

Aportes para la consolidación del contralor provincial de los servicios públicos nacionales

Por Jorge Luis Bastons

I. Introducción

El texto de la Constitución Nacional reformada en 1994 (CN) mejoró en mucho la relación preexistente entre las autonomías provinciales y el Estado nacional, minimizando así las posibilidades de que este último continuara menoscabando los derechos y potestades de aquellas.

Prueba de ello es que desde el propio articulado de dicha Carta Constitucional se procedió a ratificar el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en su territorio, a reconocer las potestades de contralor regulatorio en materia de medio ambiente, a mandar ordenar el régimen fiscal, así como a autorizar a las provincias a celebrar convenios internacionales, a conservar los organismos de seguridad social de sus empleados públicos y de los colegios profesionales, entre otros contenidos de igual o similar tenor.

Por nuestra parte sólo buscamos que esos derechos constitucionales tan bellamente enunciados, tengan ni más ni menos que su adecuado andamiaje en la vida material y concreta de la Nación¹. Y lo hacemos convencidos de que el escenario de la lucha por los derechos necesita tanto de los aportes teóricos de la doctrina como de una sana militancia ciudadana en su defensa, porque más allá de la mayor o menor claridad y certeza que pueda emanar del carácter formal de los derechos, lo cierto es que tanto su legitimidad como su vigencia y eficacia material dependerán de los intereses y relaciones de poder de unos y otros².

En este sentido los argentinos no podremos negar que durante el siglo veinte hemos tenido una notoria incapacidad para resolver nuestros problemas dentro del marco del

¹ “El significado de un derecho constitucional, su alcance y contenido, así como su importancia frente al Estado, las demás personas y grupos, y los restantes derechos constitucionales, dependerá de su enunciado constitucional, pero más todavía, y fundamentalmente, de la ideología que utilice el intérprete-operador de la Constitución. En el caso argentino existe una nítida base iusnaturalista en los derechos constitucionales, pero la situación es compleja porque la Constitución contiene una suerte de mixtura ideológica con tres ingredientes principales: liberalismo, cristianismo y modernas tendencias propias del estado social de derecho. Las dos últimas tienden a conciliarse con mayor facilidad que la primera”, SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo II, p. 288, Astrea, Buenos Aires, 2003.

² Ver de Ferdinand LASALLE *¿Qué es una Constitución?* (Ediciones Júcar, España, 1978), donde se describe con suma claridad que los problemas constitucionales no son en última instancia problemas de derecho, sino de poder, y por tanto, que la verdadera constitución de una país reside en los factores reales y efectivos de poder imperantes en la nación más allá de los derechos formalmente establecidos con cuidadas letras doradas en el texto constitucional.

Estado de Derecho. Por lo tanto, a los fines de un sano mea culpa, quizá sea provechoso recordar el duro juicio de Juan Bautista ALBERDI cuando afirmaba:

... (sin mejor población) que la que tenemos para la práctica de la república representativa, todos los propósitos quedarán ilusorios y sin resultado. Haréis Constituciones brillantes que satisfagan completamente las ilusiones del país, pero el desengaño no tardará en pedirnos cuenta del valor de las promesas, y entonces se verá que hacéis papel de charlatanes cuando no de niños, víctimas de vuestras propias ilusiones (Alberdi, 1992:167)

El punto es que la Constitución material, la viva, la de todos los días, nos muestra en el caso bajo examen que, ya sea porque el *establishment* económico financiero ha sido más fuerte que la voluntad del Estado nacional; o porque el Estado nacional no le ha hecho lugar a las provincias interesadas; o bien, porque estas últimas no peticionaron ni presionaron lo suficiente como para hacerse el lugar que les reserva la Constitución Nacional en los entes reguladores de los servicios públicos de competencia nacional³, lo cierto es que esas sillas aún hoy se encuentran mayormente vacías.

³ “De todas las criaturas jurídicas aparecidas o renovadas con la reforma del Estado iniciada en 1989, los entes reguladores han sido –sin disputa– los que más interés práctico y teórico despertaron. No es para menos, ciertamente, si tenemos en cuenta que los servicios públicos nacionales más importantes –agua potable, comunicaciones, energía eléctrica, gas, y transporte aéreo y terrestre– están regulados cada uno de ellos por un ente específico. Ello les otorgó un *rol* protagónico en los estudios de Derecho Administrativo, a partir del desarrollo de una nueva rama usualmente denominada “derecho de la regulación”, muy ligada a la economía. Como puede verse, son muchos los puntos de abordaje que esta inagotable temática ofrece. De hecho, los norteamericanos –que llevan más de cien años analizándolos– no se han dado todavía por satisfechos y se siguen planteando nuevas problemáticas alrededor de las controvertidas Independent Regulatory Commissions. Incluso se discute si su creación es o no constitucional y si son verdaderamente independientes.

Sin embargo, hay dos cuestiones que deben ser abordadas en forma preliminar y ellas son: a) a qué estamos aludiendo realmente cuando hablamos de “entes reguladores”; y b) cuáles son los postulados de la coherencia interna de su régimen jurídico. En cuanto a la primera pregunta, debemos admitir que no existe una noción precisa de lo que es un ente regulador, ya que ciertamente no nacieron con la reforma del Estado de 1989. En todo caso se han desarrollado con mayor intensidad a partir de ella. Pero nadie puede dudar de que la vieja Junta Nacional de Carnes, ya desaparecida, o el propio Banco Central entran también en la categoría de entes reguladores. De modo tal que es necesario, quizás, formular algunas precisiones en torno a esta cuestión. En relación con la segunda, si bien es común oír hablar de los entes reguladores en forma general, como si se tratara de una categoría única dotada de reglas jurídicas uniformes, es un hecho evidente que en la Argentina –en el orden federal– la creación de los entes reguladores no ha respondido a una metodología planificada ni a un modelo específico. Esto es así aunque en líneas generales se ha intentado seguir el modelo norteamericano en lugar del inglés, que en cambio fue usado en materia de tarifas (...) Por ello, cuando hablamos de los entes reguladores en conjunto como una categoría particular, debemos tener en claro que no alu-

Ergo, lo que sigue es un intento conceptual de poner las cosas en su lugar, ni más ni menos que donde la mismísima letra de la Constitución Argentina nos dice que están. Vaya entonces nuestro humilde intento por hacerlas realidad⁴.

II. Relación medio ambiente provincial- servicios públicos nacionales

El Derecho Ambiental puede resultar de suma importancia en relación al tema en estudio⁵, puesto que constituye una de las posibles vías de convalidación de un contralor

dimos a un sistema o régimen homogéneo que permite trasladar automáticamente las reglas aplicables en cualquiera de ellos a los restantes”, BIANCHI, Alberto, *La regulación económica*, Tomo I, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 201/205.

⁴ “En nuestra opinión, estamos en falta constitucional al no haber implementado la participación de los usuarios en los órganos de dirección de los entes reguladores. Algunos fallos han comenzado a rechazar petitorios de esta naturaleza de los usuarios, incumpliendo así, a nuestro modo de ver, el precepto constitucional.

La doctrina ciertamente no ayuda, en esta materia, pues por lo general no hace esta interpretación y no sólo postula que hace falta ley expresa sino que va más allá: hasta ve dicha participación incompatible con la función supuestamente jurisdiccional de los entes. Es lo de siempre: se teme que la participación sea un factor de desestabilización, no advirtiendo que es un mecanismo de integración social. También es cierto que el impulso participativo que pareció animar el espíritu oficial contemporáneo ha perdido velozmente apoyo en las esferas gubernamentales. Se ha dado en los hechos más movilización social, con toma y dominio de la calle, que auténtica participación política y administrativa.

En cuanto a la participación de las provincias, cuando existe ella se maneja desde los llamados Consejos Federales como el de la Energía, presidido por el Secretario de Energía. Los plazos deben vencer en forma escalonada para que ningún gobierno pueda nombrar o remover a todos sus miembros en el directorio, sino como máximo recambiar a uno o dos en un mismo mandato, manteniéndose mientras tanto los representantes de los usuarios y las provincias con sus propios mecanismos autónomos de renovación”, GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, *La defensa del usuario y el administrado*, 8ª Edición, VI-26, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006.

⁵ “El ambiente puede ser objeto de una definición restrictiva o amplia. Para la primera está integrado por el conjunto de elementos físicos que rodean y entre los cuales se desenvuelve la existencia de las personas. La tierra, el aire, el agua, la flora, la fauna y todos aquellos objetos materiales que son obra del hombre, conforman el ambiente. Tanto los objetos materiales de carácter natural como los artificiales. En su concepción amplia, el ambiente abarca también las circunstancias y condiciones físicas, sociales, culturales y económicas bajo las cuales se desenvuelve la vida humana. Es esta segunda acepción la que adopta el texto constitucional”: “...Sin embargo, no es mucho lo realizado sobre el particular porque el éxito de las medidas que se adoptan está condicionado a la existencia de una idea dominante en la sociedad destinada a defender, no solamente el macroambiente, sino también el microambiente que rodea a cada individuo, y esa idea dominante todavía no integra los hábitos sociales. En esta materia, como

provincial directo, indirecto y/o mixto sobre los servicios públicos de competencia nacional⁶, todo lo cual da lugar (al menos) a la formulación de esbozos de diversos escenarios jurídicos donde, por caso, las provincias podrían hacer valer más firmemente sus derechos al respecto.

Lo expuesto bien podría llevarse a la práctica de manera directa, como indirecta o mixta.

De manera directa: cubriendo las propias provincias el vacío legal existente generado por el incumplimiento de lo dispuesto por el art. 42 *in fine* de la Constitución Nacional⁷.

De manera indirecta: por influjo del art. 41 de la CN, es decir, aplicando por analogía el régimen protector del medio ambiente previsto por dicho artículo al control de los servicios públicos interjurisdiccionales.

Por otra parte, en virtud del art. 43 de la CN, las provincias que resulten afectadas en los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor podrán interponer acción expedita y rápida de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas.

De manera mixta: por la concomitancia de las anteriores.

Así como por imperio de los artículos 121 y 126 de la Carta Magna Argentina, la Nación ejerce un poder soberano sobre las provincias autónomas (las cuales conservan todos sus poderes no delegados a la Nación)⁸, el art. 124 les otorga a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

El art. 125 establece una cláusula específica para el progreso provincial; el art. 41 protege el derecho a un medio ambiente sano; mientras que el art. 42 tutela los derechos de los

en tantas otras, las normas jurídicas son ineficaces si no están precedidas por un real estado de conciencia social”, pp. 434/435, BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2004.

⁶ Atento la diversidad de concepciones doctrinarias sobre la noción de *servicio público*, diremos con Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO que las mismas “pueden ser clasificadas del siguiente modo: A. Teorías que consideran como servicio público *toda actividad del Estado* cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes; B. Teorías que consideran como servicio público *toda la actividad de la administración* sujeta a un procedimiento de derecho público; C. Teorías que consideran como servicio público *solamente una parte de la actividad de la administración*”, p. 7, Tomo III, *Derecho Administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

⁷ Art. 42 *in fine*: “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

⁸ Decía ALBERDI en su obra *Derecho Público Provincial Argentino* (Ediciones Paradigma Libros) que las provincias “no enajenan el poder que dan a la Confederación. Lo ejercen del mismo modo que su poder local. Tan suyo y de su elección es el poder nacional como el provincial: son dos procuraciones, dos representaciones de diversos rangos, constituidas separadamente para manejar mejor dos clases de facultades pertenecientes a la misma soberanía popular”.

consumidores y usuarios de bienes y servicios mediante el dictado de una legislación que establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Por su parte el art. 75 inc. 30 la CN nos recuerda: “Que corresponde al Congreso: (...) dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”⁹.

Por nuestra parte, podemos afirmar sin temor a equívocos que la inmensa mayoría de los entes reguladores¹⁰ de los servicios públicos nacionales como el Ente Nacional Regu-

⁹ “El ejercicio por el Congreso nacional de una legislación exclusiva sobre los establecimientos que por ley son declarados de utilidad nacional y que están situados en el territorio de las provincias, se limita a la medida necesaria que motivó dicha calificación. Por tal razón, sobre esos lugares subsiste plenamente la autoridad provincial y municipal en tanto no interfiera con los fines que motivaron la calificación de la utilidad nacional. Los conflictos que se presenten deben ser resueltos por el Poder Judicial, aunque aplicando un criterio restrictivo respecto de las aspiraciones del Gobierno nacional por tratarse de una excepción al principio consagrado por el art. 21 de la Ley Fundamental. De manera que, en caso de duda, la solución debe ser favorable a la autonomía provincial y a la autarquía de los municipios”, pp. 1109/1110, BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2004.

¹⁰ “¿Puede considerarse que la mención del art. 42, tercer párrafo de la Constitución Nacional, erige a los entes de servicios públicos en órganos constitucionales? (...) Cabe recordar que, bajo el imperio de la Constitución (texto 1853/60), el artículo 5° sólo imponía –a las provincias– ‘asegurar su régimen municipal’. Pero ese solo enunciado permitió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarar: a) la existencia necesaria de los municipios; b) derivar, de esa existencia necesaria, un régimen de autarquía primero, y de autonomía a partir del caso ‘Rivademar c/Municipalidad de Rosario’, autonomía luego consagrada en el art. 123 de la Constitución Nacional.

De manera similar, podría interpretarse que la previsión del art. 42 CN da –a los entes de regulación y control de servicios públicos– una existencia necesaria y, de ella, derivar sus facultades y su ámbito de autonomía. Advértase, además, que la norma constitucional establece un esbozo de organización y de funciones, toda vez que prevé ‘la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas’. Cuando se cumpla con el imperativo constitucional de hacer participar a las provincias en estos organismos, no parece que éstos puedan permanecer sometidos a poderes de control jerárquico ni de tutela del Poder Ejecutivo Nacional.

He afirmado que los entes de regulación y control pueden encuadrarse en esa interesante tipología del Derecho Público contemporáneo: las llamadas administraciones independientes que, de modo más o menos explícito, hacen de la independencia frente a directrices

lador de la Electricidad (ENRE, ley 24.065), Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS, ley 24.076), Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS, Decreto 999/92), Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA, Decreto 375/97), Autoridad Regulatoria Nuclear (ARN, ley 24.804), entre otros entes de similar tenor, no cuentan en su seno con la *participación necesaria* de las organizaciones de usuarios¹¹, ni mucho menos de las provincias interesadas.

Ahora bien, a tenor de las omisiones referenciadas y a la luz de lo normado por el art. 42 in fine de la Constitución Nacional, salta a la vista que más allá de las pocas o muchas excusas que puedan alegarse en defensa del estado de situación descripto, no caben dudas de que el mandato constitucional ha sido mayoritariamente incumplido. Arriesgando a priori que tales omisiones podrían convertir al Estado en responsable final de los daños ocasionados por las empresas concesionarias de los servicios públicos, puesto que el Estado Nacional, en definitiva, ni siquiera se encargó de velar en muchos casos por la correcta conformación de los directorios de los entes controladores. Responsabilidad por omisión que asimismo podría hacerse extensiva a los Estados provinciales toda vez que incurran en inacción petitoria por ante el Estado Nacional¹².

político-gubernamentales, nota esencial de su régimen jurídico”, REIRIZ, María Graciela, pp. 267/268, “Autoridades administrativas independientes para la regulación y control de servicios públicos”, en *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín Gordillo*, Carlos BOTASSI (Director), Librería Editora Platense, 2003, La Plata.

¹¹ “La regulación se relaciona en forma directa con la moderna teoría de protección al consumidor. Si bien este esquema legal se remite antes que nada al derecho comercial, es evidente que la regulación se relaciona de manera directa a los derechos humanos por una parte y al consumidor por la otra. Los servicios públicos afectan a las personas pobres e indigentes, distinción que se aplica para distinguir a quienes no pueden llegar al sistema económico y sin embargo deben vivir sin dinero. La calidad de vida, (...) se encuentra siempre presente en todo servicio público y es motivo de regulaciones medioambientales en todas las entidades regulatorias del mundo. En los países modernos, la autoridad regulatoria se encarga de evaluar si la calidad del servicio está a la altura de la tecnología y persigue que los problemas de pobreza no afecten la propia vida de pobres e indigentes”, PIGRETTI, Eduardo, p.124, *Derecho Ambiental Profundizado*, La Ley, 2004, Buenos Aires.

SALOMONI sostiene que: “Aunque la norma constitucional argentina analizada sea clara en cuanto a la diferenciación de los sujetos consumidor y usuario de un servicio público o actividad de interés público, (...) lamentablemente en el debate de la Convención Constituyente se los trató indistintamente, lo que le quitó riqueza hermenéutica para la posterior aplicación de los supuestos comprendidos y al contenido material de los derechos allí establecidos para esos colectivos”, p. 397, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991.

¹² Puntualmente el artículo 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires nos dice que “Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz” y más adelante, que la Provincia proveerá “(...)

Nótese además que el aludido art. 42 de la CN dice expresamente “previendo” la “necesaria participación”, vale decir, que esa legislación debería tener presente (y por tanto no omitir) la inclusión de las asociaciones de usuarios y de las provincias interesadas, en los entes reguladores de los servicios públicos nacionales.

Asimismo, ponemos de resalto que una participación indicada constitucionalmente como *necesaria* es de por sí constitutiva de algo o alguien, que es una parte propia de ese algo o alguien (porque sin dicha *participación* no es, porque no llega a ser). Es decir, que no habría ningún *ente de control* sin la *participación necesaria de las asociaciones de usuarios y provincias interesadas*. En otras palabras, la *participación necesaria* de dichos componentes en la estructura interna de los organismos de control es un requisito esencial de los mismos, porque sin dicha esencia, sencillamente no habrá ningún organismo de control creado conforme a Derecho (y por ende que todos aquellos entes que incumplan con lo ordenado por el art. 42 *in fine* de la Constitución Nacional serían pasibles de ser reputados inconstitucionales¹³).

Además si la CN le otorga un lugar en los entes reguladores a cada provincia interesada, ello quiere decir que nuestra Carta Constitucional Argentina les está reconociendo su poder de policía sobre la materia¹⁴.

También se podría conjeturar que cuando el art. 42 de la CN habla de *participación necesaria*, ello no quiere decir que deban incluirse representantes (de las asociaciones de consumidores y usuarios, ni de las provincias interesadas) en el órgano máximo de conducción de *los organismos de control*, sino que dicha *participación necesaria* en realidad ya fue ejercida por los senadores nacionales (representantes por antonomasia de las provincias en el Poder Legislativo Nacional¹⁵) cuando éstos participaron (y siguen ha-

al establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos y promoverá la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores”.

¹³ Una crítica a lo expuesto debería afirmar que el mandato constitucional del art. 42 *in fine* de la CN ordena la sanción de una legislación que contemple... la incorporación de las provincias interesadas en los organismos de control... es decir que no ordena directamente tales incorporaciones. En definitiva este argumento bien podría servir de legítima excusa para que el Poder Ejecutivo Nacional haya creado entes de control por su exclusiva cuenta atento la mora legislativa incurrida por el Honorable Congreso de la Nación para la sanción de la legislación ordenada por la Constitución Nacional Argentina.

¹⁴ Una respuesta en contrario debería afirmar que la inclusión de las provincias en los organismos de control se debe: 1) a que están “interesadas”; 2) a que su “interés” se debe al hecho de ser las titulares de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios; y, 3) a que la propia Constitución incluye a las asociaciones de usuarios y consumidores, siendo que éstas no detentan per se ningún poder de policía.

¹⁵ A contrario sensu debería mencionarse la suerte de deceso que sufrió tal afirmación a partir de la reforma constitucional de 1994, puesto que al cambiarse el modo de elección de los senadores nacionales (se pasó de su elección indirecta –por cada legislatura provincial– a la directa –por el pueblo de cada provincia–), ello ha devenido en un marcado desdibujamiento

ciéndolo) en cada debate de comisión y tratamiento de cada una de las leyes vinculadas a la temática de la tutela del medio ambiente¹⁶ y del contralor de los servicios públicos de competencia nacional.

Claro que esta última interpretación implicaría que la previsión de la inclusión necesaria de las provincias interesadas y de las asociaciones de usuarios y consumidores no sería ya en la legislación *ad hoc* y en los organismos de control, sino solamente en la legislación referida a estos temas y nada más...

Con lo cual, no sólo se estaría interpretando pésimamente el sentido y alcance de la normativa del art. 42 *in fine* de la CN, sino que asimismo nos daría la posibilidad de legitimar y perfeccionar la instalación del mecanismo de tutela del medio ambiente establecido por el art. 41 de la CN, y por su intermedio, la posibilidad de un co-contralor de las empresas concesionarias de servicios públicos de competencia nacional en relación a los recursos naturales de propiedad de las provincias interesadas dentro de sus propios territorios.

Control que, dicho sea de paso, cada provincia ejercería en razón de su poder de policía¹⁷, el cual como es sabido se encuentra perfectamente reconocido por los artículos 41, 42, 75 inc. 30, 121, 124, 125 y 126 entre otros tantos de nuestra Constitución Nacional.

Cabe recordar que el Derecho Ambiental es una disciplina jurídica en pleno desarrollo y evolución, constituida por:

(...) el conjunto de normas regulatorias de relaciones de derecho público o privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del medio ambiente, en cuanto a la prevención de daños al mismo, a fin de lograr el mantenimiento del equilibrio natural, lo que redundará en una optimización de la calidad de vida (Cafferatta, 2004:9).

conceptual de la idea de representatividad institucional de los intereses provinciales en la Nación ya que su elección directa los iguala –al respecto– a los diputados nacionales.

¹⁶ Es necesario tener presente el avance notorio que ha marcado para el Derecho Ambiental la ley 25.675 (Ley de Política Ambiental. B.O.: 28/11/2002), la cual establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. Esta ley rige para todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, operativas y deben utilizarse para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia (art. 3). Entre los logros de esta norma, cabe destacarse la instauración de un Sistema Federal Ambiental a través del COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente) el cual debe instrumentar la coordinación de la política ambiental, tendiente al logro del desarrollo sustentable, entre el gobierno nacional, los gobiernos provinciales y el de la Ciudad de Buenos Aires (art. 23, ver también Anexo I Acta Constitutiva del COFEMA).

¹⁷ A los fines prácticos, entendemos por poder de policía a la potestad estatal de poner limitaciones a los particulares en razón de la más efectiva tutela de la salubridad, moralidad, seguridad pública y del medio ambiente, tanto como por causales económicas y de emergencia (conf. arts. 41, 121, 125 y 75 inc. 30, entre otros de la CN).

Es decir, que si el Derecho Ambiental tiene por función proteger al ambiente, y éste está constituido por los propios elementos y sustancias que a su vez le sirven de soporte material a los servicios públicos más tradicionales y básicos, bien podremos esbozar una obvia relación de inmediatez entre unos y otros (y quizá hasta de existencia de los otros respecto de los unos)¹⁸.

Ahora bien, si nos tomamos la molestia de prestar más atención a estas relaciones, notaremos por ejemplo que en nuestro país la provisión de electricidad depende mayormente de la explotación de la energía cinética de los grandes cursos de agua; que el venteo de gas depende de la previa descomposición de sustancias orgánicas bajo el suelo; que los medios de transporte dependen de la extracción y elaboración de combustibles; entre otras vinculaciones.

Es decir, que existe una relación profunda entre el medio ambiente y los servicios públicos, una relación más del tipo causa-consecuencia que de antecedente a consecuente; más de dado A es B, que de dado A debe ser B; más de *ser*, que de *deber ser*.

Por lo dicho va de suyo que así como:

...los prestadores del servicio de agua deben cuidar que el servicio no se polucione; las industrias que procesan productos para la alimentación y la bebida no deben contaminar el ambiente, como tampoco los proveedores de carne y vegetales para el consumo han de incurrir en depredación, ni los cultivos han de arrasar el suelo volviéndolo improductivo a cierto plazo...” (Bidart Campos, 1994:96) afirmamos: *que atento a que los servicios públicos más elementales no podrían funcionar sin la obvia existencia previa de los recursos naturales, descontamos que la regulación constitucional de dichos recursos trae aparejada una implícita relación de correspondencia respecto de los servicios públicos*. Vale decir, que a lo expresado por el art. 42 de la Carta Magna Argentina le cabe plenamente la regulación dispuesta por el art. 41 (máxime cuando el mandato establecido por el art. 42 está, en el mejor de los casos, inconcluso).

¿Qué establece entonces el art. 41 de la CN? y, ¿cómo podríamos aplicar su régimen al vacío legal suscitado a raíz del incumplimiento de lo normado por el art. 42 de la CN?

Pues, la importancia del art. 41 de la CN es crucial, dado que no sólo manda a las autoridades a proteger el derecho a un medio ambiente sano, sino que le fija al Estado el modo

¹⁸ “Con respecto a los (...) grandes sectores de los servicios públicos (además de la electricidad, y el agua y saneamiento), se mantuvo también la jurisdicción nacional que existía con las empresas nacionales estatales, en general monopólicas y únicas, como Gas del Estado, ENTEL y la propiedad nacional exclusiva de los recursos naturales, que en muchos casos son el sustento de los servicios públicos a prestarse (hídricos, hidrocarburíferos, de las comunicaciones, del transporte, etcétera). Toda esta tradición impide la aparición del ámbito jurisdiccional para que las provincias desarrollen sus marcos normativos y sus organismos reguladores”, *La regulación provincial de los servicios públicos en la Argentina*, HERRERO, Félix (Director), p. 25, Ediciones de la Universidad Nacional de Lanús, 2003, Buenos Aires.

de hacerlo. Así, primeramente nos dice que “Las autoridades proveerán a la protección de este derecho... y a la información y educación ambientales”¹⁹.

De ello colegimos que dado que dicho artículo no distingue ni precisa el alcance del término *autoridades*, entendemos que la intención del constituyente ha sido entonces la de darle un sentido amplio y generoso. Lo cual, implica sostener que la responsabilidad por la sanidad del ambiente recae tanto en las autoridades nacionales como en las provinciales y municipales.

Por otra parte, si recordamos que el art. 41 de la CN establece que “corresponde a la Nación dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”; va de suyo deducir que la Constitución viene a ratificar aquí su espíritu federalista al poner en cabeza de las autoridades provinciales el mayor peso en la protección del ambiente.

Lo cual equivale a decir, en otras palabras, que la Nación (por el Congreso) sólo construye los pilares fundamentales del edificio legislativo, sobre los cuales las provincias desarrollan la normativa más detallada en razón de las circunstancias particulares propias de cada Estado miembro. Así, la Nación fija la base de la pirámide normativa sobre la cual continúan legislando en tal sentido las provincias. Máxime cuando el artículo en cuestión expone claramente que la normativa nacional no puede alterar las *jurisdicciones locales*. Pero, cinismo mediante, podría agregarse (puesto que la terminología constitucional así lo permite), que cuando el art. 41 de la CN se refiere al *dictado de normas* por parte de la Nación: 1º) por un lado dichas normas bien podrían ser decretos presidenciales puesto que el texto no distingue... y, 2º) que tal normativa (aun debatida y sancionada por el Congreso Nacional) bien podría operar a modo de cripta jurídica y por ende enmarcar unos lineamientos tan abarcativos de la potestad del Estado Nacional sobre la materia, que dejarían a las provincias prácticamente sin la posibilidad real de ejercer su poder de policía ambiental dentro de sus territorios. Situación que felizmente la ley 25.675, de Presupuestos Mínimos Ambientales, no parece desvirtuar, sino que por el contrario apunta a preservar a través de diversos mecanismos tales como el establecimiento y funcionamiento del COFEMA, la ratificación del Pacto Federal Ambiental y el expreso reconocimiento del principio de solidaridad y cooperación (art. 4º).

Debe tenerse presente que en tiempos donde las inversiones de capital privado suelen tener un peso específico de gran importancia en lo que a términos de desarrollo económico se refiere, cabe preguntarse si el sistema constitucional planteado para la defensa y protección del ambiente (estructurado sobre la base de la normativa madre

¹⁹ Aquí es importante tener en cuenta que la ley 25.831 ha establecido el Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (B.O.: 07/01/2004). El objeto de la ley consiste en establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la Ciudad de Buenos Aires, como así también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas (art. 1º).

dada por el Estado Nacional para que luego sea completada y/o coordinada por las legislaciones provinciales) no implica en verdad un freno a la defensa del bien jurídico protegido por parte de las provincias, ya que va de suyo presumir que las empresas inversoras preferirán radicarse no sólo donde más ganen, sino donde menos se las regule y controle. En resumen, creemos que a la hora de invertir y radicarse evaluarán y ponderarán mejor aquella plaza que no haya desarrollado sus esquemas tuitivos más allá de la normativa nacional de presupuestos mínimos.

Por otra parte, también podría alegarse que la normativa nacional sobre el particular mal podría menoscabar la *jurisdicción provincial* ya que, siguiendo la doctrina clásica que sostiene el carácter nacional de los servicios públicos con basamento en su interjurisdiccionalidad, si bien las provincias detentan el dominio originario de sus recursos naturales... ello no sería título suficiente para arrogarse la detentación de jurisdicción en el caso que nos ocupa.

III. Opciones operativas de los diversos actores sociales implicados en la problemática bajo examen

En resumen, las mismas podrían ser:

- 1) Que por ley del Congreso de la Nación se incorpore a las provincias interesadas y a las asociaciones de usuarios en las estructuras dirigenciales de los entes de control de los servicios públicos de competencia nacional.
- 2) Que el Poder Ejecutivo Nacional dicte un/os Decreto/s con el mismo contenido detallado en el punto 1).
- 3) Que hasta tanto se cubra el vacío legal existente sobre la materia, cada provincia haga valer en el ámbito de su territorio el indiscutible poder de policía que detenta sobre sus propios recursos naturales, estableciendo políticas racionales y uniformes sobre el tratamiento de tales recursos, y por tanto fijando restricciones a todo uso nocivo y/o disfuncional en que incurran o pudieran incurrir las concesionarias de servicios públicos de competencia nacional (control indirecto).

Puesto que dicho vacío legal al no incluir a las provincias en los entes reguladores de los servicios públicos de competencia nacional, las priva materialmente del ejercicio de sus prerrogativas de control directo sobre ellos (y por tanto, ante la irrazonabilidad del sistema de control vigente), las provincias podrían tomar medidas mucho más osadas, como las de retomar y ejercer el control directo de aquellos servicios públicos interjurisdiccionales dentro de su propios territorios. Vale decir que, *controlando* directamente los servicios públicos interjurisdiccionales en sus propios territorios, las provincias estarían cumpliendo *indirectamente* con lo ordenado por el art. 42 de la Constitución Nacional.

- 4) Que aún cubierto el vacío legal denunciado, igualmente podrían las provincias continuar con su actividad legislativa prevista por el art. 41 de la CN, y asimismo con los controles que cada Poder Ejecutivo Provincial establezca, en tanto y en cuanto no interfieran con la racional, general, continua, obligatoria, igual y regular prestación de los servicios públicos de competencia nacional.

Otros escenarios posibles

a) Podría suceder que mientras las provincias no integren los organismos de control de los servicios públicos interjurisdiccionales, invocando el art. 41 de la CN legislen al respecto no sólo invadiendo materias claramente delegadas a la Nación, sino que (como la Nación buscando favorecer las inversiones extranjeras firmó acuerdos y tratados internacionales²⁰ por los cuales cedió su jurisdicción en Tribunales Arbitrales y Jurisdiccionales extranjeros), podría resultar a lo menos peligroso para el patrimonio nacional y/o provincial que árbitros y/o jueces extranjeros pudieran fallar en favor de las mismas por haberse alterado las condiciones contractuales del caso.

b) Existen sobradas razones para considerar que la incorporación de las provincias a los organismos de control de los servicios públicos de competencia nacional podría resultar un excelente negocio para las empresas prestatarias, puesto que, como es sabido, a mayor cantidad de miembros en el directorio de un ente que debe discutir y acordar políticas, es muy probable que aumenten las posibilidades de que el mismo pierda ejecutividad, y por lo tanto que, en líneas generales, controle menos o peor.

c) Que asimismo, al incorporarse a los directorios de los entes al/los representante/s de la/s provincia/s interesada/s, si bien éstas no podrían renunciar a los derechos-deberes a que la Constitución Nacional las obliga por su art. 41, lo cierto es que deberían trabajar en tal sentido con un grado de coordinación que, al menos a priori, parece particularmente difícil de lograr.

d) Que a decir verdad, quizá pueda resultar conveniente a los intereses de las empresas prestatarias contar en el seno de los entes de control con la participación necesaria de las provincias con intereses en ello, puesto que su tan necesaria participación las haría, justamente, *partícipes* de las decisiones (buenas y malas) tomadas por cada ente en el que participen, y por tanto, esa o esas provincia/s quedarían (en más o en menos) obligadas por lo hecho (o sin hacer) por el organismo de contralor.

Con lo cual podría suceder que una provincia por el simple hecho de hallarse representada en el directorio de un ente regulador, vea en algún sentido afectado (o al menos argumentalmente morigerado) su derecho a la más plena protección de sus recursos materiales y humanos al no poder encauzar plenamente sus legítimas pretensiones tuitivas contra las acciones u omisiones dañosas en que pudieran incurrir las empresas prestadoras en territorio provincial.

Ello se debería a que, llegado el caso, dichas provincias no podrían alegar su propia torpeza en sede judicial. Igualmente no se nos escapa la existencia de legislación y doctrina en contrario que habilita su invocación por el Estado, atento su defensa del interés público.

e) También podría suceder que el contralor provincial de los servicios públicos de competencia nacional por la vía de la tutela del Derecho Ambiental, genere asimismo una utilidad residual para el Estado Nacional, la cual consistiría en un mecanismo de presión

²⁰ Asimismo habría que analizar cómo juegan en relación al tema bajo examen las prerrogativas de las provincias para firmar Tratados y acuerdos comerciales con potencias extranjeras (conf. art. 125 de la Constitución Nacional).

para con las empresas prestatarias (dejando correr la amenaza más o menos velada) de implementar este régimen cada vez que aquéllas pretendan aumentos de tarifas por fuera de lo razonable.

f) Por otra parte, es de destacar que la inacción de las autoridades nacionales y provinciales al respecto, sólo benefician a las empresas concesionarias de los servicios públicos interjurisdiccionales puesto que la razón de ser del Estado es la defensa del interés común, y la de las autoridades públicas es (conforme a la teoría del órgano²¹) la de ser los medios aptos para obrar tal finalidad.

Ergo, las *autoridades* que no se avinieran a ello estarían incumpliendo con sus deberes de funcionarios públicos (tal como sería del caso observar en la omisión parcial incurrida por los legisladores nacionales al no sancionar las leyes ordenadas por el art. 42 de la Constitución Nacional, y asimismo, por las *autoridades* provinciales que ante tal vacío normativo no tomen las medidas protectoras que en derecho correspondan (petición formal directa por ante los órganos pertinentes, presentación de amparos, dictado de legislación provincial específica, etcétera).

g) Por último, sostiene CASSAGNE una posición absolutamente negatoria de todo lo hasta aquí conjeturado, ya que según su muy creativa postura

...Del debate habido en el seno de la Convención Constituyente de 1994, se desprende claramente la existencia de un consenso para establecer en la Constitución una fórmula abierta librando a la reglamentación legal el alcance de este derecho y es eso, precisamente, lo que el dec. 1173/2003 vino a reglamentar, (...) quienes apoyaron el proyecto no pretendieron (según surge también de los debates) que la participación de los usuarios fuera establecida como una representación que integrase el Directorio de los respectivos entes reguladores, ni tampoco nada hay en el precepto constitucional que establezca, en forma preceptiva, una forma determinada de participación (menos aun la participación en el Directorio de los entes), como sostiene un sector de la doctrina nacional. En consecuencia, la reglamentación del art. 42, CN, dec. 1172/2003, ha previsto, en forma adecuada, la participación pasiva de la ciudadanía en las reuniones del directorio de cada ente regulador mediante la técnica de reuniones públicas o abiertas

²¹ “Las entidades estatales manifiestan su actividad y su voluntad a través de sus órganos; el concepto de órgano sirve, pues, para imputar a la entidad de que el órgano forma parte, el hecho, la omisión o la manifestación de voluntad expresada por éste en su nombre. Según algunos autores, el órgano es un conjunto de atribuciones o de competencias... que será luego desempeñado por o ejercido por una persona física determinada (el funcionario público, agente o ‘personal’ del Estado...) que, al expresar su voluntad o realizar su actuación dentro del marco de las atribuciones o funciones que le han sido conferidas, produce la mencionada imputación. En este concepto se distingue entre el ‘órgano jurídico’ (el conjunto de competencias) y el ‘órgano físico’ (la persona llamada a ejercer esas competencias). En otra terminología, se distingue entre el ‘órgano- institución’ y el ‘órgano- individuo’”; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Cap. XII, Fundación de Derecho Administrativo, 8ª edición, Buenos Aires, 2003.

(*open meetings*), abrevando, asimismo, en la sólida experiencia americana en la materia (Cassagne, 2005:275).

IV. A modo de conclusión

En razón de todo lo manifestado, consideramos de gran importancia profundizar el estudio de las cuestiones aquí tratadas, y por tanto atender a la más pronta y mejor solución de las circunstancias fácticas y jurídicas descriptas, en la inteligencia de que el tema presenta aristas filosas tanto para los intereses de la Nación Argentina y sus provincias, las autoridades públicas, las empresas prestatarias de servicios públicos, sus casas matrices, los Estados nacionales de las casas matrices, las asociaciones de usuarios, y, desde luego, para los propios usuarios individuales.

Ello, ya que si bien la teoría política clásica entiende que los ciudadanos son representados y protegidos necesaria y suficientemente por el accionar de los funcionarios públicos en el marco de sus competencias, si ni siquiera éstos últimos pueden ocupar el sitio que la propia Constitución Nacional les reserva en representación de las provincias interesadas en los órganos decisorios de los entes reguladores de los servicios públicos de competencia nacional, ¡mal podemos imaginarnos entonces que se les vaya a hacer mayor lugar a las organizaciones de usuarios!²²

Por su parte, Herrero parece mostrarnos el camino al afirmar: “Si los usuarios no están representados directamente en los órganos decisorios de los organismos reguladores, posición que compartimos, la pregunta es cómo se asegura la protección de sus derechos. En los Estados Unidos se trata de asegurar esta defensa a través de múltiples instrumentos: a) la simetría de información amplia y sin manipulaciones de ningún tipo debe ser asegurada al usuario y a sus asociaciones representativas con transparencia y sancionando la información privilegiada (...) con cualquier destino; b) la transparencia de las decisiones a través de la realización de audiencias públicas abiertas y apoyadas con información completa y sencilla de los aspectos en conflictos, sin manipuleos de ningún tipo; c) el derecho de alzada ante tribunales jurisdiccionales; d) el cumplimiento de uno de los principales objetivos de la regulación: la defensa de los intereses del consumidor; e) el real funcionamiento de otras instituciones, como la del abogado del Estado (...), para defender los derechos de los usuarios en algunos Estados, f) el apoyo objetivo, institucional y económico (subvenciones), a las asociaciones de usuarios, y g) la instalación de oficinas, direcciones o secciones en la estructura de las comisiones para asesorar, informar, y prestar la mayor información documentada a los usuarios”.

Bibliografía

- Alberdi, Juan Bautista. (1992). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
- Badeni, Gregorio. (2004). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I, La Ley, Buenos Aires.
- Bianchi, Alberto. (1998). *La regulación económica*. Tomo I, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

²² HERRERO, Félix, ob. cit., p. 137.

- Bidart Campos, Germán. (1994). *Manual de la Constitución reformada*. Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1994.
- Cafferatta, Néstor. (2004). “El principio de prevención en el Derecho Ambiental”. publicado en *Revista de Derecho Ambiental*, LexisNexis. Buenos Aires.
- Cassagne, Juan Carlos. (2005). *El contrato administrativo*. 2ª edición, LexisNexis, Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- Gordillo, Agustín. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, La defensa del usuario y el administrado, 8ª Edición, VI-26, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.
- Ferdinand, Lasalle. (1978). *¿Qué es una Constitución?*. Ediciones Júcar, España.
- Herrero, Félix. (2003). *La regulación provincial de los servicios públicos en la Argentina*. Ediciones de la Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires.
- Pigretti, Eduardo. (2004). *Derecho Ambiental Profundizado*. La Ley, Buenos Aires.
- Sagüés, Néstor Pedro. (2003). *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo II, Astrea, Buenos Aires.
- Salomoni. (1991). *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires, 1991.
- Villegas Basavilbaso, Benjamín (1951). *Derecho Administrativo*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.