

Jurisprudencia Argentina

BS. AS. 23 / 03 / 2005 • ISBN 987-1178-42-5 / FASCÍCULO N° 12

DIRECTOR: Alejandro P. F. Tuzio

2005 - I | Número Especial

• CUESTIONES ACTUALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

- COORDINADOR: Carlos A. Zubiaur
- COLABORADORA: Denise Bloch

Contenido

DOCTRINA

La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos

Por Juan Carlos Cassagne. Pág. 2

La potestad punitiva de la Administración en el contrato de concesión de servicios públicos. Aportes para la construcción de un Derecho Constitucional sancionador

Por Alfredo S. Gusman. Pág. 21

Consideraciones jurídicas sobre los principales modelos regulatorios

Por Oscar R. Aguilar Valdez. Pág. 30

Permiso de exportación de gas: ¿título precario o derecho adquirido?

Por Ignacio M. de la Riva. Pág. 43

Participación previa y revisión judicial en los actos de alcance general

Por Estela B. Sacristán. Pág. 51

Régimen tarifario de los servicios públicos: justificación, modelos y liberación

Por Agustín Siboldi. Pág. 64

El servicio de correos. Derechos y obligaciones de los prestadores y usuarios. El control de los servicios por parte de la Administración

Por Juan Aicega. Pág. 79

El régimen jurídico de los servicios públicos en la Ciudad de Buenos Aires

Por Javier Pargament Mariasch. Pág. 84

JURISPRUDENCIA

CORTE SUP.:

- **Contratos administrativos (En general):** Radiodifusión – Adjudicación de estaciones – Llamado a concurso público – Pliego de bases y condiciones – Desistimiento de los recursos administrativos y judiciales – Inconstitucionalidad (14/10/2004), p. 93.

pretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior ya que, en ese caso, el principio de no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema".

VIII. REFLEXIÓN FINAL

En la Argentina ya nos resulta habitual tener que afrontar escenarios de crisis cuya superación requiere de soluciones traumáticas. No es, en este sentido, exagerada la alusión a la "emergencia permanente" con que se ha hecho referencia a la situación imperante en las últimas décadas.

Este estado de cosas ha ido anesthesiando la conciencia

nacional, a punto tal que muchas veces el desconocimiento más flagrante de los derechos fundamentales no se percibe como tal. Y lo verdaderamente grave es que ello no sólo le sucede al observador medio, sino incluso a los miembros de los más altos tribunales de la Nación.

Esta inercia, que nos lleva a tolerar y justificar cualquier comportamiento público en función de las circunstancias extremas en que se inserta, atiende únicamente a una lógica del "aquí y ahora", pero no repara en que bajo esa filosofía se está hipotecando toda posibilidad de construir un país viable en el largo plazo. La absoluta ausencia de seguridad jurídica que así se engendra sólo promueve la desconfianza, generando un clima nada propicio para atraer las inversiones que tanto precisa el país para reencauzarse en el camino del progreso por el que alguna vez supo transitar.

Participación previa y revisión judicial en los actos de alcance general

Por Estela B. Sacristán

SUMARIO:

I. Planteo.- II. Diversas técnicas de participación de los usuarios.- III. Sobre los fundamentos de la participación previa a la elaboración de actos de alcance general.- IV. Perspectiva constitucional de la participación previa a la elaboración del acto de alcance general.- V. La experiencia en nuestro país. Cuestiones de interés en la etapa de revisión judicial: a) Carácter; b) Incidencia; c) Cuestiones de revisión judicial.- VI. Conclusiones

I. PLANTEO (*)

La participación previa a la emisión de actos de alcance general se erige en una herramienta hábil para dotar de legitimidad democrática a la eventual medida, sana orientación que ha recobrado bríos a partir de iniciativas oficiales en materias de importancia. Considérese tan

sólo que en la renegociación de los contratos y licencias de servicios públicos el decreto 311/2003 (LA 2003-C-2833) implementó un sistema de participación de los administrados sobre los cuales incidirá eventualmente la decisión (1) y que el decreto 1172/2003 (LA 2004-A-137) consagra pluralidad de técnicas a fin de obtener dicho fin, desde las más pasivas -reuniones

(*) La autora agradece los certeros comentarios de Iván Budassi; también, el manuscrito de un trabajo en prensa que Gustavo Boullaud le confiara.

(1) Por dicho decreto los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación, Inversión Pública y Servicios dispondrán los regímenes de audiencia pública, de consulta pública y participación ciudadana que resulten pertinentes y apropiados en relación con los distintos procedimientos y con los respectivos contratos o licencias de servicios públicos involucrados (art. 6 inc. c). A su vez, concretadas las audiencias públicas o consultas públicas que posibiliten la participación ciudadana, los acuerdos se girarán a dictamen del procurador del Tesoro de la Nación, previo a su firma por los ministros (art. 8). Asimismo, dado que el art. 9 permite los acuerdos parciales, se prevé que la suscripción de los acuerdos deberá hallarse precedida por el desarrollo de una instancia de consulta pública que posibile la participación de los usuarios en el proceso decisorio, correspondiendo a la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos determinar los procedimientos y mecanismos que resulten adecuados para implementar dicha consulta pública (art. 9 inc. b).

públicas— hasta las que más pasiones despiertan —audiencias públicas—.

Asimismo, debe tenerse presente que los entes reguladores y demás organismos de control cuentan con facultades para dictar actos de alcance general, dentro del ámbito de su competencia —que, por lo demás, suele aparecer como altamente especializada, dado el basamento técnico sobre la cual reposa (2)—, y en el ejercicio de aquéllas también acudirán a técnicas participativas.

Así, en relación con el dictado de actos de alcance general en sede administrativo-regulatoria —esto es, actos sancionados por el organismo competente cuyos efectos abarcarán a un universo más o menos amplio de administrados— existen diversas herramientas procedimentales por medio de las cuales se invita a la ciudadanía a tomar parte en la toma de decisión. Este procedimiento previo al dictado de la medida posee al menos dos vertientes: vela por los intereses de quienes serán ulteriormente afectados, esto es, el interés privado (3), y coadyuva a un fin público primordial en todo Estado de Derecho: dotar de legitimidad a los actos que emite la Administración en su rol de legisladora.

En esta perspectiva, y a tenor de lo decidido en el ya célebre "Youssefián" (4), debe hablarse no ya de un solo modo de participación previo, sino de "diversos modos de participación" (5) que propenden a aquellas dos finalidades. Asimismo, la lectura de las leyes 24065 y 24076 —a título de ejemplo— y la cantidad de eventos participativos desarrollados en sede del ENRE.

y del ENARGAS, dan suficiente cuenta de la multiplicidad de ocasiones en que aquéllas se han visto —y se verán— concretadas.

A partir de estas apreciaciones, este trabajo abarcará —a modo de balance retrospectivo— diversas cuestiones de interés en torno a la participación previa al dictado de actos de alcance general en punto a la revisión judicial. El plan de exposición adoptado es el siguiente: luego de repasarse las diversas técnicas y los fundamentos que las rodean, se hará hincapié en aspectos de interés práctico que se suscitan cuando en sede judicial se revisa lo actuado —o no actuado— en sede administrativa a propósito de la etapa participativa y resolutoria. Ello, desde la experiencia comparada que echa luz sobre lo normado en el decreto 1172/2003 (esp. seccs. II, III y IV) y argentina (secc. V). Finalmente, se proponen las conclusiones pertinentes (secc. VI).

II. DIVERSAS TÉCNICAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS

Si se efectúa un repaso del derecho norteamericano (6), se advierte un amplio abanico de técnicas (7) mediante las cuales puede disponerse normativamente la participación de la ciudadanía en el procedimiento previo al dictado de un acto de alcance general. Así (8):

a) La implementación de *open meetings* —reuniones públicas o, en sentido estricto, sesiones públicas—, modalidad que implica abrir a la observación del público determinados tramos de la actividad que se lleva a cabo en el seno del órgano o ente de que se trate (9). Ella se halla, en el ordenamiento norteamericano, en la

(2) Aspecto de conocimientos e información especializada que se vincula con el objetivo de dejar fuera de la contienda política partidista determinadas funciones administrativas. Sobre este último aspecto nos remitimos a Reiriz, María G., "Autoridades administrativas independientes para la regulación y control de los servicios públicos", en "Temas de Derecho Administrativo", en honor al Prof. Dr. Agustín Gordillo, 2003, Librería Editora Platense, ps. 265/284, esp. p. 268.

(3) Comadira, Julio R. (Monti, Laura, colab.), "Procedimientos administrativos", 2002, Ed. La Ley, p. 63.

(4) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, "Youssefián, Martín v. Secretaría de Comunicaciones", 23/7/1998, LL 1998-D-710.

(5) "La participación podrá articularse a través de la realización de una audiencia pública o a través de la implementación de otro mecanismo que permita en forma adecuada el conocimiento por parte de los aludidos sujetos de los antecedentes fácticos y documentales que hacen a la resolución que habrá de adoptarse, permitiéndose —asimismo— el ofrecimiento y producción de la prueba que estimen pertinente" ("Youssefián" cit.).

(6) Sobre ello es obligatoria la remisión a Tawil, Guido S., "Administración y justicia", t. I, 1993, Ed. Depalma, p. 198. También pueden verse Alianak, Raquel C., "Sobre la participación pública en la elaboración de reglamentos y proyectos de ley. A propósito del decreto 1172/2003, y su comparación con el régimen vigente en el sistema legal de Estados Unidos de Norteamérica", ED del 30/7/2004; y el análisis de Boullaud, Gustavo, "El decreto 1172/2003 y los servicios públicos", de enfoque integral (abarcando audiencias públicas, actividad de gestión de intereses, elaboración participativa de normas, acceso a la información pública y sesiones públicas de los directorios de los entes reguladores), actualmente en prensa.

(7) En nuestro país también ocurre lo mismo: acerca de la pluralidad de técnicas participativas véase Cassagne, Juan C., "Reflexiones sobre la justicia contencioso-administrativa y sus perspectivas al comenzar el siglo XXI", en Revista de Derecho Administrativo n. 46, 2003, Ed. LexisNexis-Depalma, ps. 847/885, esp. p. 866, y su cita del voto del Dr. Pedro J. J. Coviello en la causa "Celadi", del 10/8/2000, LL 2001-B-186 y ss.

(8) Ampliar en Bloch, Denise, "Procedimientos de participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos", en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública n. 258, marzo de 2000, ps. 71/93.

(9) Ampliar en nuestro "Las sesiones públicas (*open meetings*) del Derecho Administrativo norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa", en Revista de Derecho Administrativo ns. 27/29, 1998, Ed. Depalma, ps. 389/434.

GSA., o *Government in the Sunshine Act*, suerte de ley de transparencia gubernamental.

Como se afirmara, "el argumento básico de las sesiones públicas consiste en que el conocimiento público de las motivaciones que fundan la actuación del gobierno resulta esencial para el proceso democrático. El pueblo debe poder 'ir más allá y por detrás' de las decisiones tomadas y conocer los 'pros y contras' del caso si de juzgar sabiamente las cuestiones de política y de elegir inteligentemente a los representantes se trata. La presencia de observadores externos constituye una ayuda insustituible en el proceso de hacer que esa información esté disponible, ya que los informes oficiales, si es que son emitidos, pocas veces proveerán un resumen completo del debate que llevara a un curso de acción en particular. Aun cuando sólo unos pocos periodistas y ciudadanos interesados estén presentes, el beneficio de conceder acceso a las sesiones se expandirá a un segmento aún más amplio de la población, porque los presentes transmitirán la información obtenida" (10).

Esta modalidad aparece, entre nosotros, prevista en el decreto 1172/2003, Anexo VIII, para las reuniones convocadas por los órganos de dirección de los entes reguladores de los servicios públicos, en la medida en que medie quórum.

b) Las audiencias públicas se hallan consagradas en la APA., o *Administrative Procedure Act* (11). En pos de la claridad, tenemos que recordar que dicha ley contempla dos supuestos de participación: recepción de comentarios en el marco de un procedimiento informal (5 USC. parág. 553) y audiencia, o *hearing*, en el marco de un procedimiento formal (5 USC. parágs. 556 y 557) (12). En este acápite repasaremos esta última de las hipótesis, esto es, la audiencia en el marco de un pro-

cedimiento formal; en el siguiente acápite nos detendremos en la técnica de recepción comentarios.

La audiencia que una ley específica puede exigir (13) es de índole naturalmente contradictoria; además, se da sólo en los casos legislativamente previstos y depara un procedimiento formal con los mismos requerimientos del procedimiento de resolución de casos particulares (*adjudicatory proceeding*) (14).

Se ha señalado que el procedimiento de elaboración de reglamentos con participación pública de índole formal con esta clase de audiencia previa —que resulta ser semejante a la que se celebra ante un juez— puede "apresar al proceso normativo dentro de un estrecho traje que puede producir la parálisis del proceso administrativo" (15).

Ante esta reflexión, no aparecen sino como razonables las reglas generales que surgen de dos precedentes de la Corte Suprema norteamericana: por un lado, "*American Trucking Association*" (16), conforme al cual en el procedimiento de dictado de medidas de alcance general no se requiere *hearing* salvo cuando la ley que rige al organismo establece tal recaudo; y por el otro, el conocido precedente de 1978 "*Vermont Yankee*" (17), en el cual aquel tribunal afirmó que ningún magistrado podría exigir una modalidad participativa más rigurosa que la adoptada por el organismo administrativo, pues tal opción es de la discrecionalidad de este último.

Para un sector de la doctrina la audiencia que nos ocupa es aplicable al dictado de reglamentos en el ámbito de las Comisiones (*Commissions*) de Servicios Públicos (18), y, de acuerdo con lo dicho, tal afirmación estará condicionada a la ley previa que disponga la participación en audiencia. Asimismo, se entiende que no ame-

(10) Nota sin autor, "*Open meeting statutes: the press fights for the right to know*", en *Harvard Law Review*, vol. 75, 1962, p. 1199, esp. p. 1200, transcripción en Breyer, Stephen G., "*Administrative law and regulatory policy*", 1992, Little, Brown & Co., Boston, p. 963.

(11) Ley de Procedimientos Administrativos, del orden federal.

(12) "*United States v. Florida East Coast Railway Co.*", 410 US. 224 (1973).

(13) Según el parág. 553 (c) de la APA., el procedimiento formal se emplea "cuando legislativamente se establece que los reglamentos deben dictarse con una audiencia previa ante la agencia".

(14) Por ejemplo, la *Food, Drug and Cosmetic Act*, de 1938, tít. 21 del USCA., secc. 371 (e.3). Allí se establece que antes de que la Administración de Alimentos y Drogas dicte un reglamento la misma debe: 1) convocar a audiencia pública para que los interesados sean oídos; 2) basar su decisión en la evidencia sustancial recogida en el expediente; 3) estructurar el reglamento tal que incluya las evidencias volcadas en la audiencia formalizada en el expediente; 4) proveer a la revisión de lo actuado antes de que esas probanzas, que fundamentan el reglamento, puedan ser consideradas concluyentes.

(15) Conf. Schwartz, Bernard, "*Administrative law. A casebook*", 3, 1988, Little, Brown and Co., Boston y Toronto, p. 162.

(16) "*American Trucking Association, Inc. v. United States*", 344 US. 298 (1953), esp. ps. 310/320.

(17) "*Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC.*", 435 US. 519 (1978).

(18) Phillips, Charles F., "*The regulation of public utilities. Theory and practice*", *Public Utilities Reports, Inc.*, 1993, Arlington, p. 188.

ritan *hearing* formal previa las cuestiones técnicas (19), ni tampoco los procedimientos de fijación de tarifas cuando las mismas vayan a regir en el futuro (20). Volvemos sobre este aspecto en el acápite siguiente.

En lo que hace a nuestro país, hace ya varias decenas de años —exactamente en 1958— se implementó un sistema de audiencias públicas para consultar a la ciudadanía acerca de su parecer respecto del establecimiento de servicios de líneas de transporte intercomunal de pasajeros en la provincia de Buenos Aires a través del decreto 6864 (21), reglamentario de la Ley Orgánica del Transporte de Pasajeros, decreto ley 16378/1957 (ALJA 1853-1958-2-219) (22). De la existencia misma de dicho decreto puede válidamente inferirse la preocupación —en el caso, en el nivel provincial— por incluir en el procedimiento —de establecimiento de líneas de transporte— la mentada participación. Todo ello, con anterioridad incluso a que se instaurara el sistema de audiencias públicas del art. 102 ley 17285 en materia aeronáutica (23). Asimismo, co-

nocemos las audiencias públicas (24) establecidas en nuestro país por las leyes 24065 (LA 1992-A-74) y 24076 (LA 1992-B-1636), por ejemplo, las previstas en el art. 46 de una y de la otra. Por último, las audiencias públicas se hallan consagradas en los Anexos I y II del decreto 1172/2003.

Nótese que las *open meetings* se diferencian de las audiencias públicas, pues aquéllas brindan la oportunidad para estar presente y las segundas —al igual que la técnica del acápite siguiente—, la oportunidad de ser oído (25).

c) La modalidad participativa de *recepción de comentarios* u observaciones, como vimos, emerge de 5 USC. parág. 553, y también aparece como gobernable por las reglas emergentes de "*American Trucking Association*" (26) y "*Vermont Yankee*" (27), ya reseñados.

El respectivo procedimiento incluirá, a modo de recaudos mínimos (28), la publicación de un aviso (29) en el

(19) *In re "Iroquois Gas Transmission System", LP.*, 53 FERC 194 (1990).

(20) Goodman, Leonard S., "*The process of ratemaking, public utilities reports*", t. I, 1998, Vienna, Va., p. 58.

(21) Dictado el 29/4/1958 (B.O. del 9/6/1958), cuyo art. 7 dice: "Los estudios para el establecimiento de nuevos servicios o modificación de los existentes, serán realizados por la Dirección General del Transporte, formulando todas las consultas que estime necesarias para determinar la necesidad de los mismos. Podrá considerar a tales efectos cualquier sugerencia privada al respecto, sin que ello importe derecho alguno para quien la formule y si lo estimare conveniente promoverá una *audiencia pública* para la solución y discusión de los puntos cuestionados. Los informes deberán considerar fundadamente la conveniencia del nuevo servicio, modificación o extensión, en relación a cada inc. del art. 9 ley" (la bastardilla es nuestra).

(22) ADLA, t. XVII-B, p. 1376, esp. p. 1376, cuyo art. 10 establecía: "Proyectado el establecimiento de un nuevo servicio de línea o de sus ramales, modificaciones y extensiones, deberá correrse traslado a las municipalidades y empresas privadas y estatales afectadas, y anunciarse por tres veces consecutivas en un diario de la capital de la provincia y un periódico o diario de las zonas afectadas, fijándose copia en un tablero ubicado al efecto en la sede de la Dirección. Las municipalidades o empresas afectadas, sus entidades representativas, las sociedades vecinales y quienes justifiquen un interés en hacerlo, podrán *observar* o impugnar el proyecto dentro de los 15 días de la última publicación o traslado conferido, en su caso. La Dirección deberá dictaminar fundadamente examinando las *observaciones formuladas* y las posibilidades de corrección y reajuste, proponiendo al Poder Ejecutivo lo que corresponda" (la bastardilla nos pertenece).

(23) Código Aeronáutico, sancionado por ley 17285, B.O. del 17/5/1967 (ALJA 1967-B-1496). Véase Gusman, Alfredo S., "La reestructuración tarifaria telefónica. Los procedimientos de audiencia e información pública", LL 1997-C-1390 y ss., esp. p. 1391.

(24) Ampliar en Gómez Sanchis, Daniel, "El procedimiento de audiencia pública", en AA.VV., "Estudios de Derecho Administrativo IX", 2003, Ed. Dike.

(25) Así, "*Gernatt Asphalt Products, Inc. v. Town of Sardinia* (1996 N.Y. int. 58)", del 28/3/1996, ilustra sobre ambas funciones. En él se debatía, entre otras cuestiones, si el municipio había violado las respectivas disposiciones de la Ley de Sesiones Públicas local al sancionar modificaciones a unas ordenanzas vigentes durante una sesión ejecutiva secreta celebrada con posterioridad a la audiencia pública. La Ley de Sesiones Públicas local establecía que el gobierno municipal no debatiría ni decidiría en privado lo que debía debatir y decir en público. Lo destacable es que la ley local respectiva establecía que debería celebrarse una audiencia pública en la cual el público tendría la "oportunidad de ser oído" ("*opportunity to be heard*"). En cambio, en otros casos la ley local de sesiones abiertas o públicas únicamente establece que el público tendrá la "oportunidad de estar presente" ("*opportunity to be present*"), en palabras de la pieza citada —en pasiva o muda actitud de observación—, durante los debates y toma de decisión correspondiente, sin tener la oportunidad de ser oído; de allí las diferencias entre ambos conceptos.

(26) "*American Trucking Association, Inc. v. United States*", 344 US. 298 (1953), esp. ps. 310/320.

(27) "*Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC*", 435 US. 519 (1978).

(28) Ampliar en Tawil, "Administración y justicia..." cit., t. I, p. 198 y ss.; Carbonell, Eloísa y Muga, José L., "Agencias y procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América", 1996, Ed. Marcial Pons, Madrid, p. 70 y ss.

(29) 5 USC. parág. 553 (b) (1-3). El aviso incluirá la hora, el lugar y la naturaleza del procedimiento de emisión de reglamentos; la mención de la autoridad en la esfera de la cual se propone la norma; y los términos o la sustancia de la norma propuesta, o una descripción de las materias y los temas involucrados.

Federal Register informando que se dictará un reglamento (30) y la oportunidad para que los interesados participen haciendo llegar sus opiniones (31); se podrá o no brindar oportunidad para efectuar una presentación oral, se considerarán los aspectos pertinentes que se hayan planteado (32), se efectuará una declaración concisa del propósito de dictar el reglamento (33) y, finalmente, se efectuará la publicación del reglamento al menos 30 días antes de su entrada en vigencia (34).

La doctrina ordena todos estos recaudos en un *iter* procedimental que sigue este orden (35): i) se proyecta el reglamento con o sin participación previa de los interesados; ii) se publica la norma propuesta; iii) todos los interesados se hallan habilitados para remitir información escrita u opiniones acerca de aquélla; iv) la agencia evalúa los comentarios cosechados, o *feedback*, y puede reformar el proyecto de conformidad con la información suministrada y también puede requerir comentarios orales de los interesados; v) se publica el reglamento con su nueva redacción; vi) se repiten los pasos iii y iv; vii) el proyecto final se publica al menos 30 días antes de tener vigencia, acompañado de una declaración concisa de sus fundamentos y fines.

Es dable destacar que en el fallo "*Florida East Coast*" la Corte norteamericana sostuvo que la "audiencia [*hearing*] debida" podía ser considerada "equivalente" a los comentarios escritos remitidos en el procedimiento informal recién reseñado (36). A partir del caso citado, son pocas las oportunidades en que judicialmente se ha obligado a un organismo a emplear el procedimiento participativo formal de audiencia del acápite precedente de este trabajo. Tal principio tiene, sin embargo, las excepciones antes avizoradas: a) que la ley prescriba expresamente el procedimiento formal; b) que la ley expresamente requiera la audiencia contradictoria oral; o c) que se hallen en juego intereses relativos a la propiedad o a la libertad, en cuyo caso la audiencia debe ser formal (37).

A modo de ejemplo, si lo que se halla en debate es una tarifa, que se aplicará hacia el futuro, la participación se concreta con mucho menos que una audiencia, basando con la publicación y recepción de comentarios o la modalidad que, dentro de su discrecionalidad, adopte el ente (38); en cambio, si esa tarifa será aplicada retroactivamente, y se entiende que se afecta el derecho constitucional de propiedad, deberá llevarse adelante la audiencia del procedimiento formal a la que antes nos referíamos.

En la Argentina conocemos este procedimiento a partir de lo reglado en el cap. XI del decreto 1738/1992 (LA 1992-C-3484), reglamentario de la ley 24076, cuyos arts. 65/70 establecen: "La sanción de normas generales será precedida por la publicidad del proyecto o de sus pautas básicas y por la concesión de un plazo a los interesados para presentar observaciones por escrito"; dicha reglamentación agrega que "excepcionalmente podrá recurrirse al procedimiento de audiencia pública a este efecto cuando la repercusión pública del tema así lo justifique". Y hoy se halla también consagrado en el Anexo V del decreto 1172/2003, de elaboración participativa de normas, cuyo inicio podrá o no tener un administrado solicitante (39), y que consiste en una invitación a la ciudadanía a expresar, por escrito, su opinión y propuestas con respecto a un proyecto de norma.

d) La experiencia norteamericana también enseña acerca de la utilización de otras técnicas participativas. Así, podemos considerar brevemente las que siguen.

Los *contactos clave* constituyen una modalidad que, según la doctrina, aparece como tal vez la forma más simple de involucrar al público: el organismo consulta a líderes del ámbito de la economía o a dirigentes de otros grupos organizados. Parecería que este recurso —de larga data en cuanto a su utilización— sigue siendo popular en los Estados Unidos en lo que hace a con-

(30) Que no podrá ser ni un reglamento interpretativo o de procedimiento, ni una declaración general de políticas; tampoco habrá participación pública cuando la entidad emisora decida fundadamente que ello es impracticable, innecesario o contrario al interés público; 5 USC. 553 parág. (b) (A-B). Véanse en este trabajo las salvedades consecuentes formuladas en la secc. II, párr. final y en la secc. III, párr. final.

(31) Que podrán ser remitidas por escrito, existiendo o no la oportunidad para efectuar presentaciones orales; 5 USC. 553 (c).

(32) 5 USC. 553 (c).

(33) 5 USC. 553 (c).

(34) 5 USC. 553 (d).

(35) Warren, Kenneth, "*Administrative law in the political system*", Prentice Hall, 1996, New Jersey, p. 252.

(36) "*United States v. Florida East Coast Railway*", 410 US. 224 (1973): "La Comisión promulgó un proyecto tentativo de orden, y acordó a todas las partes interesadas 60 días para efectuar presentaciones, remitir pruebas, y hacer observaciones relevantes. Las partes tuvieron adecuado aviso de qué, exactamente, proponía la Comisión, y se les concedió oportunidad para hacer comentarios, formular objeciones, o para hacer alguna otra clase de presentación por escrito. La orden final de la Comisión indica que tomó en consideración las presentaciones de ambos apelantes".

(37) Davis, Kenneth C. y Pierce, Richard F., "*Administrative Law Treatise*", vol. I, 1994, Little Brown, Boston, p. 294.

(38) Goodman, Leonard S., "*The process of ratemaking*", *Public Utilities Reports*, t. I, 1998, Vienna, Va., p. 58.

(39) Arg. art. 12 inc. c Anexo V del decreto 1172/2003.

trolar la opinión de la comunidad (40). Bajo el recurso de acudir a las comisiones asesoras se solicita que los representantes de diversos grupos relevantes de la comunidad presten servicios en una comisión que asesora sobre una determinada política o un determinado asunto. A diferencia de lo que ocurría antaño, las comisiones asesoras en la actualidad representan a una variedad más amplia de agrupaciones, incluyendo a asociaciones de consumidores, de personas con capacidades diferentes, etc. (41). La técnica de encuestas ciudadanas se comenzó a emplear en las décadas de los años '60 y '70 en los Estados Unidos y consiste en cuestionarios para obtener la opinión de la ciudadanía sobre asuntos de interés público o sobre servicios que presta el Estado (42); se sostiene que si se las efectúa en sectores relevantes de la población tomados al azar, estas encuestas prometen proveer opiniones muy representativas, que de emplearse otra técnica resultarían inciertas (43). Con carácter más restrictivo, los contactos con la ciudadanía permiten la participación de un modo altamente idóneo y, por lo general, se emplean para el tratamiento de cuestiones específicas, tales como anomalías en la recolección de residuos o agujeros o pozos en las aceras que no han sido reparados. La tendencia del empleo de esta técnica parecería hallarse en franco ascenso en los Estados Unidos (44). Finalmente, la negociación y la mediación deparan que algunos asuntos de escaso atractivo como para merecer alguna de las anteriores técnicas se encaren mediante este procedimiento, en el cual intercede un tercero para poner fin a una disputa. Se lo ha empleado para resolver conflictos relativos al medio ambiente entre el gobierno, los ejecutores de un proyecto y los defensores del medio ambiente; actualmente tanto la negociación como la mediación han sido adaptadas para cubrir una amplia gama de temas (45).

Para finalizar esta secc. II debe formularse una salvedad

de importancia: en forma paralela a las modalidades participativas—previas al dictado de la medida de alcance general—reseñadas, y en especial en forma conjunta a la existencia de actos de alcance general dictados con audiencia previa y de actos de alcance general dictados con recepción de comentarios, existe un tercer género de actos de alcance general denominados “de emergencia” (46), que deben ser motivados y que, al tener vigencia inmediata (47), son de carácter provisional; estos actos se emiten sin participación previa por mediar lo que se denomina una buena razón (*good cause*).

III. SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PARTICIPACIÓN PREVIA A LA ELABORACIÓN DE ACTOS DE ALCANCE GENERAL

Con alto sentido crítico, y de cara a las modernas exigencias de la democracia, se ha sostenido que el dictado de actos de alcance general por parte de los órganos y entes de la Administración es profundamente antidemocrático porque muchos de los dictados en torno a cuestiones críticas emanan de “burócratas no votados”, esto es, no elegidos popularmente (48).

En otras palabras, admitiendo que la democracia constituye el único principio actual de legitimación política (49)—o al menos el estadio más avanzado de dicha legitimación—, como los órganos y entes dotados de facultades reglamentarias no son votados ni elegidos democráticamente—salvo, entre nosotros, el titular del Poder Ejecutivo—, no podrían dictar disposiciones de carácter general, y, a todo evento, aun cuando pudieran hacerlo, no existiría una presunción de legitimidad de las reglamentaciones administrativas similar a la presunción de legitimidad de las leyes democráticamente votadas en el Congreso (50). El problema, así enfocado, sería uno de “déficit democrático” (51).

(40) Thomas, John C., *Public participation in public decisions. New skills and strategies for public managers*, 1995, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, p. 12.

(41) Thomas, John C., *Public participation in public decisions. New skills and strategies for public managers* cit., p. 12.

(42) Webb, Kenneth, *Obtaining citizen feedback. The application of citizen surveys to local governments*, 1973, The Urban Institute, Washington DC.

(43) Thomas, John C., *Public participation in public decisions. New skills and strategies for public managers* cit., p. 13 y ss.

(44) Thomas, John C., *Public participation in public decisions. New skills and strategies for public managers* cit.

(45) Thomas, John C., *Public participation in public decisions. New skills and strategies for public managers* cit.

(46) Ampliar en Kannan, Phillip M., *The logical outgrowth doctrine in rulemaking*, en *Administrative Law Review* n. 2, vol. 48, 1996, ABA, Chicago, ps. 213/225, esp. p. 214; y en Tawil, *Administración y justicia* cit., t. I, p. 210 y ss.

(47) 5 USC. parágs. 553 (b.B y d.3).

(48) Ely, John H., *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, 1980, Harvard University Press, Cambridge, p. 131; Wellington, Harry H., *Interpreting the constitution. The Supreme Court and the process of adjudication*, 1990, Yale University Press, New Haven, p. 70.

(49) Así lo afirma el ministro Dr. Fayt en su disidencia en el precedente “Electores y apoderados”, Fallos 314: 1915, consid. 32.

(50) Krent, Harold, *Turning Congress into an agency: the propriety of requiring legislative findings*, en case *Western Law Review* (spring, 1996), p. 731 y ss., esp. p. 747; Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, vol. I, 2000, Foundation Press, New York, p. 989, con cita de Stewart, Richard, *The reformation of American Administrative Law*, en *Harvard Law*

En el foro francés ha destacado Hauriou que, a diferencia de la ley, el reglamento no es objeto de "aceptación formal" por el pueblo o por sus representantes; así, dicho acto de alcance general deviene una disposición general escrita, dictada por una autoridad que tenga el poder reglamentario y cuyo título de validez se halla en que emana de un gobierno cuyo poder es aceptado como legítimo (52).

El principal ámbito de estudio doctrinario acerca del problema de la potestad reglamentaria por parte de la Administración en una escena de "déficit democrático" se ha originado en los Estados Unidos, a propósito de la posibilidad de que en el seno de la Administración se dicten actos de alcance general —*rulemaking power*— (53), e involucra múltiples objeciones (54). Sin ánimo de incursionar en un tema que ya ha sido tratado (55), tengamos presente, a efectos de estas líneas, que en el ámbito norteamericano se prevé el procedimiento participativo de elaboración de actos de alcance general, mas tal temperamento tiene excepciones. Por un lado, las señaladas en el último párrafo de la sección precedente (medidas de emergencia). Por el otro, las denominadas declaraciones de políticas (*declarations of policy*), exentas de participación previa por no tener efectos vinculantes hacia los administrados o los tribunales.

IV. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN PREVIA A LA ELABORACIÓN DEL ACTO DE ALCANCE GENERAL

Bajo la Constitución de los Estados Unidos no existe previsión alguna que contemple la participación pasiva

o activa de la ciudadanía en la actividad legislativa de la Administración.

En este sentido sostuvo la Corte Suprema federal en un fallo de 1915, "*Bi-Metallic*" (56), que "cuando una norma de conducta se aplica a más de una pocas personas, es impracticable que todas ellas tengan una voz directa en su adopción... La Constitución no exige que todos los actos públicos se dicten previa (...) asamblea pública (57). Se sancionan leyes en general que, dentro de los poderes que poseen los Estados, afectan a las personas o a su propiedad, a veces llevándolas casi a la ruina, sin que se les dé una oportunidad de ser oídas. Se protegen los derechos a través de la única forma en que se los puede proteger dentro de una sociedad compleja, por medio de su poder, inmediato o remoto, sobre aquellos que hacen las leyes".

La severa —pero tal vez realista— doctrina de este fallo fue reiterada en posteriores pronunciamientos (58).

A la estrictez de "*Bi-Metallic*" debe, asimismo, sumarse el hecho de que diversos superiores tribunales estatales han rechazado la tesis de que exista un derecho implícito de raiigambre constitucional al acceso del público a las sesiones o reuniones de los organismos administrativos o a sus documentos. En este sentido se ha afirmado que "existe una indudable conexión entre las libertades de la Primera Enmienda —que consagra la libertad de expresión— y el acceso a la información del gobierno, especialmente aquella que registra la actuación estatal [*official action*]. Sin embargo, las sentencias judiciales aún no han establecido el fundamento constitucional de ese derecho de acceso" (59).

Review, vol 88, 1975, p. 1667. En igual sentido, Galligan, D. J., "*Due process and fair procedures. A study of administrative procedures*", 1996, Clarendon Press, Oxford, p. 456.

(51) Aun así, tengamos en cuenta que la doctrina ha señalado que existe una diferencia entre las decisiones consensuadas y unánimes y las que suelen tomarse dentro de una democracia, por mayoría; ello ha llevado al interrogante de si pueden aceptarse a ciegas "las decisiones de las mayorías legislativas", como se arguye en Gargarella, Roberto, "La justicia frente al gobierno", 1996, Ed. Ariel, Barcelona, ps. 100/103.

(52) Hauriou, André, "Derecho Constitucional e instituciones políticas" (trad. de González Casanova, José A., de la edición de 1970 por Ed. Monthcrestien), 1971, Ed. Ariel, Barcelona, p. 169.

(53) El debate, ciertamente, parece corresponderse con una concepción realista del derecho. En efecto, desde el punto de vista normativista —véase Kelsen, Hans, "Teoría pura del Derecho", (trad. de Roberto J. Vernengo de la 2ª edición de 1960), 1997, Ed. Porrúa, México, p. 233— la producción de normas jurídicas generales tiene el carácter de legislación, y su regulación implica la determinación de los órganos facultados para la producción de normas jurídicas generales, sean leyes u ordenanzas reglamentarias.

(54) Ampliar en Baldwin, Robert, "*Rules and government*", 1996, Clarendon Press, Oxford, p. 41 y ss.

(55) En "La Administración legisladora (y dos saludables recaudos)", en Cassagne, Juan C. (dir.), "Derecho Procesal Administrativo", homenaje a Jesús González Pérez, t. I, 2004, Ed. Hammurabi, ps. 391/437.

(56) "*Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization*", 239 US. 441, esp. p. 445 (1915). Se trataba de un caso en el que se cuestionaba la validez de la decisión, emanada de determinados organismos administrativos del Estado de Colorado, de elevar en un 40% el valor de la propiedad a los efectos tributarios sin haberse dado participación de ninguna índole a los afectados. La opinión fue redactada por el *justice* Holmes.

(57) Se sigue la traducción de Lavilla Rubira, Juan J., "La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América", 1991, Ed. Civitas, Madrid, p. 115.

(58) Por ejemplo, en "*City of Madison, Joint School District v. Wisconsin Employment Relations Commission*", 429 US. 167, esp. p. 178 (1976).

(59) "*Black Panther Party v. Kehoe*, 117 California", Reporter 106, ps. 111/112 (1974). También puede verse "*Dayton*

En el ámbito británico (60) también se sostiene que no existe bajo el *common law* o bajo la ley una obligación general de consultar en forma previa al dictado del acto. En este sentido se ha pronunciado Craig (61), quien asevera que bajo el *common law* no existe obligación de convocar a audiencia previa cuando el acto impugnado es de naturaleza normativa (62); además, no existiría el derecho a un pronunciamiento razonado (*reasoned decision*) o motivado cuando el acto es de tal naturaleza (63). Supperstone y Goudie se suman a esta interpretación restrictiva apuntando igual inexistencia con respecto a toda la legislación delegada (*delegated or subordinate legislation*) (64), pues la sanción de la misma se tomaría inoperable (65). No neutralizan esta interpretación ni la teoría del mandato legal implícito, ni el principio cardinal de la justicia natural (66) ni la invocación de una legítima expectativa a participar (67). Desde la perspectiva institucional, la *Hansard Society* (68), por su parte, ha calificado a la participación previa en forma realista: "Puede haber mucha, poca, o nada de consulta; puede ser general o detallada; puede ser formal (...) o informal, consistiendo sólo en unos pocos llamados telefónicos (...); puede consistir en un genuino pedido de contribución o meramente en un intento de legitimar propuestas que el gobierno ya ha decidido convertir en norma obligatoria (...). Esto lleva a una combinación de buenas y malas prácticas de consulta y más fundamentalmente a una distorsión de todo el procedimiento de consulta" (69).

De este modo, es claro que se ha adoptado, respecto de los procedimientos de consulta o procedimientos participativos, una postura pragmática. Ello, en el marco de la inexistencia de una norma positiva específica que consagre genéricamente la participación de la ciudadanía, como regla, en la elaboración de actos de alcance general.

Empero, existen regímenes de participación específicos, en instrumentos legislativos aislados, como, por ejemplo, la ley que regula sobre planificación urbana y rural (70), de 1990, que prevé un sistema de publicidad y consulta previa para los diversos emprendimientos en áreas no metropolitanas, del tenor de la técnica de recepción de comentarios previsto en la APA norteamericana. También ha ocurrido lo propio en los marcos regulatorios sectoriales, publicados en la *web*.

En este escenario, es natural que se haya interpretado que cuando la ley expresamente establece la audiencia, en forma mandatoria, su omisión genera en principio la nulidad del acto, pero si la consulta, que es el objetivo principal, se ha cumplimentado por otros medios, no interesa que no se hayan cumplido en forma estricta ciertas formalidades específicas destinadas a asegurar ese objetivo (71). Asimismo, la jurisprudencia y la doctrina (72) distinguen audiencia mandatoria u obligatoria (73) y audiencia meramente indicativa (74), pudiéndose soslayar la participación por esta segunda vía.

Newspaper, Inc. v. City of Dayton, 259 NE. 2º, 522 (1970)", confirmado en "274 N.E.2d 766 (1971)". Véase también, para nuestro país, nota 61.

(60) Ampliar en Budassi, Iván F., "Participación ciudadana y regulación de servicios públicos: la experiencia inglesa", en LL 2000-E-508 y ss.

(61) Craig, "Administrative Law" cit., p. 256 y ss. Este argumento aparecería también, en nuestro medio, como fundamento del temperamento adoptado, por ejemplo, en los arts. 6 Anexo I y 6 Anexo V del decreto 1172/2003, que establecen que la no vinculatoriedad de la consulta.

(62) Craig, "Administrative Law" cit., p. 256, con cita de "Bates v. Lord Hailsham", 1972, 1 W.L.R. 1373, 1378.

(63) Craig, "Administrative Law" cit., con cita de la *Tribunals and Inquiries Act 1992*, s. 10 (5,b).

(64) Supperstone, Michael y Goudie, James, "Judicial Review", 1992, Butterworths, Londres, Bruselas, Dublín y Edimburgo, p. 143.

(65) Supperstone, Michael y Goudie, James, "Judicial Review", cit., p. 186.

(66) Supperstone, Michael y Goudie, James, "Judicial Review", cit., ps. 143/144, con cita del mismo fallo mencionado en nota 62.

(67) "Re Westminster City Council", 1986, AC 688. La expresión "legitimate expectation" aparece como equivalente a "confianza legítima", concepto sobre el cual es inevitable remitirse a Coviello, Pedro J. J., "La confianza legítima", en ED 177-894 y ss.

(68) Informe de la Comisión de la *Hansard Society*, 1993, p. 226.

(69) Opinión citada en Weir, Stuart y Beetham, David, "Political power and democratic control in Britain. The democratic audit of the United Kingdom", 1999, Routledge, Londres y New York, p. 292.

(70) "Town and country planning act", en Moore, Victor y Hughes, David, 1995, Ed. *Statutes on Planning Law*, Blackstone Press, Londres.

(71) "Coney v. Choyce", 1975, 1 WLR 422.

(72) Establecen esta diferenciación, entre otros, Craig, P. P., "Administrative Law", 1994, Sweet and Maxwell, Londres, p. 255; Fenwick, Helen y Phillipson, Gavin, "Sourcebook on public law" cit., 1997, Cavendish, Londres, p. 755.

(73) Por ejemplo, en la secc. 8 (3-4) de la *Local Government Act*, de 1992; se cita la edición de "Her Majesty's Stationery Office", 1994, Londres.

(74) Por ejemplo, en la secc. 1 de la *Competition and Service (Utilities) Act*, de 1992; se cita la edición de "Her Majesty's Stationery Office", 1994, Londres.

V. LA EXPERIENCIA EN NUESTRO PAÍS. CUESTIONES DE INTERÉS EN LA ETAPA DE REVISIÓN JUDICIAL

En nuestro país se han suscitado diversos interrogantes en derredor de la participación previa al dictado de actos de eventual alcance general o indeterminado. Esos interrogantes pueden ordenarse en diversos grupos: a) por un lado, su carácter mandatorio a la luz de los marcos regulatorios, en especial con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 y el texto del actual art. 42 CN.; b) por el otro, la acogida del decreto 1172/2003 en el marco de los regímenes participativos existentes; c) por último, los lineamientos de la revisión judicial.

a) Carácter

El primer interrogante ha obtenido interpretación jurisprudencial, y al respecto cabe remitirse al célebre precedente de la sala 4ª de la C. Nac. Cont. Adm. Fed. "Youssefián", caso que conllevaba el análisis de la participación de los consumidores y usuarios en relación con la prórroga del período de exclusividad de las licenciatarias del servicio básico telefónico nacional e internacional, en el que el pronunciamiento fue por la afirmativa, con sustanciales fundamentos constitucionales (75).

También cabe remitirse al precedente de la sala de Feria de aquella Cámara en materia tarifaria de transporte, en el que se hizo hincapié en que la norma específica no exigía la participación previa para el específico supuesto allí estudiado (76).

De tal suerte, en torno a la cuestión del acápite han emergido dos interpretaciones en dos casos diversos, hallando la primera fundamento constitucional en la

técnica participativa dadas las particulares circunstancias reseñadas, hallando la segunda sustento en la normativa específica aplicable (77).

Por lo demás, ha afirmado la doctrina que "en ninguna parte del art. 42 CN. se menciona, ni siquiera en forma implícita, el derecho de participación pública de los ciudadanos. Antes bien, la referida norma constitucional circunscribe el alcance de la participación en dos sentidos: en el plano subjetivo, en cuanto acota el derecho a las asociaciones que representan los intereses de los usuarios de los servicios públicos y en forma objetiva, al precisar que tal participación se encausa en los organismo de control de los servicios públicos (o de otros órganos de control de los intereses de los consumidores)" (78).

La jurisprudencia norteamericana reseñada en la secc. II de este trabajo inclinaría la balanza a favor de esta interpretación que privilegia la fuente infraconstitucional de la participación en el sentido analizado, postura que en tal perspectiva compartimos.

b) Incidencia

El segundo interrogante bien puede ser ponderado a la luz de la experiencia de la práctica llevada adelante por los entes reguladores nacionales, ya que surge de la información puesta a disposición en las respectivas páginas web.

Dada la decisión del organismo de proceder a dictar una norma -acto de alcance general- de su competencia -por iniciativa propia o por mediar resolución judicial-, o dada la solicitud de un particular acogida favorablemente (79), el ente resuelve, fundadamente, bajo el art. 14 Anexo V del decreto 1172/2003, dar inicio a las actuaciones tendientes a la consecución de

(75) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, "Youssefián, Martín v. Secretaría de Comunicaciones", del 23/7/1998, LL 1998-D-710. Similar basamento constitucional se advierte en la sana interpretación propiciada por el Dr. Licht en la C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, causa 3747/2001, "Asociación Civil Cruzada Defensa CyU. SP. v. Estado Nacional -Ministerio de Infraestructura y Vivienda- resolución 65/2001 s/medida cautelar (autónoma)", del 3/5/2001. En igual sentido, para la modificación de las tarifas de los servicios públicos, esté prevista en la ley o no, Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", t. 2, 1998, FDA, p. VI-21, interpretación que recoge Gelli, María A., "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", 2003, Ed. La Ley, p. 374, n. 1079.

(76) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala de feria, causa 35424/00, "Defensor del Pueblo de la Nación v. PEN. -Ministerio de Economía, resolución 1006/2000- Ministerio de Infraestructura y Vivienda-resolución 17/2000 s/amparo ley 16986", del 5/1/2001. En lo que interesa, el consid. V expresa: "Examinando el argumento central del defensor del pueblo de la Nación, consistente en que la audiencia pública para adoptar una decisión sobre la reforma de tarifas resulta un requisito derivado del propio texto del art. 42 CN. -apoyándose en autorizada doctrina-, se advierte que ello no impediría su reglamentación. En el caso, esa normativa existente (...) no parece prever (...) que la mentada reunión pública sea necesaria (...)".

(77) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, causa 29034/01, "Distribuidora de Gas", del 30/10/2003. Recordemos que similar solución se adopta en el antes mencionado "United States v. Florida East Coast Railway", 410 US. 224 (1973).

(78) Cassagne, Juan C., "El contrato administrativo", 1999, Ed. Abeledo-Perrot, p. 148.

(79) Mediando solicitud particular acogida, art. 11 Anexo V del decreto 1172/2003; mediando decisión del ente, arg. art. 12 inc. c decreto 1172/2003, Anexo V ("...solicitante... si lo hubiere"). A modo de ejemplo pueden verse la disposición del 3/2/2004 o la resolución ENARGAS. 2973/2004, ambas en www.enargas.gov.ar.

la elaboración participativa de normas. Ello, con respecto a un determinado proyecto de norma. Comienza así el procedimiento de consulta.

Dicha resolución de inicio, o auto de apertura, y la norma propuesta son publicados de conformidad con lo previsto en el art. 13 Anexo V del decreto 1172/2003, por lo que aparecen en el Boletín Oficial por dos días, y en la página web del ente al menos durante quince días, invitándose a la ciudadanía a expresar su opinión y formular propuestas. En el mismo acto de inicio se identifica por número el respectivo expediente de participación, que queda a disposición del público para consulta en sede del ente.

Entendemos que, dado que el plazo de quince días es mínimo, a mayor repercusión de la medida que se propone, mayor sería la extensión de la publicación en la página web, y viceversa, salvo por los mínimos legales. A su vez, la mayor participación que la más extendida publicación deparará bien puede ser neutralizada mediante la remisión de opiniones y propuestas por vía electrónica con asignación de usuario y clave, así como mediante la instrucción de urgir a que opiniones o comentarios similares sean concretados mediante una sola presentación, de una extensión máxima (80).

c) Cuestiones de revisión judicial

En cuanto a los lineamientos que devela la jurisprudencia —en especial, la de la Corte Suprema, sin perjuicio de que se aludirá también a decisiones del fuero— en punto a la revisión judicial de los actos de alcance general que nos ocupan, cabe hacer hincapié en algunos aspectos de interés, que se exponen a continuación.

(i) *Apagado control*: La posibilidad de apagado control judicial si medió participación en la elaboración del acto de alcance general no surge en forma directa de la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal. Empero, puede detectarse, en forma embrionaria, una interpretación de tal tenor si se tiene en cuenta que en el caso del "Colegio Montserrat" el dictamen del procurador general, al que la Corte Suprema se remite, consideró no sólo la adecuada motivación del acto sino también

que la ordenanza impugnada había sido dictada previa invitación a todos los miembros de la comunidad educativa a opinar, con el objeto de que todas las expresiones pudieran ser consideradas (81).

Similar apagado control se advierte en "Prodelco", ya que la Corte Suprema, luego de expresar que en el ordenamiento vigente no existe obligación de someter previamente a consideración de los administrados los actos administrativos, puesto que ello implicaría la paralización de la actividad de esa índole, y luego de evaluar el procedimiento previo, arribó a la conclusión de que el decreto impugnado contenía expresa justificación de la decisión que adoptaba (82).

Se detecta en ambos fallos una interpretación que permitiría vislumbrar que el control de la adecuada motivación, sumado a la verificación de la regularidad del procedimiento previo —esto es, la previa participación—, conduciría a la convalidación de la medida.

(ii) *Imposibilidad de sustitución*: En el ámbito comunitario europeo se efectúa una distinción en relación con el recaudo del art. 253 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (83); así, estaría emergiendo una regla interpretativa conforme a la cual la "participación intensa" en el proceso de elaboración de la decisión releva o exime a la Administración de su deber de brindar un "detalle" de las cuestiones de hecho y de derecho involucradas en el procedimiento administrativo (84). En otras palabras, se propone que a mayor participación, menor motivación, como si un recaudo y otro fueran intercambiables.

Se afirma que la filosofía que anida en esta interpretación —que parece privilegiar la eficiencia— hace a que, por haber mediado una etapa participativa, los administrados posean suficientes conocimientos de las particularidades de hecho y de derecho del caso tales que puedan efectivamente obtener la tutela de sus derechos ante los tribunales (85). En esta línea argumental, la opinión a la que nos referimos propone inferir que si no ha mediado participación —o si ella se concretó con un menor grado de intensidad—, "la estricta observancia del principio de diligencia así como el deber de brindar

(80) Tales recaudos formales, que amplían la participación mas dentro de límites administrables eficientemente por el regulador, pueden verse en las convocatorias a recibir comentarios publicadas en www.ferc.gov, organismo federal regulador de la energía en los Estados Unidos.

(81) "González de Delgado y otros v. UNC.", Fallos 323:2659, JA 2003-III, síntesis, esp. ps. 2668 y 2667.

(82) "Prodelco v. PEN.", Fallos 321:1252, JA 2001-II, síntesis, esp. consids. 14 y 16.

(83) Antiguo art. 190; se consulta "Tratado de Amsterdam y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea", 1998, Ed. Civitas, Madrid, p. 350.

(84) Tribunal Europeo de Primera Instancia o CFI., caso T-166/94, "Koyo Seiko v. Council", 1995, ECR II-2129, párr. 105°; caso T-46/92, "Scottish Football Association v. Commission", 1994, ECR II-1039, párr. 20°; caso T266/94, "Foreningen af Jemskibs-og Makinbyggerier i Danmark and Others v. Commission", 1996, ECR II-1399, párr. 239°, entre otros; conf. Nehl, Hanns P., "Principles of administrative procedure in EC law", Hart Publishing, 1999, Oxford, p. 123.

(85) Nehl, "Principles..." cit., p. 123.

las razones" adquieren mayor relevancia en orden a la compensación de la falta de tutela efectiva de los derechos e intereses individuales; ello, en un marco interpretativo que excluye consideraciones de un pretendido requisito de "diálogo democrático" o de obtención de "transparencia externa", para concentrarse en la aludida tutela o protección (86). En síntesis, a menor participación, mayor deber de expresar las razones. Ello no aparece sino como manifestación de la presunción de legitimidad democrática a la cual nos referimos en la secc. III de este trabajo.

Sin embargo, de acuerdo con los precedentes mencionados en el subtítulo anterior, la solución inferible en nuestro país sería diversa, desalentándose la exención de motivación cuando medió participación previa. Similar solución se advierte en el ordenamiento norteamericano en punto a la aplicación de la doctrina del fallo "Vermont Yankee" antes mencionado (87), ya que el organismo, no obstante la participación previa, se halla obligado a fundar o motivar la respectiva decisión, respondiendo a las cuestiones relevantes propuestas en esa etapa previa (88).

(iii) *Cuestiones de representación y de oportunidad:* Desde la óptica de la doctrina británica, en especial en el ámbito regulatorio, se han destacado diversos problemas conceptuales y prácticos generados por el desarrollo de las consultas a los usuarios que no deben ser subestimados (89). Algunos de esos planteos aparecen, también, reproducidos en nuestro país, propiciándose las correspondientes decisiones judiciales, y a ellos nos referiremos a continuación:

En primer lugar, puede considerarse la cuestión de la denominada participación despereja (90). Encuadraría en este supuesto la posibilidad de que, en la etapa participativa, una asociación represente a cierto universo de usuarios que no sea numéricamente representativo de la mayoría, institución que podría eventualmente presentarse en sede judicial si la medida general eventualmente fuera adversa a los intereses de sus representados.

Si se entiende que la participación en sede administrativa se da con un carácter de igualdad entre "usuarios, consumidores y asociaciones que los nuclean" (91), y si se admite que la regulación de un procedimiento previo al dictado de actos de alcance general que contemple la participación ciudadana es "altamente beneficiosa, en orden a conseguir una mayor eficacia en la acción de los órganos administrativos y en punto a lograr un máximo grado de acierto en la decisión" (92), la influencia del fundamento de obtención de legitimidad democrática —que propiciaría un escrutinio velado a efectos de la revisión judicial de una medida que ya goza, *prima facie*, de legitimidad— se vería desplazada una vez acreditada la previa participación despereja en los términos reseñados.

En forma conexas al supuesto mencionado, también puede ponderarse el supuesto de autoadjudicación de representación exclusiva. En efecto, puede darse el caso de que una agrupación se autoadjudique, expresa o implícitamente, la representación exclusiva de un sector (93) cuando el sector que estará afectado por la medida se halla, en los hechos, conformado por dos o más subsectores con intereses diferentes o contrapuestos; y que aquella esgrima una pretensión en sede judicial. Como es previsible, este supuesto podrá originarse cuando la medida impacte de diversa manera en distintas categorías de usuarios por razones del servicio de que se trata (el ejemplo histórico es el aludido en "Prodelco" sobre rebalanceo telefónico [94]), o por meras razones procedimentales (el ente adopta la participación por documento en consulta en vez de audiencia pública y se forman, en consecuencia, dos categorías de participantes: los que acatan el documento en consulta y los que insisten en que se llame a audiencia). En cualquiera de los dos casos debe considerarse el supuesto de que, en los hechos, sólo uno de los subsectores concurra a sede judicial a obtener tutela, y cómo se pondera ello en la labor de revisión judicial.

La doctrina británica se ha detenido sobre el punto (95), como así también la doctrina nacional. García Pullés analiza los casos que involucran a titulares de intereses

(86) Nehl, "Principles..." cit., p. 124.

(87) Véase nota 17.

(88) 5 USC. parág. 557 (c.3).

(89) Craig, "Administrative..." cit., p. 397.

(90) En igual sentido, Noll, Roger, "The economics and politics of the slowdown in the regulatory reform", 1999, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington DC., p. 26.

(91) Conf. "Youssefián" cit., nota 4.

(92) Conf. "Youssefián" cit., nota 4.

(93) Craig, "Administrative..." cit., ps. 35 y 381. Acerca de las diversas clases de "capturas" véase Fonrouge, Máximo, "Las audiencias públicas", en "Procedimiento administrativo", 1998, Ed. Ciencias de la Administración, p. 312 y ss., esp. p. 314.

(94) Este caso es estudiado por García Pullés, Fernando, "Tratado de lo contencioso administrativo", t. 2, 2004, Ed. Hammurabi, ps. 586/594. La cuestión también se halla implícita en los agravios del defensor del pueblo reseñados en el cap. II del dictamen de la Procuración General cit. en nota 104.

(95) Graham, Cosmo, "Regulating public utilities. A Constitutional approach", 2000, Hart Publishing, Oxford, p. 97.

contrapuestos sobre una misma cuestión, destacando el caso del rebalanceo telefónico como el más significativo (96). La jurisprudencia ha analizado este supuesto en el caso "Asociación Civil Cruzada Cívica" (97), estudiando la actuación de los demás participantes en sede administrativa. Allí la asociación actora se presentaba en sede judicial impugnando la técnica de documento en consulta empleada en sustitución del procedimiento de audiencia pública. En un pragmático e inteligente voto el magistrado preopinante, Dr. Coviello, consideró específicamente que resultaba llamativo "que las otras asociaciones y entidades interesadas en la materia y a quienes se comunicaron las resoluciones mencionadas, incluido el defensor del pueblo, no hayan impugnado el procedimiento". De allí se infiere que existían, al menos, dos grupos de representaciones: los que estaban de acuerdo con la medida y los que no lo estaban, los cuales, a su vez, concurrieron a sede judicial apareciendo como únicos interesados en imponer la técnica de audiencia pública.

También, en forma conexas con las dos hipótesis reseñadas, puede hacerse hincapié en el evento de dominación, el que se verifica cuando grupos particulares se adueñan del procedimiento participativo, capturando la voluntad de los participantes, lo cual depara que el acto de alcance general que eventualmente se dicte será, en punto al objetivo legitimante democráticamente, disvalioso en extremo. De concretarse tal irregularidad, se otorga legitimidad a una decisión que no la merece (98). En nuestro país tanto Cassagne como Sarmiento García (99) han puntualizado la gravedad de que "se infiltren otros intereses ajenos a los protagonistas de la regulación económica" en la etapa participativa, escena ante la cual se torna más eficaz, conforme a la opinión citada en primer término, la implementación de mecanismos de consulta periódica. Si se entiende que los derechos de participación—en audiencia pública o en otro procedimiento participativo—requieren ser ejercitados con suficiente igualdad de oportunidad (100) por parte de los concurrentes, la desigualdad que esta causal acarrea viene a obliterar—es claro—la fundamentación de legitimidad democrática de la medida, que sólo en el plano formal

aparecería como dotada de racionalidad discursiva democrática (101).

En segundo lugar, puede operarse en la etapa participativa una convalidación previa del acto de alcance general emitido con participación previa, ya sea por parte de otro de los participantes, o por parte de quien busca obtener tutela judicial.

La hipótesis de convalidación por otros participantes emerge del precedente de la sala 1ª de la C. Nac. Cont. Adm. Fed. al que ya nos referimos (102). En él se consideró, específicamente, que resultaba destacable "que la propia actora haya dado cuenta en su demanda (...) que algunas de [las asociaciones] hayan presentado sus informes, con lo cual, desde mi punto de vista, se confirma lo opinable de la materia como para habilitar sencillamente el dictado de una medida cautelar sustentada en un criterio interpretativo como el pretendido por la actora" en pos del rechazo de la técnica de documento en consulta perseguido. En tales circunstancias, la intromisión judicial favorable a la pretensión hubiera deparado alterar—a favor de un solo participante—el procedimiento participativo ya consentido por los restantes.

La restante hipótesis—convalidación por quien impugna judicialmente—puede verse un precedente de la sala 3ª del fuero (103) en el cual se consideró en forma expresa no sólo el extremo de que la resolución impugnada por la asociación había sido aplicada a lo largo de seis años, sino también—y tal como alegaba el ente regulador con el cual se había integrado la litis—que el planteo de la asociación actora no develaba buena fe; en el caso se hizo especial hincapié en que la asociación impugnante había participado "en el procedimiento previo al dictado de la resolución que reproducía la resolución impugnada en autos, sin oponerse a ella", esto es, sin oponerse a lo que resolvía.

Por último, en el momento de la revisión judicial puede verificarse el supuesto de inoficiosidad del pronunciamiento en razón del derrotero en que quedara encauzado el tema a decidir. Este supuesto ha sido analizado

(96) Véase nota 94.

(97) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, causa 25466/01, "Asociación Civil Cruzada Cívica para la DECUSP. - INC. MED. v. Estado Nacional - Ministerio de Infraestructura y Vivienda- resolución 65/2001", del 16/5/2002, JA 2002-III-403.

(98) Dowd, Kevin, "Participation in civil society", en Campbell, David y Douglas Lewis, N., "Promoting participation: law or politics?", 1999, Cavendish, Londres, p. 31 y ss., esp. p. 40.

(99) Sarmiento García, Jorge H., "Concesión de servicios públicos", 1999, p. 289.

(100) Se ha afirmado que una democracia sólo es posible si, entre otros, los derechos políticos son ejercitados con suficiente igualdad de oportunidad (Alexy, Robert, "Teoría del discurso y derechos humanos", 1995, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 130).

(101) Ampliar en Stewart, Richard B., "Vermont yankee and the evolution of administrative procedure", *Harvard Law Review* n. 91, junio de 1978, p. 1805.

(102) Cit. en nota 102.

(103) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, causa 13153/01, "Cruzada Cívica", del 21/10/2003.

por la Corte Suprema en el fallo dictado en la causa "Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional -PEN.- decretos 149/1997 y 1167/1997 s/proceso de conocimiento" (104). En lo que interesa, el dictamen del procurador general señaló que el planteo de fondo había pasado a estar comprendido en la renegociación de la ley 25561, y sujeto a la convocatoria a procedimiento de documento de consulta en ella comprendido. Por ello entendió que resultaba inoficioso un pronunciamiento del alto tribunal, toda vez que las objeciones del actor "podrían encontrar respuesta" mediante el procedimiento participativo reglado en el reglamento aplicable (105).

VI. CONCLUSIONES

De acuerdo con el desarrollo efectuado, los lineamientos aplicables a la revisión judicial serían los siguientes:

Existe en el derecho comparado un amplio abanico de técnicas que, mediante norma expresa, posibilitan la participación de los usuarios, de las asociaciones de usuarios o demás representantes colectivos en el procedimiento previo al dictado de un acto de alcance general; mas también se prevén causales para evadir aquel recaudo (secc. II).

El déficit democrático -fundamento del derecho comparado- basta para justificar la necesidad de participación, sin perjuicio de las excepciones existentes (secc. III). Empero, desde la perspectiva constitucional, ni la jurisprudencia norteamericana ni la británica reconocen un derecho a la participación, por lo que existe un natural apego a la exigencia de norma previa que establezca el procedimiento participativo (secc. IV).

En nuestro país, si bien la jurisprudencia de los tribunales inferiores interpreta el carácter mandatorio de la participación previa cuando se halla en debate la extensión de una licencia en condiciones de monopolio,

también exige el recaudo de norma específica previa que consagre la consulta pública (secc V.a); postura también propiciada por la doctrina (106).

La sana iniciativa contenida en el decreto 1172/2003 brinda espacio para que, con discrecionalidad técnica, los organismos en cuyo seno se produce la etapa participativa efectúen las adaptaciones tendientes al eficaz y eficiente cumplimiento de dicha etapa (secc. V.b).

La jurisprudencia devela en materia de revisión judicial que:

La regla del apagado control judicial si medió participación en la elaboración del acto de alcance general sólo surge implícitamente e interactúa con los recaudos de verificación de la regularidad procedimental y de motivación (secc. V.c.i), por lo que, en principio, se descarta la posibilidad de sustitución de la etapa participativa por la motivación (secc. V.c.ii).

Se han producido, en las diversas instancias, resoluciones y sentencias que analizan cuestiones de representación y de oportunidad de la intervención judicial. Así, la experiencia jurisprudencial echa luz sobre hipótesis de implícita representación exclusiva a la luz de la conducta no impugnatoria de las otras asociaciones y entidades interesadas; de convalidación de la norma impugnada por parte de los otros participantes o por parte del impugnante, incluso a la luz del principio de la buena fe; y de inoficiosidad del pronunciamiento si las objeciones del impugnante encontrarán respuesta en un cauce participativo (secc. V.c.iii).

A modo de conclusión, con la participación previa al dictado de actos de alcance general nos hallamos ante un tópico ya familiar, integrante de la diaria vida cívica, que nos deja el ejemplo del accionar de una "buena Administración" y que continúa siendo analizado por la jurisprudencia ante nuevos planteos.

(104) D.492 XXXVII, "Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional -PEN.- decretos 149/1997 y 1167/1997 s/proceso de conocimiento", del 11/5/2004.

(105) Ídem nota 104, dictamen de la Procuración General, cap. III. Si bien hubo unanimidad de los miembros del alto tribunal en punto a la inadmisibilidad del recurso extraordinario del actor, las consideraciones de dicho cap. III fueron acogidas sólo en el voto del Dr. Maqueda.

(106) Cassagne, "El contrato administrativo..." cit.