

LAS TARIFAS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS PRIVATIZADOS.
EL RÉGIMEN DE AUDIENCIAS PÚBLICAS
(2003)

SUMARIO

1. Las tarifas	773
2. El nacimiento argentino de la tutela de los derechos de incidencia colectiva	776
3. La gratuidad, ¿para quién?.....	777
4. La innovación social que la ley ha permitido.....	778
5. La defensa internacional de los derechos e intereses de los usuarios	778
6. Los tratados bilaterales de protección de las inversiones extranjeras y los arbitrajes externos. La defensa del Estado y del usuario..	778
7. Los actores.....	779
8. La debilidad e inestabilidad políticas y la permanencia de la representación de los usuarios.....	780
9. No tenerle miedo al arbitraje extranjero, sino a la mala defensa del Estado.....	780
10. Las audiencias públicas	781

LAS TARIFAS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS PRIVATIZADOS. EL RÉGIMEN DE AUDIENCIAS PÚBLICAS¹

(2003)

1. *Las tarifas*²

Las acciones de los consumidores y usuarios y el régimen de las audiencias públicas, más la participación de las asociaciones en las comisiones de renegociación de las tarifas de los contratos de concesión de servicios públicos,³ sumadas a las otras dimensiones internacionales que hemos estado apuntando, son los instrumentos procesales con los cuales los usuarios han defendido su derecho a que se tutele la garantía constitucional del art. 42.⁴

¹ Publicado originalmente en el libro de LORENZETTI, RICARDO LUIS y SCHÖTZ, GUSTAVO JUAN (coords.), *Defensa del consumidor*, Buenos Aires, Universidad Austral / Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, pp. 113-122.

² Cfr. PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, "Control judicial de las tarifas de servicio público," *LL, Supl. Derecho Administrativo*, 7-XII-01, nota al fallo de la CSJN, 11-VII-00, *Provincia de Entre Ríos y otro c/Secretaría de Energía*; SÁENZ, JORGE, "Los contratos administrativos en la emergencia," en MILJIKER, MARÍA E. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, pp. 157-167; SARCIAT, ALBERTO D., "El restablecimiento de la ecuación económica financiera de los contratos administrativos en la emergencia," en MILJIKER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I, op. cit.*, pp. 115-139; VEGA, SUSANA, "Indexación, mayores costos y la emergencia económica," en MILJIKER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I, op. cit.*, pp. 141-156, y "El nuevo régimen de redeterminación de precios en las obras públicas nacionales-Decr. 1295/02," en AHE, DAFNE S. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 109-125.

³ Un importante caso reciente es el resuelto por el Juz. Nac. n° 3 en lo Contencioso Administrativo Federal, *Unión de usuarios y consumidores y otros c/EN-Min. Economía e Infraestructura-Resol. 20/02 s/amparo-proc. sumarísimo*, 25-II-03.

⁴ Cfr. CSJN, *E., R.E. c/Omint S.A. de Servidos*, con nota de D'ARGENTO, INÉS, "Protección jurídica de un usuario sin servicio público," *LL, Supl. de Derecho Administrativo*, 17-VIII-01. Ver también, GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, 2ª ed. ampliada y actualizada, pp. 369-387.

La justicia ha tenido una intervención relevante en la materia durante la vigencia de la ley y con los diferentes gobiernos que han tenido intervención en la cuestión.⁵

a) *En la duda a favor del usuario o consumidor*⁶

Ya la antigua jurisprudencia de la CSJN había resuelto que, en la duda, debía resolverse en contra del concesionario,⁷ por lo tanto a favor del usuario: Es lo que se ha dado en llamar “la interpretación restrictiva de concesiones y privilegios.”⁸ Esa regla ha sido extendida por la jurisprudencia al consumidor.⁹

Hace años lo recordó con toda precisión la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal,¹⁰ señalando que es un principio de antigua data que “las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con un criterio restrictivo.”¹¹

En efecto, “esa forma de interpretación cobra sentido al resultar indispensable que los privilegios o monopolios se fundenen el interés colectivo, única y exclusiva razón que los legitimaría y los haría encuadrar dentro del marco constitucional, debiéndose tener presente, además, que el monopolio o privilegio debe limitarse a los servicios estrictamente indispensables, teniéndose siempre como mira la garantía de un fin público.”¹²

“En otras palabras, dicha interpretación encuentra su fundamento en que toda vez que el servicio público fue creado para satisfacer necesidades de la co-

⁵ Cfr. CNCont. Adm. Fed., Sala II, 12-XI-02, *Transportadora de Gas del Norte S.A. c/Enargas*, con nota en igual sentido de CAPLÁN, ARIEL, “A propósito de un reciente fallo: pesificación, devaluación y tarifas,” *LL, Supl. Derecho Administrativo*, 14-II-03.

⁶ D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. V, “Decisión de la contienda (Igualdad de las partes frente a la actividad probatoria y eliminación definitiva de las «cuestiones no justiciables»),” p. 152, § 92, “Vigencia de la premisa de protección al más débil en la organización de intereses divergentes en el seno de la sociedad.”

⁷ CSJN, *Telintar*, *LL*, 1997-C, p. 320, con nota “Las ganancias sin límite objetivo alguno,” reproducida en GORDILLO, AGUSTÍN, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, pp. 138-140. En 1998 la CSJN lo reiteró *in re Maruba* (Rev. *DJ*, 1998-3, p. 12), con el voto unánime de ocho de sus nueve miembros.

⁸ Nuestro artículo “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios,” nota al fallo *Telintar*, *LL*, 1995-A, p. 220, reproducido como cap. III de nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1996 y 1998.

⁹ CNCont. Adm. Fed., Sala II, *Confiable*, *LL*, 1997-A, p. 92, con nota “La interpretación a favor del consumidor en el contencioso administrativo,” reproducida en GORDILLO, AGUSTÍN, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 132.

¹⁰ CNCont. Adm. Fed., Sala IV, *Telintar S.A.-incidente- y otros c/Comisión Nac. de Telecomunicaciones-ME y OSP s/proceso de conocimiento*, *LL*, 1995-A, p. 220.

¹¹ Doctrina de Fallos, 105: 26, cap. XV, apart. b, primer párrafo.

¹² Ídem, cap. XV, apart. b, segundo párrafo.

munidad, la creación de monopolios o regímenes de exclusividad nunca puede ir en detrimento de los usuarios.”¹³

Así por ejemplo, “el derecho de los usuarios a la elección de la tarifa más baja (...) debería prevalecer por sobre el derecho de la licenciataria de obtener mayor ganancia.”¹⁴

b) *El análisis de todo el desarrollo del contrato*

Normalmente la cuestión a analizar es qué obligaciones asumió cada uno al comienzo y qué cumplió o incumplió cada uno en cada año de la concesión o licencia, secuencialmente: Qué ganancias o pérdidas tuvo el licenciatario o concesionario y qué hizo con las ganancias que tuvo; por qué en muchos casos no invirtió ese dinero sino que lo distribuyó como dividendos o lo mandó como honorarios a la casa matriz, y en cambio se endeudó en el exterior a tasa más barata y ahora, ante la devaluación, pretende trasladar a la tarifa lo que no fue sino una libre decisión empresaria.¹⁵

Debe además evaluarse el grado de cumplimiento o incumplimiento de los planes de inversión.¹⁶ En más de una concesión, por ejemplo la de agua, es causal suficiente de caducidad que el Estado no debe jamás resignar, pues es un derecho adquirido de la sociedad en la relación concedente-concesionario hasta tanto éste no cumpla con las viejas inversiones incumplidas y las nuevas que correspondan.

c) *La necesidad de diferenciar según de qué privatizaciones se trate*

Desde luego, no todas las concesiones son iguales, ni lo son todos los concesionarios o licenciatarios. Hay que evitar recaer en el error de la masiva anulación de los contratos petroleros que hizo el gobierno de Illia-Perette, a pesar de los consejos adversos de los funcionarios de rango medio y alto de la Procuración del Tesoro de

¹³ Ídem, tercer párrafo.

¹⁴ Ídem, cap. XVI, tercer párrafo.

¹⁵ Cfr. CNCont. Adm. Fed., Sala II, 12-XI-02, *Transportadora de Gas del Norte S.A. c/Enargas*, con nota en igual sentido de CAPLÁN, ARIEL, “A propósito de un reciente fallo: pesificación, devaluación y tarifas,” *op. cit.* Ver también, del mismo autor, “Qué emerge en la emergencia de los servicios públicos,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 177-182, y “Hacia una nueva relación entre los usuarios y los organismos multilaterales,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, op. cit.*, en prensa; MERTEHIKIAN, EDUARDO, “Emergencia de los servicios públicos. Problemas actuales desde la perspectiva de los usuarios y de los prestatarios (Una visión crítica de las normas que declararon la emergencia en materia de servicios públicos),” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, op. cit.*, pp. 153-163.

¹⁶ Cfr. MABROMATA, ENRIQUE G., “El fideicomiso como herramienta de control de inversiones en los servicios públicos privatizados,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, op. cit.*, en prensa.

la Nación. Hay que analizar caso por caso, concienzudamente, con todos los datos en la mano y la mente fría, con asesoramiento técnico suficiente y adecuado.¹⁷

d) *Evitar la renacionalización*

Ahora que algunas concesionarias atraviesan situaciones de falencia y de incumplimiento de sus planes de inversiones que son causal de caducidad de la concesión, no hay que cometer el error de declararla y que otra vez el Estado asuma la prestación del servicio. Esa historia ya la conocemos. Lo que debe hacerse es preparar los pliegos para un nuevo llamado nacional e internacional a licitación pública, y establecer que cuando se entregue la posesión del servicio al nuevo adjudicatario quedará perfeccionada la caducidad que se declare, sin ningún instante de administración estatal.

Hay que evitar, pues, caer en la renacionalización, cuando ya en todo el mundo se ha abandonado como sistema. Si alguna concesión o licencia ha de caer, no ha de ser en manos del Estado, sino de otro prestador privado.

2. *El nacimiento argentino de la tutela de los derechos de incidencia colectiva*

Si bien existían muchos precedentes en la tutela de estos derechos antes de la ley 24.240, lo cierto es que ella consolida esta innovación en el derecho argentino. Aunque la ley fue múltiplemente vetada en muchas otras de sus más interesantes innovaciones, ha quedado de ella lo suficiente como para que sea un hito del derecho público argentino.

Y en un punto al menos preanuncia el cambio constitucional de 1994, con la defensa o tutela judicial de los derechos de incidencia colectiva. Si bien la ley no adquiere con ello rango constitucional, la defensa de los derechos de incidencia colectiva sí lo adquiere, no solamente para el amparo que es la más excepcional de las vías, sino también para los juicios ordinario y sumario y entre ellos el sumario de la ley 24.240. Este resulta ser un cambio que -para siempre- introduce en el país la ley 24.240.¹⁸

Ahora la Constitución establece en su art. 43, más allá de los derechos locales, que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo (...) en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario

¹⁷ Cfr. BUZZO, FERNANDO, “La emergencia en el sector eléctrico (algunas consecuencias prácticas),” en AHE, DAFNE S. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II, op. cit.*, pp. 85-107, y “La emergencia en el servicio público de transporte de energía,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, op. cit.*, pp. 35-56.

¹⁸ Nos remitimos al cap. III, “Derechos de incidencia colectiva,” en el tomo 2, *La defensa del usuario y del administrado*, de nuestro *Tratado de derecho administrativo*. (En prensa.) Se trata de la 5ª edición del tomo 2 y séptima edición del tomo 1 (en prensa) y 1ª ed., respectivamente, peruana y brasileña, de los cuatro tomos del tratado en cada país.

y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.”¹⁹

Los usuarios tienen por primera vez en la historia del derecho argentino una acción judicial que pueden usar con eficacia y sustento tanto legislativo como constitucional. Este primer balance es, pues, totalmente positivo, como lo han demostrado las diversas acciones iniciadas y ganadas en este lapso.

Algunas se han perdido por la reticencia judicial a aplicar la Constitución, pero no son las más ni serán las que el derecho administrativo argentino recordará. La peor de todas, la más injustamente perdida, fue la iniciada para que se repusiera en sus cargos a los directores de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones que el Poder Ejecutivo interviniera porque ejercía correctamente sus funciones. La Sala V y la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomaron la decisión de respaldar a ese Poder Ejecutivo en detrimento del órgano de control, de los usuarios y de la sociedad entera.²⁰

Es el tema de las privatizaciones sin control ni órganos de control. Es una deuda que tiene la justicia con la sociedad.

3. *La gratuidad, ¿para quién?*

Un proyecto de ley con el que se intentó reflotar la gratuidad para estas acciones fue oportunamente bloqueado por las palabras de un juez contencioso administrativo federal dirigidas a un legislador que lo consultaba. Le señaló que ello era peligroso, pues en los juzgados muchas veces se ven acciones de esta naturaleza que se inician para ser retiradas una semana después, en lo que cualquiera podría imaginar que fue una operación extorsiva.

Es lamentable que el derecho deba hacerse cargo de estas realidades, y que los usuarios que verdaderamente actúan en representación honesta del interés público y de los derechos de los demás usuarios se vean obligados a interponer el beneficio de litigar sin gastos en cada oportunidad que acuden a la justicia.

Ahora que todas las asociaciones de usuarios reconocidas en la órbita nacional han unificado personería en ARIEL CAPLÁN para que las represente en forma unificada, por ejemplo ante el gobierno nacional para la renegociación de los contratos de concesión o licencia de servicio público, tal vez convendría dictar una norma puntual que señale que cuando esas personas jurídicas actúen en forma unificada como lo están haciendo ahora, entonces sí exista gratuidad, de pleno derecho.

¹⁹ Cfr. GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación argentina, comentada y concordada, op. cit.*, pp. 387-407.

²⁰ *Consumidores Libres Coop. Ltda. Prov. Serv. de Acc. Com. c/Estad. Nacional-Decr. 702/95, s/amparo-ley 16.986, LL*, 1995-E, p. 516, con nota “La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva,” reproducida en GORDILLO, AGUSTÍN, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, pp. 67-72.

Más aún, el Estado debería subsidiar la intervención de estas asociaciones en la defensa de los derechos e intereses de los usuarios.

4. *La innovación social que la ley ha permitido*

También cabe señalar que la ley ha abierto el paso a innovaciones sociales de extrema importancia, además de la ya señalada unificación de las asociaciones. Esa renovada fuerza del conjunto ha significado un cambio cualitativo en las relaciones sociales.

Por primera vez se comienzan a ver acciones eficaces ejercidas en forma sistemática por parte de estos grupos de asociaciones. Cuando actuaban separadamente, el éxito no las alcanzó a todas de la misma manera.

Ahora litigan conjuntamente en forma normal, y los tribunales acceden a sus peticiones pues a menudo son atinadas y justas. Absurdos tales como que la Administración les haya negado a los usuarios acceso a las actuaciones donde se discuten sus futuras tarifas fueron rápidamente enmendados por la justicia.

El contexto social ha cambiado, para mejor, en este aspecto de las relaciones políticas y sociales. En otros, claro está, ha empeorado.

5. *La defensa internacional de los derechos e intereses de los usuarios*

Las asociaciones de usuarios no se han quedado limitadas a la mera acción administrativa y judicial en el territorio nacional.

En realidad han dado un paso más, de suma importancia. Han comenzado a tener actuación internacional, con presentaciones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional.²¹

Tenemos la seguridad de que este es un camino apenas iniciado y que habrá de tener mayores desarrollos todavía en el futuro. Al menos así nos lo han anunciado.

6. *Los tratados bilaterales de protección de las inversiones extranjeras y los arbitrajes externos. La defensa del Estado y del usuario*

Con la gran cantidad de tratados suscriptos por el país en los que se somete a tribunales arbitrales internacionales²² para resolver diferendos con inversores extranjeros, se ha abierto una cantidad de conflictos (del orden de la docena) entre concesionarias o ex concesionarias de servicios públicos y el Estado argentino.

De este modo se sale de la aplicación de la jurisdicción local en el momento en que los jueces locales están actuando como verdadero poder del Estado ante las

²¹ Esta también ha sido una innovación de ARIEL CAPLÁN en el ejercicio de dicha representación unificada.

²² Explicamos el sistema en el mismo tomo 2 antes citado, cap. XVI.

falencias de la Administración y el Congreso, y en el momento en que los mismos jueces están resolviendo que la Administración ha privilegiado indebidamente su preocupación por las privatizadas por sobre la situación de los usuarios. Esa Administración, obviamente, no puede ni debe “defender” los derechos de los usuarios en el ámbito internacional cuando la actora es la empresa a la que quería privilegiar, según nuestros jueces.

Ya hay preocupación por la calidad de la defensa judicial del Estado, siempre escaso de recursos, que ejerce su defensa como siempre: Oponiendo excepciones formales, pero no entrando bien al fondo de la cuestión.

Pero ahora será más grave: La administración que a veces lesiona nuestros derechos como usuarios a través del manejo que hace del sistema de concesiones y licencias es la misma que va a “defendernos” cuando los inversores extranjeros acudan a la instancia arbitral internacional por no haber realizado sus designios en los tribunales internos.

En los tribunales argentinos la parte actora son los usuarios, y la Administración es quien defiende la instancia negociadora con los concesionarios y licenciatarios.

En el ámbito del arbitraje internacional cambian los actores: El *rol* de parte demandante lo asume el inversor extranjero y la otra parte del proceso no son los usuarios sino los funcionarios de la misma Administración contra la cual los usuarios reclaman en el derecho interno. Si bien pareciera que en ambos casos la administración es la demandada, no es para nada un caso semejante, porque la parte actora es otra y la pretensión procesal también.

Simplificando: En el ámbito jurisdiccional local son los usuarios quienes pretenden que no se suban sus tarifas sin mejorar el servicio, y la administración demandada la que trata, a juicio de aquéllos, de hacer lo contrario. En el ámbito arbitral internacional son los concesionarios quienes pretenden que se los indemnice por los incrementos de tarifas que no les fueron dados internamente: la administración, que se los quería dar, es ahora la encargada de oponerse al reclamo indemnizatorio ... ¿Cómo pedir que defienda con celo posiciones necesariamente contrapuestas?

7. *Los actores*

Adherimos al criterio de que el Estado debería citar como tercero interesado a los representantes de los usuarios, ahora unidos en una representación única, con el fin de que tomen la intervención que les compete en juicio; o de lo contrario, presentarse estos por su cuenta. En definitiva, los que pagarán los resultados del pleito serán siempre, de una u otra manera, los usuarios del servicio. Son una

parte indispensable del litigio, sin el cual puede dudarse si ha existido debido proceso legal para la ciudadanía.

8. La debilidad e inestabilidad políticas y la permanencia de la representación de los usuarios

Ahora que estamos saliendo de épocas de gran debilidad e inestabilidad política, debe la sociedad aprovechar al máximo la estabilidad de la representación y los intereses de los usuarios. Sus intereses y sus personas son permanentes, más que los gobiernos de turno.

Es hora de que la sociedad comprenda que la mejor defensa de los derechos colectivos no la hacen los cambiantes gobiernos, sino la sociedad misma a través de sus asociaciones de usuarios unificadas en una sola personería. Es hora de que se les reconozca todo el peso de la legitimación social que tienen. Y puede celebrarse este cambio social como producto, directo o indirecto, de los nuevos aires que se vivieron a partir de la entrada en vigencia de la ley 24.240.

9. No tenerle miedo al arbitraje extranjero, sino a la mala defensa del Estado

Los tratados están en vigencia y el derecho que confieren es irrevocable. No cabe temer a tales tribunales arbitrales internacionales, porque están sujetos a un control social importante, de nivel internacional. Lo que hacen es observado. Se conocen sus integrantes, sus decisiones, sus fundamentos o la falta de ellos.

No creemos que sea una mala opción para el país ni para los usuarios que las empresas con potenciales litigios contra el Estado recurran a la jurisdicción arbitral. La decisión independiente está asegurada, y también estará asegurada la predisposición a estudiar con seriedad los aspectos de hecho que son esenciales en estos temas. Lo que sí hay que asegurarse es que la defensa del Estado tenga la continuidad y calidad necesarias, porque un tribunal no puede defender de oficio a una parte que se defiende mal, que no produce la prueba de su derecho, que no argumenta bien el fondo de la cuestión, que pierde todo su esfuerzo en artilugios formales.

Allí es donde el espíritu de la ley 24.240 debe dar sus nuevos frutos, abriendo paso a la actuación internacional de las asociaciones de usuarios en defensa de sus derechos e intereses a una tarifa justa y a una inversión real del prestador del servicio.

La gran batalla está apenas por comenzar. Sepamos elegir, no solamente en las elecciones que darán un gobierno de cuatro años frente a concesiones de muchas décadas de vigencia futura, sino en las asociaciones de usuarios y consumidores que serán nuestra única representación permanente y coherente, cohesionada y especializada.

Al menos, hasta que logremos de algún modo establecer un sistema institucional interamericano que cambie el débil Estado nacional que hoy tenemos.²³

10. *Las audiencias públicas*²⁴

Este es otro tema que ha tenido un balance positivo, aunque la resistencia de los cuerpos burocráticos ha tenido una extraordinaria fuerza.²⁵

Quizás su manejo no ha sido el mejor, porque por una parte se han puesto en ellas demasiadas esperanzas y demasiadas exigencias de resultado, y por otra se le han opuesto demasiadas restricciones; y, por último, a veces se las queridos usar para otra finalidad que la propia que tienen de acuerdo con las ideas que rigen su existencia.

El problema no está tanto en el derecho sino en su aplicación. La innovación está recepcionada en el derecho argentino, pero de hecho se admite que el derecho de los usuarios a ser oídos puede ser satisfecho no solamente con la audiencia pública sino también con el llamado “documento de consulta.” No está mal que haya un documento de consulta; está mal que se quiera limitar la consulta pública a ello y se obvie la audiencia pública.

Una segunda dificultad la produce el hecho de que las expectativas del público asistente a las audiencias públicas no se postula como el derecho a ser oído

²³ Nos remitimos a nuestro artículo “Una celebración sin gloria,” Suplemento especial de La Ley en homenaje a los 150 años de la Constitución de 1853. (En prensa.) Ver también ANDREUCCI, CARLOS A., “1853-2003: Emergencia involutiva,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, op. cit.*

²⁴ Ampliar en el cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública,” del t. 2, *op. cit.* Cfr. CNCont. Adm. Fed., Sala V, *Defensor del Pueblo de la Nación c/M.E. y otro*, con nota de ALANIS, SEBASTIÁN D., “Audiencia pública como instrumento de democratización del poder,” *LL, Supl. Derecho Administrativo*, diario del 14-VII-01; CNCont. Adm. Fed., Sala V, *Defensor del Pueblo de la Nación c/MIV*, con nota de FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO M., “Audiencias públicas: ¿Es el artículo 42 de la Constitución nacional una norma jurídica?,” *LL, Supl. Derecho Administrativo*, 7-XII-01; y CNCont. Adm. Fed., Sala V, *Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Secretaría de Comunicaciones-res. 2926/99, LL, Supl. Derecho Administrativo*, diario del 15-X-01.

²⁵ A veces ha sido la justicia la que ha frenado la innovación legislativa, p. ej., CSJN, 16-X-01, *Othaz, Miguel A. c/Municipalidad de Neuquén*, con nuestra nota “Licitación pública, audiencia pública, referendo, participación popular y prestación de servicios públicos,” *LL*, 2002-A, p. 954. Ampliar en el § 1 del cap. XII, “La licitación pública” del t. 2, *op. cit.* Ver un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en HUBENAK, JUAN M., “La competencia contencioso administrativa y la relación concesionario-usuario para la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” nota al fallo *Asociación de Usuarios Consumidores y Contribuyentes c/Aguas Argentinas S.A.*, *LL, Supl. Derecho Administrativo*, diario del 12-II-01. El acceso y la participación ciudadana en la justicia procesal administrativa fueron también brusca y fuertemente trabados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en flagrante desconocimiento de la Constitución provincial, como lo explicamos en “Administrar sin justicia,” *RAP*, Buenos Aires, 2003, versión corregida del artículo “La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional),” *ED*, diario del 30-XI-01; editado y reproducido en la *Revista de Estudios de Derecho Público*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Querétaro, 2001-1, número especial a cargo de NAVA NEGRETE, ALFONSO (coord.), *Justicia administrativa en México y en Iberoamérica*, pp. 205-226.

sino que de hecho se presenta como un relamo a la acción, con una actitud por momentos asambleísta, como si en la asamblea pública se decidieran cosas. En cierto sentido se resuelven, socialmente, algunas cuestiones. Ello ocurre cuando el proyecto recibe tantas críticas fundadas que le resulta objetivamente imposible a la administración remontar las críticas e insistir con la realización de su proyecto. Lo hemos visto muchas veces.

La tercera desviación empírica que se ha presentado a veces es cuando la asamblea se transforma en un simple mitín político de ciertas agrupaciones de izquierda, sin permitir de hecho la intervención constructiva de quienes disientan. Las hemos visto, también. No es probable que esos grupos estuvieran conformes con una audiencia pública que se transformara en un mitín político de las fuerzas de derecha. No los divertiría. Aprendamos, pues, a vivir en el pluralismo y no dejemos que las audiencias públicas sean copadas por la izquierda ni por la derecha sino por la razón, el orden y el debate constructivo, y no los discursos de barricada. La audiencia pública no es para inflamar las pasiones, sino para deliberar las razones.

No puede decirse que el balance jurisprudencial haya consagrado la audiencia pública como debía, es decir, como forma necesaria de instrumentar la participación²⁶ ciudadana en el derecho de los usuarios a ser oídos, como garantía constitucionalmente tutelada. Pero no cabe duda de que es un avance socialmente incorporado. En un país signado por la anomia, quizás no sea tampoco una mala noticia al hacer el balance de diez años de vigencia de la ley.

²⁶ Ver también los diversos aspectos que surgen de la nota precedente y de la más reciente doctrina: CAPLÁN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER (coord.), *op. cit.*, pp. 171-175; GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación argentina, comentada y concordada, op. cit.*, comentario al art. 42, § 3, 4, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” pp. 377 y 378; “La emergencia y los medios de comunicación social,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, op. cit.*; D’ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina, op. cit.*, cap. V, § 94, “La intervención activa de la sociedad como modalidad del ejercicio de la función administrativa,” p. 154; SCHEIBLER, GUILLERMO M., “El presupuesto participativo y la emergencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en AHE, DAFNE S. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, op. cit.*, pp. 269-281, y ALANIS, SEBASTIÁN D., “El acceso a la información pública como elemento transformador de la emergencia,” en AHE, DAFNE S. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II, op. cit.*, pp. 69-82.