conforme el artículo 5, inciso r);

f) publicar en su sitio de la red informática el compendio de sus tareas, propuestas y conclusiones.

Estará compuesta por cuatro (4) Senadores y cuatro (4) Diputados designados por los Presidentes de las Cámaras respectivas, cuya composición deberá respetar las proporciones de representación de cada cuerpo. La Comisión designará en una primera reunión un Presidente, un Secretario y dictará su reglamento interno, que preverá la renovación periódica de sus miembros.

Artículo 16. Auditoría General de la Nación y Sindicatura General de la Nación: En cumplimiento del artículo 85 de la Constitución Nacional, la Ley N° 24.156 y demás normas aplicables, los Organismos quedan sometidos al control de gestión y patrimonial por parte de la Auditoría General de la Nación y de la Sindicatura General de la Nación, cuyos requerimientos al Poder Ejecutivo Nacional determinarán la obligatoria instrucción de sumario administrativo en los términos del artículo 13 de la presente ley.

Artículo 17. Oficina Anticorrupción: Los Organismos están obligados a facilitar la amplia investigación por parte de la Oficina Anticorrupción dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la que queda habilitada para constituirse en parte querellante en las causas penales que pudieran entablarse.

Artículo 18. Veedor de los Trabajadores: Por cada Organismo de Control de servicios públicos, los trabajadores de los prestadores del sector elegirán por voto secreto, en elección fiscalizada por el Organismo, un Veedor que participará de las reuniones de su Directorio, con voz pero sin voto. Su mandato será de dos (2) años, pudiendo ser reelecto por un período consecutivo. Contará con amplias atribuciones de fiscalización respecto del cumplimiento del servicio y de los deberes del Organismo de Control, estando facultado para revisar toda la documentación aludida en la presente ley, y podrá solicitar al Directorio la producción de toda medida de prueba o actividad de control que posibilite el ejercicio de sus funciones. El Veedor podrá elaborar informes, formular propuestas, pedir sustanciación y ser parte en las audiencias públicas, recibir y deducir denuncias en sede administrativa y judicial, y adoptar cualquier medida que quede comprendida en el marco de su competencia. Contará para ello con una estructura administrativa específica en el ámbito del organismo regulador. Gozará, durante su mandato, de licencia sin goce de sueldo, pero equiparable en sus restantes alcances y protección a la licencia gremial. Percibirá una remuneración equivalente al setenta (70) por ciento del sueldo de Director. Deberá cumplimentar los requisitos previstos en el artículo 10 de la presente ley.

El padrón electoral estará conformado por la nómina de personal en actividad de los prestadores, y para ser candidato no se exigirá como requisito indispensable la pertenencia a gremio o sindicato alguno.

TITULO IV – AUDIENCIAS PUBLICAS

Artículo 19. Legitimados y partes: El Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer que el Organismo de Control convoque a audiencias públicas, y estarán legitimados para solicitar la convocatoria, y ser parte en ellas, las provincias interesadas, el Defensor del Pueblo, los Veedores de los Trabajadores, las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente inscriptas y los prestadores.

Artículo 20. Convocatoria: En los supuestos contemplados en el Régimen Nacional de Servicios Públicos, los Organismos de Control, por disposición del Poder Ejecutivo, de oficio o a petición de los legitimados, deberán convocar a audiencia pública. La convocatoria deberá publicarse, con una antelación no inferior a treinta (30) días hábiles, durante tres (3) días en el Boletín Oficial, en tres (3) diarios de circulación nacional y en sus sitios de la red informática. En dichas publicaciones se propondrá el temario preliminar, se invitará a formular propuestas, a aportar la prueba documental y ofrecer la demás prueba de que intenten valerse, hasta diez (10) días hábiles previos a la audiencia. Las mismas serán recibidas por el Organismo de Control, que procederá a compendiarlas y confeccionar el temario de la audiencia, debiendo publicarlo en su sitio de la red informática. El Organismo sustanciará la prueba admitida y, en caso de resultar imprescindible, determinará la postergación de la audiencia, publicando la nueva fecha. Las partes tendrán acceso al expediente que se iniciará al respecto. La omisión de la convocatoria determinará la nulidad absoluta -no subsanable por intervención judicial posterior- del acto administrativo dictado.

Artículo 21. Sustanciación: Las audiencias públicas serán sustanciadas en la localidad donde esté situada la sede del Organismo de Control o en otro ámbito, de corresponder por razones fundadas. Podrá asistir el público en general y los medios de comunicación masiva, debiendo realizarse en locales que posibiliten amplia concurrencia. Deberá labrarse acta de la sesión en versión taquigráfica y en cualquier otro soporte técnico que permita la fidedigna reproducción de lo expresado por las partes. Las recomendaciones que surjan de las audiencias públicas no tendrán carácter vinculante.

Artículo 22. Resolución e impugnación: El Organismo de Control dictará acto administrativo haciendo mérito de todas las posturas sostenidas por las partes en un plazo no mayor a veinte (20) días hábiles, debiendo publicar el acto en el Boletín Oficial y en su sitio de la red informática. Contra esa resolución cualquiera de las partes podrá interponer acción judicial ante la Justicia Federal. Todas las acciones que se interpusieran deberán acumularse en el Juzgado que hubiese prevenido. Las medidas cautelares que pudieran dictarse serán apelables al sólo efecto devolutivo. Los vicios de procedimiento en la sustanciación de la audiencia pública no serán subsanables por la posterior intervención judicial.

TITULO V - RESOLUCION DE CONFLICTOS

Artículo 23. Reclamos: Los usuarios, consumidores y aquellos que puedan verse afectados por la prestación del servicio podrán interponer reclamos ante

los prestadores –cuya decisión será impugnada por ante los Organismos de Control- o bien optar por reclamar directamente ante éstos. La resolución de los reclamos deberá ser emitida en un plazo no mayor a los veinte (20) días hábiles de encontrarse el expediente en estado. Vencido el término sin que haya decisión, el afectado podrá interponer por ante el juez competente amparo por mora, conforme el artículo 28 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

Artículo 24. Recurso de alzada e impugnación judicial de actos de alcance individual: Los usuarios, consumidores, prestadores y demás afectados, podrán interponer recurso de alzada, o tener por concluida la vía administrativa y entablar acción judicial contra las resoluciones de los organismos reguladores que afecten su interés jurídicamente protegido. Asimismo, podrán desistir del recurso de alzada en cualquier momento y ocurrir sin más por ante la Justicia Federal.

Artículo 25. Recurso de alzada e impugnación judicial de actos de alcance general: Las provincias interesadas, el Defensor del Pueblo, las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente inscriptas y los prestadores podrán interponer recurso de alzada por ilegitimidad o requerir la declaración de inconstitucionalidad, ilegitimidad o inaplicabilidad por ante la Justicia Federal, contra los actos de alcance general emitidos por los organismos reguladores. La doctrina judicial establecida será, para el Organismo de Control, de aplicación obligatoria y con alcance general.

Artículo 26. Prescripción: El recurso o la acción judicial previstos en los artículos 24 y 25 precedentes deberán interponerse dentro del plazo de prescripción de dos (2) años, que correrá desde la publicación del acto en el Boletín Oficial o desde su notificación o a partir del desistimiento del recurso.

Artículo 27. Acciones colectivas: En caso de que las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente inscriptas desistieran de las acciones colectivas que hubieren emprendido con arreglo al segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional y al artículo 25 de la presente ley, el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo deberán asumir la legitimación activa y proseguir la causa.

Artículo 28. Acción expedita de información: Sin perjuicio de las sanciones que pudieran corresponder en aquellos casos en que los prestadores se negaren a proporcionar la información solicitada por los Organismos de Control, éstos deberán iniciar acción expedita de información por ante la Justicia Federal competente. La acción estará dirigida a obtener la información denegada, presentada en forma insuficiente o sin cumplimentar los plazos pertinentes. El juez competente deberá resolver inaudita parte en el término de cinco (5) días hábiles. Dicha resolución será apelable en el término de setenta y dos (72) horas y la apelación sólo podrá ser concedida al sólo efecto devolutivo.

TITULO VI – DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

Artículo 29. Provincias interesadas: Serán provincias interesadas aquellas en cuyo territorio se preste el servicio público, o se instale infraestructura vinculada a su prestación o se vean afectados sus recursos naturales o medio ambiente.

Artículo 30. Ministerio Público: El Ministerio Público está legitimado para entablar o ser parte en todas las acciones judiciales a que pudiere dar lugar la aplicación de la presente ley.

Artículo 31. Legislación supletoria: La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nro. 19.549 será de aplicación supletoria y analógica, con excepción de los artículos 25, 30, 31 y 32, que no serán aplicables.

Artículo 32. Reglamento de audiencias públicas: En un plazo no mayor a ciento ochenta (180) días corridos desde la vigencia de la presente ley, el Poder Ejecutivo Nacional deberá dictar un reglamento único de audiencias públicas.

Artículo 33. Organismos existentes: Quedan disueltos los denominados Entes Reguladores y Órganos de Control creados por Decretos N° ... y resoluciones N° ... Sus asignaciones presupuestarias, bienes y dotación de personal serán incorporados transitoriamente a los organismos reguladores creados por la presente ley. El Poder Ejecutivo Nacional dispondrá la racionalización de los recursos referidos, estando habilitado para, dentro del plazo de ciento veinte (120) días corridos, proceder a reubicar o asignar partidas presupuestarias y bienes, dejar sin efecto estructuras orgánicas, disolver dependencias, transferir personal o declarar su disponibilidad, y toda otra medida que contribuya al debido funcionamiento y al mejor servicio de los Organismos de Control creados.

El Poder Ejecutivo Nacional designará el funcionario que asumirá la conducción transitoria de cada Organismo de Control hasta que asuman los miembros de los Directorios en los términos de la presente ley, debiendo iniciarse el procedimiento de designación dentro de los noventa (90) días de su entrada en vigencia.

Artículo 34. Renovación escalonada: Conformado el primer Directorio, procederá a sortear los dos (2) miembros que concluirán su mandato a los dos (2) años para dar lugar a una renovación escalonada de los mismos.

Artículo 35. Delegaciones: Una vez instaladas, las Delegaciones de los Órganos de Control en las capitales de provincia deberán recibir y tramitar reclamos de usuarios, consumidores, prestadores y de la población en general, pudiendo los interesados, desde la vigencia de la presente ley, accionar judicialmente ante la Justicia Federal con competencia en el lugar de su domicilio.

Artículo 36. Artículo 42. Adhesión: Invítase a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires a adherir a los principios de la presente ley.

Artículo 37. Vigencia: La presente ley comenzará a regir desde su publicación.

Artículo 38. De forma.

ANEXO – ORGANISMOS REGULADORES CREADOS POR LA PRESENTE LEY

Los Organismos de Control creados por la presente ley son:

- de la Electricidad.
- Organismo Regulador del Gas.
- Organismo Regulador de Obras y Servicios Sanitarios.
- Organismo Regulador de Rutas y Accesos Viales.
- Organismo Regulador de Servicios Postales.
- Organismo Regulador de Telecomunicaciones.
- Organismo Regulador de Servicios Aeroportuarios y Transporte Aerocomercial.
- Organismo Regulador del Transporte Ferroviario.
- Organismo Regulador del Transporte Terrestre de Pasajeros.
- Organismo Regulador de Vías y Transportes Fluviales.

la presente actualización de