

Licitación pública, audiencia pública, referendo, participación popular y prestación de servicios públicos

I. Una cuestión de método y filosofía del derecho

Es este un caso que podría haber resultado muy interesante por la cantidad de puntos novedosos de derecho introducidos: incitaba a pensar el confronte de una norma concebida para otros supuestos, para aplicarla o inaplicarla en contra de una realidad de muchas décadas, que tenía desde siempre una solución justa, pacífica, eficiente y conforme al interés público. Todo eso ha cambiado.

II. Los hechos

Básicamente, se trataba del intento de una comunidad de continuar la prestación de un servicio público a cargo de los propios usuarios, como en los últimos decenios lo venían haciendo, a través de una cooperativa de los mismos destinatarios del servicio, a la cual el Concejo Deliberante (representante de los habitantes y usuarios) le diera siempre en forma directa la potestad de prestar ese servicio público, sujeta ahora a ratificación por referéndum popular.

Así, en forma directa y sin referéndum, se han instituido como concesionarias a varios *cientos* de cooperativas de servicios públicos municipales en el país, supliendo en su momento la inexistente o deficiente prestación por el Estado. En su momento no se planteó problema alguno de interpretación a pesar de que todas las constituciones provinciales siempre previeron que las contrataciones administrativas debían hacerse por licitación pública.

Se entendió en todo momento, implícitamente tal vez, que al tratarse de una persona pública no estatal integrada por los mismos interesados, resultaba más que manifiesto, indiscutible, que era en su directo beneficio exclusivo que se establecía la concesión, en su propia cabeza, como titulares propios y exclusivos del interés público comprometido.¹ En tiempos de monopolio estatal, la aparición de la prestación del servicio público no prestado por el Estado, por parte de cooperativas constituidas directamente por los usuarios, fue sin ninguna duda una solución óptima. Más aún, al privilegiar el art. 42 de la nueva Constitución a las asociaciones de usuarios y resultar claro que la cooperativa es una forma

¹ Es el clásico confronte y definición del interés público, que explicamos por primera vez en “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos,” en *LL*, 106-1187. (1962.) Desde la aparición del *Tratado de derecho administrativo* a partir de 1974, la hemos mantenido en sus diversas ediciones. Actualmente se puede leer en el t. 2, “La defensa del usuario y del administrado,” 4ª ed., cap. VI, § 5.1 a 5.4 Buenos Aires, FDA, 2000. Desde la misma perspectiva y recordando a ALESSI, ver BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, 12ª ed., cap. II, § 4 y ss., pp. 57 y ss., San Pablo, Malheiros, quien introduce el tema en estos mismos términos a partir de dicha edición y lo mantiene en las siguientes. Mantenemos el mismo criterio en las ediciones colombiana, venezolana, etc., del tratado.

posible de asociación de usuarios² que en cuanto tal el intérprete debe privilegiar, no castigar. Máxime con toda la tendencia contemporánea a darle mayor peso a las organizaciones no gubernamentales, lo cual es otra faceta del proceso de desestatización.³

Ahora se lo pone en tela de juicio, por razones normativas derivadas del principio general de licitación, que la propia CSJN pusiera en su momento en dudas.⁴

III. El interés tutelado

III. 1 El interés de los usuarios es el interés público

Con ello el interés jurídico que la norma estaba destinada a tutelar, que era por supuesto el interés público de los prestatarios o usuarios del servicio o usuarios, se encontraba debidamente satisfecho. Coincidían plenamente el interés público, el interés privado, el interés social, el control de la eficiencia, el control de la corrupción en sus diversas formas. A nadie se le ocurrió jamás que esto pudiera presentar problema jurídico alguno. Hasta que se inició este juicio.

III. 2 El interés privado de un prestador monopólico con fines lucrativos

Es que al privatizarse los servicios aparece la posibilidad cierta de que alguien compita por la prestación: No ya el Estado que no le interesaba ejercer el monopolio, sino un empresario particular al que sí le interesa ampliar el que tiene. Es la historia universal del monopolio.⁵

III.3 ¿A quién beneficia la licitación pública, en el caso?

No podemos pues olvidar —en el caso— que el que aparece como beneficiario de la decisión judicial de que se deba hacer “licitación pública” en vez de contratación directa a la cooperativa de los propios usuarios, no es otro que el prestador empresario que quiere ejercer un monopolio en beneficio propio, no la suma de los usuarios que buscan el mejor y más barato servicio para beneficio de los usuarios mismos, sin ganancia ni intermediación alguna. Por lo tanto los intereses del futuro concesionario privado monopólico a quien la decisión beneficia, no coinciden sino que se contraponen a los de los habitantes y usuarios

² Como quedó resuelto por la CNF CA, sala I, por sentencia firme, *in re* Consumidores Libres. Hemos señalado ese nuevo *status* constitucional de este tipo de entidades en la 6ª edición y primera impresión venezolana del t. 1, Parte general, cap. III, § 6.2.2, Caracas, FUNEDA y FDA, 2001.

³ Ya lo expuso hace décadas ATALIBA NOGUEIRA, “O perecimento do estado”, *Revista dos Tribunais*, ps. 19 y sigtes., San Pablo, Malheiros, 1971, a quien recordamos en el t. 1, cap. IV, p. 12.

⁴ Ver el t. 2, op. cit., cap. XII, nota 8, p. 2 y sus remisiones.

⁵ Ver las atinadas observaciones de PEREZ HUALDE, ALEJANDRO, “Control judicial de las tarifas de servicios públicos,” en *LL*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, 7-XII-2001, p. 1 y ss., § IV-b, p. 7.

del servicio. Cualquiera que sea usuario de un servicio público prestado por una cooperativa sabe que tiene a su alcance influir sobre la prestación de los servicios, evitar ser abusado, que no le sobrefacturen, que no finjan en los papeles inversiones inexistentes en la realidad, que no realicen autocontrataciones, que puedan lograr el mejor servicio al mejor costo posible.

Cualquiera que sea usuario de un servicio público prestado por un concesionario sabe a la inversa que, si bien el servicio se garantiza en principio como más seguro y tecnológicamente actualizado, no siempre los costos son razonables ni menos la atención adecuada. Sabe que frecuentemente resulta explotado o expoliado por el monopolio, como los muchos juicios lo atestiguan.

III. 4 La tendencia internacional de privatización no es para los servicios prestados a sí misma por la propia comunidad

La tendencia mundial es inclinarse hacia la privatización, pero dentro de un proceso de desestatización y acompañada del crecimiento de las organizaciones no gubernamentales. Además nuestra forma de llevar a cabo las privatizaciones no ha sido todo lo exitosa que hubiera podido desearse, como para extenderla ahora sin más en contra de las concesiones entregadas a los usuarios mismos en forma asociativa o cooperativa. Pero hay más: los organismos internacionales de crédito que han sugerido tales políticas económicas de privatización nunca han dicho que debiera hacérselo a costa de sacrificar experiencias de participación popular que los mismos organismos internacionales propugnaron durante décadas y aún hoy apoyan. Al contrario, la tendencia contemporánea es más decididamente aún propiciar las organizaciones no gubernamentales que siempre existieron, en modo alguno destruirlas o combatirlas.

IV. La interpretación judicial

Ahora la CSJN ha convalidado el criterio del STJ de Neuquén:⁶ debe cumplirse la letra textual de la norma que exige licitación pública, debe desatenderse la realidad y el interés público, todo en vacuo servicio a un texto inaplicable al caso real. Un problema que la sociedad presentaba como bien resuelto desde hace décadas a través de una organización no gubernamental, y que venía a perfeccionar con un medio adicional de participación popular, viene la justicia a enredarlo y entrabararlo. Se dirá que la culpa es de la norma. Viene entonces a obligar a hacer una reforma constitucional y/o una reforma legislativa para volver las cosas a su cauce natural, del cual nunca debieron haber sido quitadas, menos en este ciego acatar la letra “expresa” de una norma prevista para otro supuesto, el del cocontratante particular.

⁶ Adelantamos en su momento en el t. 2, op. cit., cap. XII, “La licitación pública,” p. 2, que “En la nueva modalidad constitucional de municipios de primera categoría autónomos, se prevén excepciones originales, por ejemplo la contratación directa con cooperativas pero sujeto a ratificación por referéndum popular, lo que nos parece una sabia innovación aunque en el caso de Neuquén el Superior Tribunal lo ha declarado —a nuestro juicio indebidamente— inconstitucional.”

V. La participación ciudadana como sucedáneo de prestaciones sociales en mengua. La democracia en acción

Para colmo de males, el Concejo Deliberante de un municipio constitucionalmente autónomo⁷ y de primera categoría ideó en la especie una forma impecable de participación ciudadana, resolviendo convocar a un referendo entre todos los habitantes para resolver esa contratación directa del servicio a los propios habitantes, por los propios habitantes, para los propios habitantes.

Definición impecable de democracia en funcionamiento.

La decisión adversa a tantos principios de ciencia política y de derecho mismo olvida además que en situación de emergencia, cuando ya no se pueden brindar muchos beneficios sociales desde un estado paupérrimo, al menos se puede brindar la satisfacción de ser partícipes del propio destino, de autoprestarse un servicio sin intermediación ajena. Es olvidar la tendencia del derecho contemporáneo.⁸

Cuando los tribunales exploran medios alternativos de participación partiendo de la base de la audiencia pública,⁹ no parece que pueda dejarse de lado sin más un supuesto en que el Concejo Deliberante avanza un paso más y somete no ya solamente a debate público sino a votación pública la propuesta.

VI. Finalmente, una cuestión de filosofía

Nueve votos de la CSJN y cinco del Superior Tribunal de la Justicia; todos a favor de la norma¹⁰ y en contra de la realidad, el interés público y la justicia del caso. Toda una

⁷ Que también debió recibir mayor tutela jurisdiccional y no persecución judicial, a partir de la constitución de 1994.

⁸ Lo explicamos en el *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Parte general, Buenos Aires, FDA, 2000, reimpresión de la 5ª ed., cap. II, § 4.2.3 y 4.2.3.3 y notas, pp. 21 a 24; cap. IV, § 8.5, p. 56. Ver también “1995-2095, cien años de derecho. Derecho administrativo,” *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1997; “Una reflexión actual,” en el libro *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, pp. 263 y ss., Fundación BBV y Editorial Civitas, Madrid, 1997.

⁹ Ver, entre los trabajos más recientes, FERNANDEZ LAMELA, PABLO M., “Audiencias públicas: ¿es el artículo 42 de la Constitución Nacional una norma jurídica?,” *LL Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, 7 de diciembre de 2001, p. 24 y sigtes.; SUAREZ, ENRIQUE LUIS Y HOISTACHER, CLAUDIO G., “Un nuevo avance jurisprudencial en la defensa de los derechos de los usuarios de servicios públicos: el caso del servicio de información telefónica «110»”, en igual suplemento, pp. 27 y ss. y jurisprudencia que cita. El leading case fue *Youssefian*, fallado por la sala IV, *LL*, 1998-D, 712; 1998-B, 487.

¹⁰ Acá no fue la administración que transformó la ley en burocracia, en las famosas palabras de, Eduardo García de Enterría, fue la justicia misma que enmendó burocráticamente una solución justa, políticamente acertada, ingeniosa y eficaz decisión administrativa. Hemos recordado al querido amigo y maestro, con referencia al concepto de la ley transformada en burocracia, en la RAP, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, noviembre de 2001, “Editorial” conteniendo nuestro prólogo a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas del derecho público al comienzo del siglo*, Conferencias de Argentina, Civitas, Madrid, 2001, donde la editorial consignó que se trata de la “Laudatio de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA en la ocasión de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Buenos Aires, el día 27-X-2000”.

cuestión de filosofía del derecho,¹¹ a la cual hay que sumar la pregunta sempiterna de si tales fallos finalmente se pueden cumplir o resultan en definitiva incumplibles, como ya ha ocurrido con anterioridad.¹² No es el único precedente en que el fallo, en aras a una lectura

¹¹ Que lleva, por cierto, milenios de análisis y controversia. Hemos expresado nuestro punto de vista en *Introducción al derecho*, edición como e-book, de acceso y descarga gratuita en www.gordillo.com, www.gordillo.com.ar y www.gordillo.net. Estamos terminando la edición inglesa que aparecerá en Europa en 2002 junto a la edición en castellano, ambas en papel además de on line. El resumen de este libro se encuentra en el *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Parte General, cap. I de la 1ª impresión venezolana de la 6ª ed., Caracas, FUNEDA y FDA, 2001; también en la 2ª ed. colombiana, en prensa. Es la misma cuestión de técnica e interpretación y de filosofía jurídica que se analiza en GORDILLO, GORDO, LOIANNO, FLAX, LÓPEZ ALFONSÍN, TAMBUSI, FERREIRA, PÉREZ SOLLA, *Derechos humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 4ª ed., caps IV y V.

¹² Ver en este sentido OTEIZA, EDUARDO, *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, La Plata, LEP, 1994, p. 158 y sus referencias de p. 157. Allí la decisión fue formalmente “jurídica” pero irreal. La sentencia era incumplible y no fue cumplida, como explica OTEIZA, op. loc. cit. Lo analizamos en *Introducción al derecho*, op. cit., cap. V, p. 26, con otros ejemplos.

“estricta” de la norma,¹³ se ha apartado de la realidad y la justicia del caso,¹⁴ comprometiendo en algún caso la responsabilidad internacional del Estado.¹⁵

¹³ Una forma más simple de expresar el problema, que a nuestro juicio suele resolverse a favor de la norma y en contra de la justicia y la realidad, en nuestro artículo “El método en un caso de derecho: Hechos, valoración, normas,” *RAP*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, 234: 91. Después que la CSJN ratificara el criterio de la sala I de la CNF CA, descubrimos el dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la misma materia, que la hubiera obligado a resolver a favor y no en contra. La justicia incumplió allí los compromisos internacionales del país, en contra de lo resuelto en *Giroldi*, *Bramajo*, *Arce*, etc. Lo hemos explicado reiteradamente, por ejemplo en “La justicia nacional y su articulación con la justicia supranacional,” pp. 23 y ss., Cuadernos de Fundejus, año 3, n° 3, Buenos Aires, 1995; reproducido en el libro *Estudios Jurídicos en Memoria de ALBERTO RAMÓN REAL*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, pp. 265 y ss.; reproducido, con variantes, en “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales,” nota al fallo *Giroldi*, en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ciencia de la Administración, 1996, 215: 151. Hoy en día forma parte del cap. VI del t. 1 de nuestro tratado.

¹⁴ Comisión IDH, caso 2137, Argentina, “Testigos de Jehová,” 18-XI-1978, sesión 605, 45 período de sesiones. Punto 7 de los Antecedentes: “En febrero de 1978, la prohibición fue sostenida por la Corte Suprema. Como resultado, muchos Testigos de Jehová han sido injustamente detenidos,” lo cual, punto 3 de los considerandos, es “una clara violación al derecho de libertad religiosa, de culto y por consiguiente a la posibilidad de manifestarla y practicarla en público y privado,” además de una “violación... para la seguridad e integridad de los miembros de la Asociación Testigos de Jehová” (consid. 4°), con lo cual la Comisión declaró (parte resolutive, punto 1) que “el Gobierno de Argentina violó el derecho a la seguridad e integridad de la persona (art. I), el derecho de libertad religiosa y de culto (art. V), el derecho a la educación (art. XII), el derecho de asociación (art. XXI) y el derecho de protección contra la detención arbitraria (art. XXV), de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.” Recomendó al entonces Gobierno de Argentina: “a) Que restablezca la vigencia de la libertad religiosa y de cultos; b) que derogue el Decreto N° 1867 de 31-VIII-1976 por atentar contra los derechos fundamentales arriba consignados; c) que adopte las providencias necesarias a efecto de que cese la persecución en perjuicio de la congregación Testigos de Jehová; d) que informe a la Comisión, dentro de un plazo de 60 días, sobre las medidas tomadas para poner en práctica las recomendaciones consignadas en la presente Resolución.”

El Gobierno argentino, un cuarto de siglo después, sólo ha cumplido lo relativo al punto b) y sigue, como se advierte, violando lo demás en lo que es competencia específica del Poder Judicial. Pero éste no hace sino expresar lo que la inteligencia de la colectividad argentina piensa y siente en la materia.

¹⁵ Nuestro artículo “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en *UNIVERSIDAD AUSTRAL*, “Responsabilidad del Estado y del funcionario público,” Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp. 361 y ss.; reproducido como cap. VIII de nuestra *Introducción al derecho*, op. cit.