



EL DERECHO

e Doctrina y Jurisprudencia

Décano Fac. de Derecho
Gabriel F. Limodio
Consejo de Redacción:
José María Medrano
Fernando M. Bosch
Guillermo Yacobucci
Julio Conte-Grand

El régimen sancionatorio en el servicio público de agua potable y saneamiento

por MARTÍN BOSCH (h.)

Sumario: I. OBJETO DEL PRESENTE TRABAJO. – II. LA PRIVATIZACIÓN DEL SERVICIO Y LA POSTERIOR RESCISIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. A. EL PROCESO DE PRIVATIZACIÓN Y EL MARCO REGULADOR ANTERIOR. B. EL VIEJO MARCO REGULADOR Y EL RÉGIMEN SANCIONATORIO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. C. LA RESCISIÓN DEL CONTRATO DE ASSA Y LA CREACIÓN DE AYSA. – III. EL NUEVO MARCO REGULADOR. – IV. EL RÉGIMEN SANCIONATORIO Y SU EFECTIVIDAD PARA EL CONTROL DEL SERVICIO. A. EL RÉGIMEN SANCIONATORIO DEL NUEVO MARCO REGULADOR. B. LAS SANCIONES A LA EMPRESA CONCESIONARIA. C. LAS SANCIONES PREVISTAS CONTRA LOS DIRECTIVOS DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA. D. LA NECESIDAD DE QUE MEDIE DOLO O CULPA GRAVE. – V. CONCLUSIONES.

Objeto del presente trabajo

Como es de público conocimiento, a partir del dictado de la Ley de Emergencia 25.561 el régimen de los servicios públicos en nuestro país ha sufrido cambios de importancia, mientras continúa, en aquellos contratos vigentes, la demorada renegociación de los términos contractuales. Particularmente en el caso del servicio de agua potable y saneamiento en el Área Metropolitana de Buenos Aires, objeto del presente trabajo, el cambio operado significó directamente un categórico giro en el modelo de regulación, pues quien presta actualmente el servicio ya no es una empresa privatizada sino el mismo Estado a través de una sociedad anónima. Ahora el Estado actúa como prestador, concedente, regulador y controlante del servicio.

En los últimos años, la intensificación de la intervención del Estado en el ámbito de los servicios públicos ha importado básicamente lo contrario al cambio que Comadira⁽¹⁾ describiera como la moderna tendencia de transformación de las estructuras estatales a través de políticas como la privatización de empresas públicas, la desregulación y la centralización. Este impulso en la intervención estatal en la regulación económica se vio manifestado tanto en la rescisión de contratos de concesión (Correo Argentino S.A., Transportes Metropolitanos General San Martín S.A., Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A.), como en la creación de nuevas sociedades anónimas total o parcialmente del Estado como Energía Argentina S.A. (ENAR-

SA), Correo Oficial de la República Argentina S.A. (CORASA) y Líneas Aéreas Federales S.A. (LAFSA)⁽²⁾.

Si bien parecería que existe por parte del gobierno un cambio de política o de concepción respecto de los servicios públicos y su regulación, una contrarreforma⁽³⁾, dudamos de que la misma tenga como causa un replanteo de los cometidos estatales como consecuencia de una reflexión crítica de la comunidad sobre sus propias expectativas y de las que ella alienta acerca del Estado⁽⁴⁾.

En el caso del servicio público de agua y saneamiento, la alteración fue —como dijimos— mucho más profunda pues el Estado optó, directamente, por cambiar de modelo de regulación.

Luego de unos breves comentarios en relación con el nuevo marco regulatorio aprobado por la ley 26.221, analizaremos en el presente trabajo el régimen sancionatorio del servicio y su idoneidad o eficacia como incentivo para la mejor prestación del mismo por parte de la concesionaria.

II La privatización del servicio y la posterior rescisión del contrato de concesión

a. El proceso de privatización⁽⁵⁾ y el marco regulatorio anterior

El servicio de agua potable y desagües cloacales, hasta su privatización, se encontraba a cargo de Obras Sanitarias de la Nación (OSN)⁽⁶⁾. La regulación del sector era dictada por la autoridad central, quien también elaboraba

(2) CASSAGNE menciona como causas de la utilización de la empresa pública por el Estado a, entre otras, el ensanche de las funciones del Estado, la necesidad de suplir la insuficiencia de la participación privada en algunos sectores básicos o estratégicos y causas políticas como el predominio de un sector sindical o político determinado, intereses económicos, etc. (CASSAGNE, JUAN C., *Reflexiones sobre los contratos de las empresas públicas*, El Derecho, Suplemento Administrativo del 6-8-07).

(3) Se ha dicho que la actual Administración no parece querer rescatar las reformas de la década del 90 (corrigiéndolas y adaptándolas al nuevo contexto económico y social) sino directamente revertirlas por medio de una contrarreforma (URBIZONDO, SANTIAGO, *Servicios públicos. ¿Hacia dónde estamos yendo?*, LexisNexis n° 0003/013209).

(4) COMADIRA, JULIO R., *Reflexiones sobre...*, cit.

(5) Un informe sobre la historia del sector puede encontrarse en el suplemento *Gestión Metropolitana de agua y saneamiento OSN/AASA*, que integra la revista *La Gran Ciudad*, publicada por la Fundación Metropolitana en octubre de 2005.

(6) Creada por ley 20.324, OSN era la continuadora de la anterior Administración General de Obras Sanitarias de la Nación creada por la ley 13.577.

el diseño tarifario y la planificación de la expansión del servicio⁽⁷⁾.

Si bien a partir de 1980 se realizaron modificaciones significativas en el sector —como la transferencia a las provincias del servicio prestado por OSN, quedando a cargo de ésta la prestación en Capital Federal y varios distritos del Gran Buenos Aires—, el cambio sustancial se produjo recién con el dictado de la ley 23.696 de Reforma del Estado, que declaró a la empresa “sujeta a privatización”. El factor determinante para la privatización fue el grave deterioro del sistema operado por la empresa estatal⁽⁸⁾.

En pleno proceso de privatización se constituyó el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), entidad autárquica que ejercería el poder de policía sobre la prestación del servicio⁽⁹⁾, y se aprobó el marco regulatorio⁽¹⁰⁾ que definió al servicio como la captación y potabilización, transporte, distribución y comercialización de agua potable; la colección, tratamiento, disposición y comercialización de desagües cloacales, incluyéndose también los efluentes industriales cuyo vuelco fuera permitido por el régimen vigente⁽¹¹⁾. El ámbito de aplicación territorial fue definido como el de la Capital Federal y catorce partidos de la Provincia de Buenos Aires, ampliándose luego a diecisiete⁽¹²⁾.

Este proceso finalizó con la adjudicación del servicio al consorcio Aguas Argentinas S.A. (en adelante, AASA) y

(7) FIEL, *La regulación de la competencia y de los servicios públicos. Teoría y experiencia argentina reciente*, Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, Buenos Aires, 1999, pág. 535.

(8) En la reseña histórica de OSN —que surge del sitio del Ministerio de Economía y Producción— se expresa que en la década del 80 se mantuvo la “despriorización” de las tarifas y de la inversión en la infraestructura, sin que se detuviera la incorporación de usuarios al sistema, lo que llevó al servicio al borde del colapso y a que la brecha entre la demanda y la oferta fuera cada vez más pronunciada. Se ha dicho, también, que durante aquella década las necesidades de expansión no se detuvieron, produciéndose un desfase creciente entre oferta y demanda y la sobreutilización de la capacidad existente de infraestructura de acueductos (ABDALA, MANUEL A. y SPILLER, PABLO T., *Instituciones, contratos y regulación en Argentina*, Buenos Aires, Temas Grupo Editorial S.R.L., 1999, pág. 79). Puede verse, además, FIEL, *La regulación...*, cit., pág. 535 y siga.

(9) Este ente, previsto en la ley 23.696, fue creado mediante el convenio suscripto entre los representantes de OSN, la provincia de Buenos Aires y la municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires en 1992. Si bien las funciones y deberes del organismo eran sustancialmente semejantes a las de otros entes reguladores como el ENARGAS y el ENRE, a diferencia de éstos, el ETOSS era un ente tripartito, su directorio estaba formado por miembros de distintas jurisdicciones y se encontraba excluido del presupuesto nacional, y por todo ello, no se encontraba vinculado al Poder Ejecutivo Nacional por relaciones interadministrativas ni de jerarquía (Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 235:628).

(10) Anexo I del decreto 999/92.

(11) Art. 1° del Anexo I del decreto 999/92.

(12) Originalmente los partidos involucrados eran Almirante Brown, Avellaneda, Esteban Echeverría, La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora, Morón, San Fernando, San Isidro, San Martín, Tres de Febrero, Tigre y Vicente López y Quilmes (este último según el decreto 152/96), agregándose luego los de Ezeiza (partido creado por la ley provincial 11.550), Hurlingham e Ituzaingó (creados por la ley provincial 11.610 sobre el territorio del partido de Morón).

CONTENIDO

DOCTRINA	
El régimen sancionatorio en el servicio público de agua potable y saneamiento, por Martín Bosch (h.)	1
JURISPRUDENCIA	
CIVIL	
Daños y Perjuicios: Concesionaria de autopista: principios básicos de diseño; incumplimiento; responsabilidad; naturaleza; irrelevancia. Costas: Principio objetivo de la derrota: eximentes; no configuración (CNCiv., sala E, julio 17-2007)	6
COMERCIAL	
Moneda: Pesificación: régimen de reprogramación de los depósitos; retiro de fondos; reintegro por la diferencia de cambio; procedencia; reserva; innecesariedad (CNCom., sala C, mayo 9-2008)	7
Embargo: Inmuebles amparados por la ley 22.232: Inembargabilidad; alcances (CNCom., sala D, mayo 30-2008)	8

(1) COMADIRA, JULIO R., *Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS)*, ED, 162-1134.

la aprobación del modelo de contrato que debía suscribirse entre la empresa y el Estado⁽¹³⁾.

b. El viejo marco regulatorio y el régimen sancionatorio del contrato de concesión

Como ya expusieramos, el marco regulatorio fue aprobado por el Poder Ejecutivo Nacional por medio del decreto 999/92. Así, a pesar de que la provisión de agua potable y desagües cloacales son típicos servicios de carácter local (provincial o municipal)⁽¹⁴⁾, debido al *statu quo* existente con anterioridad a la privatización, la normativa inicial fue dictada por el Estado Nacional, encomendándose la regulación y el control al antes mencionado ente tripartito interjurisdiccional⁽¹⁵⁾ que tenía competencia dentro de toda el área regulada y, fuera de ella, donde existieran instalaciones operadas por AASA⁽¹⁶⁾.

En lo que se refiere al tema específico abordado en este trabajo, cabe mencionar que el régimen sancionatorio de la concesión de AASA había sido previsto en el contrato de concesión que dispuso que el concesionario sería pasible de las sanciones de apercibimiento, multas y rescisión contractual, penalidades estas cuya aplicación correspondería al ente regulador (las dos primeras) y al Poder Ejecutivo Nacional (la tercera). El contrato estableció además que: (a) la aplicación de sanciones sería independiente de la obligación del concesionario de reintegrar o compensar las tarifas indebidamente percibidas o de indemnizar los perjuicios ocasionados al Estado, a los usuarios o a los terceros; (b) las infracciones tendrían carácter formal y se configurarían con prescindencia del dolo o culpa del concesionario y de las personas por quienes aquél debiera responder; (c) el acto sancionatorio firme constituiría antecedente a los fines de considerar la reincidencia en una infracción; y (d) que la aplicación de una sanción no eximiría al concesionario de sus obligaciones.

c. La rescisión del contrato de AASA y la creación de AySA

Si bien la prestación del servicio por parte de AASA ha sido muy criticada por varios sectores, creemos que la magnitud del servicio prestado, su complejidad, las inversiones necesarias y los montos involucrados, hacen que la evaluación objetiva del "resultado" de la privatización sea extremadamente complicada. Ello, básicamente, por las enormes complicaciones que provocaba la existencia de gran cantidad de autoridades con injerencia –de distinta intensidad– en el servicio concesionado⁽¹⁷⁾, las falencias

–luego detectadas– en la regulación originaria del servicio⁽¹⁸⁾ y el hecho de que no es posible comparar al concesionario con otros prestadores del mismo servicio⁽¹⁹⁾.

Estas cuestiones, entre muchas otras, provocaron la continua necesidad de modificar las pautas contractuales, lo cual, más allá de la procedencia, razonabilidad y legalidad en cada caso, resultaba razonable pues no puede pretenderse la absoluta rigidez de contratos de largo plazo y de esta magnitud⁽²⁰⁾.

Más allá de estas cuestiones, lo cierto es que, como consecuencia de la crisis de fines de 2001, se sancionó la ley 25.561 que autorizó la renegociación de los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, aunque se dispuso que en ningún caso las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos podían suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones. Desde ese momento las reglas de la concesión y la relación entre las autoridades y el prestador cambiaron profundamente.

A partir del dictado de esa norma y, particularmente, del cambio de gobierno del año 2003, se dio una escalada en las relaciones ya tirantes entre concedente, ente regulador y concesionario, cargada de acusaciones cruzadas entre las partes⁽²¹⁾, que culminó con el dictado del decreto 303/06 por el cual el Estado Nacional rescindió unilateralmente el contrato de concesión por culpa del concesionario.

El decreto menciona, entre las razones que determinaron la rescisión: (a) que la concesionaria priorizó su interés económico proveyendo servicios en áreas rentables de la concesión, dejando a los sectores de la población más humildes desprovistos de agua potable; (b) que existían elevadísimos niveles de nitrato en el agua proveída por la empresa que superaban a los permitidos por las normas; (c) que la empresa no ejecutó con fondos propios la segunda etapa de la obra Acueducto Lanús-Temperley y refuerzo de la estación Lanús; (d) que también incumplió la normativa contractual referida a la presión del agua; (e) que el aumento tarifario del que se benefició desde el inicio de la concesión al 2002, así como la tasa de rentabilidad promedio acumulada que exhibía, descartaban la existencia de obstáculos económicos prohibitivos para la eje-

cución de las obras necesarias y comprometidas, y (f) que la renegociación del contrato no excusaba a la concesionaria de cumplir sus obligaciones⁽²²⁾.

En la misma fecha de la norma rescisoria, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 304/06 (modificado por el decreto 373/06 y posteriormente ratificado por la ley 26.100) por medio del cual se constituyó la sociedad Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA), bajo el régimen de la ley 19.550, con el objeto de prestar el servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales del área atendida anteriormente por AASA. Su capital pertenece en un 90% al Estado Nacional, y el restante 10% a los ex trabajadores de OSN adheridos al Programa de Propiedad Participada. Las acciones propiedad del Estado son intransferibles⁽²³⁾.

En el ínterin entre que AySA se hizo cargo del servicio y se dictó el nuevo marco regulatorio⁽²⁴⁾, se produjo una situación ciertamente confusa, pues no parecía posible ni razonable aplicar el marco regulatorio antiguo y las demás normas emitidas a lo largo de la concesión de AASA –que habían sido pensadas y diseñadas para regir una concesión otorgada a un privado mediante la suscripción del correspondiente contrato– a las nuevas circunstancias, completamente diferentes.

III El nuevo marco regulatorio

Como adelantáramos, el nuevo marco regulatorio aprobado por la ley 26.221 modificó radicalmente la regulación del servicio de agua potable y saneamiento, principalmente, como consecuencia del cambio del papel del Estado que ahora, además de regular y controlar el servicio, lo presta.

Esta norma, en su primer artículo, aprueba el nuevo Convenio Tripartito suscripto entre el MINPLAN, la Provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por el que, en concordancia con lo previsto en los arts. 3°, 4° y 5° de la ley, se dispuso la disolución del ETOSS, la constitución de una nueva entidad autárquica de regulación y control (el Ente Regulador de Agua y Saneamiento, ERAS)⁽²⁵⁾ y de la Agencia de Planificación –también como entidad autárquica– a la que se le encomendó evaluar, estudiar, planificar, proyectar, ejecutar y controlar las inversiones de AySA.

El art. 2° de la norma caracteriza a la provisión de agua potable y colección de desagües cloacales como servicio público, teniéndose a AySA como concesionaria.

Por último, en su art. 6°, la ley aprueba el Marco Regulatorio para la prestación del servicio (art. sexto), que difiere sustancialmente del que regía la concesión de AASA.

Ya el preámbulo comienza haciendo hincapié en la concepción del acceso al agua como un derecho humano⁽²⁶⁾ –cuestión no abordada por el marco anterior– y en dos conceptos que deben ser entendidos, según la norma, en forma complementaria: equidad y eficiencia⁽²⁷⁾.

(22) Si bien el decreto mencionó diversos incumplimientos por parte de AASA, también aclaró que, en definitiva, la rescisión del contrato se fundó en el incumplimiento grave de las normas relativas a la presencia de nitrato en el agua. En relación con los incumplimientos imputados, puede verse BOHOSLAVSKY, JUAN PABLO, *Análisis de la rescisión del contrato de AASA, la creación de AySA y los reclamos pendientes*, La Ley, Suplemento Actualidad del 29-6-06.

(23) Esta cuestión es abordada por VANOSI, quien señala que los títulos siempre se caracterizaron por ser transferibles y que "la pretensión intransferibilidad accionaria vulnera de toda manera la arquitectura legal (societaria) a la que se asigna 'mágica solución' para un tema que resulta contra legem" (VANOSI, JORGE R., *Sociedades del Estado o el gobierno empresarial?*, Lexis 0003/70024556-1). Asimismo, se ha dicho que esta disposición de la norma contradice una norma de orden público como es la Ley de Sociedades, siendo entonces inconstitucional (BOMBELLI BLANES, MARÍA JULIA, *Panorama...*, cit.).

(24) Transcurrió poco menos de un año desde que se rescindió el contrato de AASA en marzo de 2006, hasta que se sancionó la ley 26.221 en marzo de 2007.

(25) La efectiva constitución del ERAS se vio demorada, lo que hizo necesario el dictado, por parte de la Subsecretaría de Recursos Hídricos, de la Resolución N° 16/07 que resolvió que el ente siguiente funcionado hasta que se constituyera el ERAS (diario La Nación del 14-5-07, *Reflejo en el disuelto ente de control del servicio de agua*). Es decir, se volvió a poner en funciones al ETOSS por medio de una resolución cuando el ente había sido disuelto por ley del Congreso Nacional.

(26) El decreto 303/06 ya explicitaba que "el Estado pretende que, sin perjuicio de constituir [el agua] un bien económico, sea valorado y gestionado como lo que es un bien social y cultural, que en clave jurídica se traduce como Derecho Humano". Sobre la cuestión relacionada con el derecho de acceso al agua potable como derecho humano, puede verse CCAYT, sala I, 18-7-07, "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. GCBA s/amparo (art. 14 Ccaba)".

(27) La norma expresa que "el principio de eficiencia debe ser entendido y aplicado de forma complementaria con el principio de equidad, por lo que en ninguna circunstancia los intervinientes podrán utilizar argumentos fundados en la incompatibilidad de ambos principios rectores".

(13) Arts. 1° y 2° del decreto 787/93.

(14) PERRINO, PABLO E., *Distribución de competencias entre el Estado Federal y los municipios para la regulación de los servicios públicos*, Lexis 0027/000066. Según este autor, el servicio de agua y desagües cloacales es un típico servicio de carácter local (provincial o municipal) pero que, en el caso del área metropolitana de la Ciudad de Buenos Aires, se configura un supuesto particular al tratarse de un servicio de carácter regional que abarca más de un ámbito jurisdiccional. Sobre esta cuestión puede verse también BOMBELLI BLANES, MARÍA JULIA, *Panorama actual del servicio sanitario en el área metropolitana y la creación de AySA S.A.*, R.A.P. N° 340.

(15) En relación con la actuación del ETOSS a lo largo de la concesión se ha dicho que en sus primeros años podía apreciarse un "aparente sesgo a favor de la empresa regulada" en el sentido de que las principales medidas regulatorias en ese período sugerían que el regulador había tomado "decisiones favorables a la empresa regulada" (URBIZTONDO, SANTIAGO, ARTANA, DANIEL y NAVAJAS, FERNANDO, *La autonomía de los entes reguladores argentinos: agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones*, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo R-340, 1998). En el mismo sentido, ABDALA y SPILLER sostienen que la falta de autonomía política del ETOSS se vio reflejada en la forma de nombramiento y en el aparente sesgo político de algunas de sus decisiones (ABDALA, MANUEL A. y SPILLER, PABLO T., *Instituciones...*, cit., pág. 92 y sigs.).

En sentido concordante se ha dicho que el ente comenzó a hacer uso de su facultad para multar al concesionario en los últimos años, a partir de 2002, momento en el cual el ETOSS habría comenzado a tener un rol más activo en el control de la concesión (Fundación Metropolitana, *El Estado presente, el Estado ausente... ¿quién es el Estado?*, en La Gran Ciudad, publicada por la Fundación Metropolitana en octubre de 2005, pág. 55 y sigs.). La actuación del ente durante esos primeros años de acuerdo a lo expuesto por estos autores podría encuadrarse en lo que la doctrina ha dado en llamar la "captura" por parte del prestador (sobre este concepto, AGUILAR VALDEZ, OSCAR, *Apuntes sobre el control administrativo de los entes reguladores de servicios públicos*, AA.VV., Control de la Administración Pública, editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2003).

(16) Art. 13 del marco aprobado por el decreto 999/92 y art. 15 del contrato de concesión de AASA.

(17) Al ya descripto carácter interjurisdiccional del ETOSS que implicaba la toma de decisiones por representantes de las tres jurisdicciones que, por obvias razones, podían tener intereses contrapuestos, se sumaban las facultades del Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento (ENOHSA), la Subsecretaría de Recursos Hídricos, el Instituto Nacional del Agua (INA), la ex Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable, y las autoridades provinciales y municipales involucradas.

(18) Se han mencionado, por ejemplo, la falta de un diseño institucional adecuado en el origen, en tanto se fijaron determinadas metas simultáneamente con la determinación de la utilización de medios específicos para llevarlas adelante, lo que hace necesario un mayor control (y necesidad de información) por parte de la autoridad y le resta libertad al concesionario en la toma de decisiones, provocando que la firma no tenga interés en realizar inversiones que reduzcan costos sino sólo las que le obliga el contrato; el régimen de modificación de las tarifas donde, en la práctica, el esquema adoptado resultó ser un híbrido, "un price capping híbrido" (SACRISTÁN, ESTELA, *La experiencia argentina en materia de tarifas reguladas por el sistema Price-Caps*, El Derecho, Suplemento Administrativo, 30-6-03); la falta de equidad y eficiencia del sistema tarifario aplicado durante la concesión en tanto no se cobraba el servicio sobre la base del consumo (FIEL, *La regulación...*, cit., pág. 550 y sigs.). Además, se dijo que la concesión generaba un flujo de caja inferior al previsto en la oferta tomando inviable la ecuación económica financiera del contrato; que existía una grave inconsistencia entre el marco regulatorio y el contrato de concesión, pues mientras según el primero el régimen tarifario debía permitir al prestador obtener ingresos suficientes para garantizar la operatoria normal del servicio si operara eficientemente, del contrato surgía que debían rechazarse aquellas peticiones de modificaciones en costos que surgirían por la diferencia entre el comportamiento real de la demanda y las proyecciones realizadas; la cuestión sobre el disparador del ajuste tarifario con motivo de la discontinuidad de algunas series o índices por parte del INDEC y el alto valor del mismo (7%) (FIEL, *La regulación...*, cit., pág. 555 y sigs.).

(19) En efecto, a diferencia de lo que ocurre en otros sectores (gas y electricidad), la prestación del servicio de agua potable y saneamiento es llevada a cabo por un solo concesionario monopolista, integrado tanto horizontal como verticalmente (FIEL, *La regulación...*, cit., pág. 540), lo que impide comparar entre distintos prestadores de un mismo servicio, más aún en este caso en que no existen prestadores de la misma magnitud en otras provincias.

(20) Lo cierto es que el contrato de concesión fue modificado en 1994, poco después de la toma de posesión, realizándose una revisión extraordinaria que dio lugar a un incremento tarifario a cambio del adelantamiento de metas de expansión y calidad (resolución ETOSS 81/94, FIEL, *La regulación...*, cit., pág. 560. Ver también Informe de la Auditoría General de la Nación del 30-4-97 (www.agn.gov.ar) y documento emitido por el ETOSS, titulado *Evolución de las tarifas de la concesión de Aguas Argentinas S.A.*, publicado en (www.etoss.org.ar). Luego, la concesión sufrió diversas modificaciones con, entre otros, el dictado del decreto 1167/97, el decreto 147/99, las resoluciones de la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable 1103/98, 601/99 y 602/99 (ver Informe de la Auditoría General de la Nación del 10-12-04 publicado en www.agn.gov.ar, el Acta Acuerdo del 9-1-01 (Anexo A de la resolución ETOSS 15/03), el Acta Acuerdo del 11-5-04, etcétera).

(21) A modo de ejemplo pueden verse: *Aguas pidió un subsidio de 100 a 125 millones de pesos*, diario La Nación del 8-7-05, *Aguas se llevó 5000 millones de dólares y no construyó ni dos caños*, diario Clarín del 12-10-05, entre muchas otras.

Pero lo que caracteriza la nueva regulación respecto de la anterior, a nuestro entender, pasa por el hecho de que el servicio se otorgue en concesión a una empresa con participación estatal mayoritaria⁽²⁸⁾. Así, con la nueva regulación se produce una concentración de funciones en el Poder Ejecutivo Nacional, que sumó a sus antiguas funciones de autoridad concedente y de regulación y control del servicio la prestación del mismo por una empresa mayoritariamente de su propiedad.

Además de ello y de la ya mencionada creación de nuevas autoridades (ERAS y APLA), el marco ha sufrido cambios de magnitud en relación con la regulación de los servicios desvinculados (arts. 6° y 19), la participación de los usuarios (art. 54)⁽²⁹⁾, la situación de los inmuebles con deudas⁽³⁰⁾, el régimen y la estructura tarifaria (arts. 70 y siguientes, y Anexo E), el régimen de subsidios (art. 64) y tarifa social (art. 76), la creación de un fondo fiduciario para atender inversiones (art. 87) y de cargos específicos para el desarrollo de las obras de expansión y mejoramiento del servicio (art. 92)⁽³¹⁾, etcétera.

IV El régimen sancionatorio y su efectividad para el control del servicio

a. El régimen sancionatorio del nuevo marco regulatorio

Si bien el nuevo marco regulatorio no establece un régimen sancionatorio acabado de aplicación a la concesión, prevé sus lineamientos generales que, al menos en teoría, deberían ser materia de un posterior desarrollo ya sea en la reglamentación o en el contrato de concesión⁽³²⁾. Pero nada de esto ocurrió hasta ahora de modo que, habiendo transcurrido ya más de un año de la sanción del marco regulatorio, esta materia se rige actualmente por esa norma.

El régimen sancionatorio, contemplado en los arts. 104 a 109 del marco regulatorio, prevé penalidades tanto para la empresa prestadora como para sus integrantes y, específicamente, los miembros del directorio, aunque limita la posibilidad de imponerlas a los casos en que mediere dolo o culpa grave en la conducta que se reprocha o imputa.

Interpretamos que la condición —para la imposición de una sanción— de que mediere dolo o culpa grave es exigible únicamente respecto de las penalidades aplicables a los integrantes de la concesionaria, pues sería absurdo exigir ello como condición para que la autoridad pueda obligar a la empresa a cumplir sus obligaciones, rehacer o deshacer obras mal hechas.

Las sanciones previstas pueden ser aplicadas a la concesionaria por actos que afecten la prestación del servicio y a los integrantes de ésta, por actos que afecten a los usuarios, a terceros, a bienes de la empresa o impliquen el incumplimiento culpable de los planes y metas comprometidos, debiendo los actos administrativos ser dictados por la autoridad correspondiente según el carácter de la infracción, su gravedad, circunstancias y hechos investigados y sus consecuencias.

(28) Ya vimos que esto surgía del art. 2° de la ley 26.221, que caracteriza la prestación como servicio público y expresa que la concesionaria del mismo es la sociedad AySA. Por su parte, los arts. 18 y 19 del marco regulatorio disponen que los servicios a cargo de la concesionaria son otorgados en concesión y el resto del articulado en múltiples ocasiones se refiere a la "concesión", a la "Concesionaria" y al "Contrato de Concesión". Cabe destacar que a la fecha del presente trabajo, el contrato de concesión no ha sido firmado ni aprobado.

(29) La norma crea la Sindicatura de Usuarios en el ámbito del ERAS (que estará conformada por representantes de las Asociaciones de Usuarios) y el Defensor del Usuario, que se selecciona por concurso público, y a quien se encomienda la misión de representar institucionalmente los intereses de los usuarios.

(30) En un cambio lógico —por las características del nuevo prestador— respecto del anterior marco (art. 55, inc. c, decreto 999/92) la nueva regulación declara aplicables los arts. 39 a 42 de la ley de OSN 13.577 (art. 65, inc. c). Estas normas se refieren, básicamente, a la afectación de los inmuebles al pago de la deuda por obras construidas por la concesionaria por cuenta de los propietarios, deudas por servicios, multas y cualquier otra suma, el privilegio que tiene ese crédito (art. 3931, cód. civil) aun respecto de hipotecas posteriores a las construcciones, y la obligación de requerir a la concesionaria un certificado de deuda antes de la escrituración de una transferencia o incorporación de un inmueble al régimen de propiedad horizontal o constitución de derechos reales.

(31) La práctica de recaudar fondos para la ampliación de obras de infraestructura mediante la imposición de cargos específicos, ya había sido puesta en práctica en el sector energético con el dictado de la ley 26.095. Al respecto, puede verse ELIASCHEV, NICOLAS, *Los cargos tarifarios para obras en gas y en electricidad. Una etapa más en una demolición oculta*, Lexis nº 0003/012650.

(32) Excedería el objeto del presente trabajo analizar quién es competente para dictar esa reglamentación y si es posible hacerlo en el mismo contrato de concesión.

Aunque no lo dice claramente, la norma permite extraer que las sanciones a la empresa pueden consistir en "cumplimentar, rehacer o deshacer la construcción o acción que determine la Autoridad de Aplicación, incluyendo el resarcimiento de los perjuicios que haya ocasionado". En cambio, a los integrantes de aquélla que cumplan funciones directivas, gerenciales o de conducción, se los puede sancionar con amonestación, suspensión y remoción (art. 106).

Este régimen, desde nuestro punto de vista, tiene dos falencias fundamentales que conspiran contra el concepto de eficiencia que debe perseguir la prestadora:

i) en primer lugar, puesto que, por un lado, las supuestas sanciones que podrían ser aplicadas a la empresa en realidad no son sanciones en el sentido de penalidad o castigo, sino más bien la posibilidad de exigir el cumplimiento de sus obligaciones y, por el otro, las sanciones establecidas respecto de los directivos podían ser aplicadas aun si no estuvieran previstas en el marco regulatorio y con más efectividad;

ii) en segundo lugar, toda vez que limita la posibilidad de sancionar a aquellos casos en que medie dolo o culpa grave.

Estas falencias traen como lógica consecuencia la pérdida de efectividad de la norma⁽³³⁾, pues no generan en el concesionario incentivos para cumplir con las obligaciones contractuales o legales.

Si bien ya en nuestro país tuvimos experiencias no del todo felices en cuanto a la eficiencia en la prestación directa de servicios públicos por el Estado, habrá que analizar en el futuro qué ocurre en esta nueva oportunidad.

b. Las sanciones a la empresa concesionaria

Como expusimos anteriormente, el nuevo marco regulatorio permite sancionar a AySA obligándola a dar cumplimiento, rehacer o deshacer la construcción o realizar la acción que determine la Autoridad de Aplicación, incluyendo el resarcimiento de los perjuicios que hubiera ocasionado. Dijimos también que, desde nuestro punto de vista, las supuestas sanciones no son en realidad tales, sino más bien la exigencia a la empresa de hacer bien lo que no hizo o hizo mal, y de reparar los daños ocasionados, todas acciones por parte de la concesionaria que las autoridades podían exigir o los terceros reclamar, sin necesidad de que estuvieran contempladas en la norma.

Supuesto entonces que lo que el marco regulatorio trae como sanciones a la empresa concesionaria no lo son estrictamente⁽³⁴⁾, cabe preguntarse aprovechando este punto, entonces, qué clase de sanciones debería prever el marco regulatorio para incentivar al concesionario a cumplir con sus obligaciones o, más precisamente, si es razonable o posible prever sanciones a la empresa. Pero para ello, previamente creemos necesario determinar si las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria —como es AySA— forman parte de la Administración Pública.

Tal como surge del art. 33, inc. 1° del cód. civil, el Estado Nacional, las provincias y los municipios son personas jurídicas de carácter público. Con el objeto de darle a los entes estatales una mayor flexibilidad mediante la aplicación, al menos en parte, de normas del derecho privado, nacieron las sociedades del Estado y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria⁽³⁵⁾. Grandes discusiones se han generado en relación con estas sociedades,

(33) En relación con esto, tiene dicho VON WRIGHT que la autoridad promulga la norma para que el sujeto conozca su voluntad, y que para dar efectividad a su voluntad, la autoridad añade una sanción, o amenaza o castigo a la norma (VON WRIGHT, *Norma y Acción, Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1979, pág. 27). Si la amenaza o castigo no existen, la norma pierde efectividad, y su cumplimiento o incumplimiento dependerá de la voluntad del obligado.

Al respecto, sostiene GARCÍA PULLÉS, con cita de un fallo de la CS (Fallos: 304:1662), que "la eventualidad de una sanción se integra a la norma como un elemento principal, destinado a obtener el respecto de sus imperativos" (GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Garantías constitucionales procesales, procedimiento administrativo y potestad sancionatoria de la administración*, El Derecho, Suplemento Administrativo, del 31-10-07).

(34) En ese sentido, téngase en cuenta que "sanción" significa pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores y que "pena" ha sido definida como castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta (definiciones extraídas del Diccionario de la Real Academia Española). Teniendo en cuenta esto, cabe preguntarse dónde está el castigo para la empresa en tener que construir de nuevo una obra mal hecha, o resarcir los perjuicios provocados.

(35) BALBIN, CARLOS F., *Régimen jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las empresas absorbidas por el Estado*, en obra colectiva "Organización Administrativa, función pública y dominio público", RAP, Buenos Aires, 2005, págs. 625/37.

su calificación como sujetos de derecho público o de derecho privado⁽³⁶⁾, y el régimen jurídico que les es aplicable.

Personalmente, seguimos la tesis expuesta por BIANCHI que sostiene que las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria integran la Administración Pública⁽³⁷⁾, lo que se ve sustentado desde el momento en que estas sociedades forman parte del Sector Público Nacional, definido en el art. 8° de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156⁽³⁸⁾. A ello cabe agregar, en el caso particular de AySA, que el presupuesto de la empresa es aprobado por la Administración Pública⁽³⁹⁾.

Con esta conclusión, y suponiendo por un momento que el marco regulatorio hubiera contemplado sanciones (en el sentido de penalidades, castigos) o que tales penalidades (por ejemplo, multas) sean establecidas en el futuro contrato de concesión, cabe preguntarse si tiene sentido que la Administración Pública sancione a una empresa que le pertenece. Creemos que no.

En el caso de las empresas privadas que tienen a su cargo la prestación de servicios públicos, las sanciones más comunes son las multas y, en última medida, la rescisión con culpa del contrato de concesión. Sin embargo, imponer tales penalidades en el caso que estudiamos no parece adecuado.

En relación con la rescisión contractual, tomando por un momento que existiera un contrato de concesión vigente, entendemos que esa posibilidad es directamente impropia. No parece lógico ni razonable que el mismo Estado concedente y prestador se rescinda el contrato a sí mismo, por sus propios incumplimientos.

La cuestión es un poco más compleja en lo que se refiere a la imposición de multas a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, posibilidad que pensamos no resulta pertinente. En primer lugar, pues contrariaría el principio de unicidad del Estado si éste se sancionara a sí mismo. Y, en segundo lugar, pues aun en el caso de que se le aplicara una multa, el Estado no podría hacerla efectiva sino siguiendo el procedimiento previsto en la Ley de Conflictos Interadministrativos 19.983⁽⁴⁰⁾.

Respecto de la primera cuestión, la Procuración del Tesoro tiene dicho que en la esfera de las relaciones interadministrativas no es procedente la aplicación de multas de carácter penal o administrativo ya que no resulta admisible concebir la existencia de prerrogativas exorbitantes de poder público entre dos personas que integran la Administración Pública Nacional, siendo contrario a la lógica y el buen sentido admitir que el Estado y sus entidades puedan aplicarse recíprocamente sanciones, ya que éste es uno solo y ello implicaría que se aplique sanciones a sí mismo⁽⁴¹⁾. Además, sostuvo que la actividad de la Administración se encuentra siempre enderezada a la satisfacción del bien común, de manera que, por efecto del principio de unidad de acción que guía al Estado, las relaciones que se establecen entre los organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración, razón por la cual en ellas se encuentran, en principio, ausentes los poderes jurídicos exorbitantes, propios en cambio de

(36) En ese sentido, SOMAGLIA, HÉCTOR G., *Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (SAPEM). ¿Personas jurídicas públicas o privadas?*, DJ 2005-1-89. El autor indica que autores como BARRA, BIANCHI y LINARES han calificado a estas sociedades como sujetos de derecho público, mientras que MAIRAL y CASSAGNE las caracterizaron como sujetos de derecho privado. Al respecto puede verse LINARES, JUAN F., *La tutela sobre los entes descentralizados*, LL, 1983-B-982 y CURÁ, JOSÉ MARÍA y BELLO KNOLL, SUSY INÉS, *La sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (su naturaleza jurídica a la luz de un fallo clarificador)*, LL, 1991-A-365, en los que se reflejan las dos posiciones contrapuestas.

(37) Este autor explica que cuando se produce la fusión entre capitales privados y públicos para la formación de sociedades, son los particulares quienes invierten su patrimonio en un sector de la Administración Pública (BIANCHI, ALBERTO, *Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y función administrativa*, ED, 129-267).

(38) Esta norma dice que el Sector Público Nacional está integrado por, entre otras, las empresas y sociedades del Estado que incluyen a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y de economía mixta y aquellas organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Asimismo, la Ley de Creación del Sistema Nacional de Inversiones Públicas 24.354 también menciona a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria como parte del Sector Público Nacional.

(39) Al respecto pueden verse las Resoluciones del Ministerio de Economía y Producción 1006/06, 1065/06 y 462/007 (modificada por la resolución 103/08), mediante las cuales se aprobó el presupuesto de la empresa para el ejercicio de los años 2006, 2007 y 2008.

(40) CNAFC, sala IV, 9-4-02, "Nucleoeléctrica Argentina S.A. c. Resolución 128/2000 ENRE 6507/99".

(41) Dictamen 378 del 11-7-03.

aquellas relaciones que se establecen entre el Estado y los particulares⁽⁴²⁾.

Pero aun si aceptáramos esta posibilidad de imponer sanciones pecuniarias a empresas de la Administración Pública⁽⁴³⁾, creemos que carecería de todo sentido y utilidad el hacerlo, en tanto no serviría como incentivo para que la empresa cumpla con sus obligaciones pues, en definitiva, la empresa en sí no gana ni pierde, no sufre un perjuicio económico.

Por otra parte, tal como adelantamos, en el caso se trataría de la relación entre un organismo de la Administración Pública y una empresa del Estado Nacional, siendo ambas entidades estatales y, por lo tanto, sus vínculos con la administración central u otras entidades descentralizadas se rigen por los principios y normas de las relaciones interadministrativas. En razón de ello, los actos administrativos de ejecución sobre el patrimonio de la sociedad estatal carecerían de ejecutoriedad, pues —de lo contrario— se violarían los principios de colaboración y unidad de acción estatal⁽⁴⁴⁾. En estos casos, donde por lo menos una de las partes en conflicto es una persona jurídica administrativa con personalidad jurídica propia, se desplaza la intervención judicial y la cuestión, o el conflicto interadministrativo que se genera, debe ser dirimida en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional⁽⁴⁵⁾. Se trata, como dijimos, de asegurar la unidad de acción de la Administración Pública, atributo que resulta esencial para el funcionamiento eficaz y eficiente de la misma⁽⁴⁶⁾.

Lo dicho hasta aquí nos lleva a concluir que el régimen sancionatorio previsto por la ley 26.221 para los casos de incumplimientos por parte de AySA, no resulta idóneo para generar un incentivo a la misma para el mejor cumplimiento de sus obligaciones. La cuestión es lógica: a cualquier empresa con fines de lucro —y ante un marco regulatorio con reglas claras, objetivos cumplibles, sanciones que se apliquen y se paguen, tarifas justas y razonables, etc.— le interesará cumplir con sus obligaciones para evitar tener que abonar multas como consecuencia de sus incumplimientos, pues de esa manera, mayores serán sus beneficios y mayores serán las utilidades que los propietarios del capital social reciban; en cambio, para una empresa estatal, que presta un servicio público; que no tiene como objetivo el fin de lucro y cuyos directores son —como veremos a continuación— funcionarios públicos, tal incentivo no existe y, por lo tanto, la empresa no tiene aliciente alguno para cumplir con sus obligaciones contractuales.

c. Las sanciones previstas contra los directivos de la sociedad concesionaria

Previo a todo, es necesario tomar posición en la discusión sobre si los directivos de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria designados por la Administración Pública, son o no funcionarios públicos, lo que determinará la forma de analizar la procedencia o idoneidad de las sanciones previstas en el nuevo marco regulatorio. Nuestra opinión, en el sentido afirmativo, ya fue adelantada.

Es que si la sociedad concesionaria forma parte de la Administración Pública, como sostuvimos, los directivos designados por el Estado deben ser funcionarios públicos. Así lo ha entendido la Procuración del Tesoro de la Nación cuando sostuvo que son funcionarios públicos los directivos o empleados que representan al Estado en las sociedades anónimas con participación estatal y, en suma, todos aquellos que actúen por y para el Estado, "cualquiera sea la entidad total o parcialmente estatal en la que lo hagan y

(42) Dictámenes, 239-62 del 12-10-01. En el mismo sentido, puede verse Dictámenes, 237-476 del 25-6-01, Dictamen 264 del 20-8-02, Dictamen 287 del 27-8-02, y resoluciones PTN n° 74 del 27-8-02 y 123 del 21-11-01.

(43) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la posibilidad de que empresas del Estado sean sancionadas con multas de carácter fiscal (Fallos: 242:489—LexisNexis 6/19386— y Fallos: 275:279—LexisNexis 6/30106).

(44) Conf. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Las relaciones inter-administrativas*, ED, 36-927. Cabe mencionar que el autor menciona un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes, 50-337), contrario a nuestra posición.

(45) Conf. SACRISTÁN, ESTELA B., *Régimen jurídico de las relaciones interorgánicas e interadministrativas. Los conflictos interadministrativos*, en obra colectiva "Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público", Buenos Aires, Rap, 2005, págs. 439/463.

(46) Conf. MURATORIO, JORGE I., *Los conflictos interadministrativos nacionales*, Rev. de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Depalma, mayo-diciembre de 1995, n° 19/26, págs. 461/478. Este autor, citando a la Procuración del Tesoro (Dictámenes, 206-117 y 207-317) señala que dentro del concepto de administración descentralizada a que se refiere la ley 19.983 debe entenderse que se encuentran comprendidas las empresas y sociedades del Estado, aun bajo la forma de sociedad anónima, siempre que se demuestre que la propiedad total o parcial de su capital es del Estado Nacional y que a éste corresponde su gobierno, dirección y control.

el régimen jurídico laboral o contractual que se aplique a su relación con el Estado"⁽⁴⁷⁾.

LINARES⁽⁴⁸⁾ opina en ese sentido y las normas del Código de Ética Pública (aprobado por decreto 41/99) —que, luego de definir a la función pública como la actividad realizada por una persona humana en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, señala que es funcionario público, el funcionario o empleado del Estado o sus entidades, designado para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio de éste— corroboran nuestra posición⁽⁴⁹⁾.

Claro que no podemos dejar de mencionar que influyentes doctrinarios opinan lo contrario⁽⁵⁰⁾.

De cualquier manera creemos que nuestra posición —la de tomar a los directivos de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria como funcionarios públicos— es la que mejor refleja la realidad de lo que ocurre en estas empresas, en las cuales los directivos designados por el Estado actúan de acuerdo a las directivas y finalidades de éste. De hecho, el mismo estatuto de AySA⁽⁵¹⁾, en su art. 38, dispone que en la prestación del servicio público la sociedad deberá actuar conforme a los planes, programas y políticas que imparta la Subsecretaría de Recursos Hídricos, lo cual pareciera que deja poca libertad de acción a sus directivos.

Creemos también que sería hasta injusto caracterizar a estos directivos como directores o administradores de sociedades privadas, pues no es lógico evaluar las conductas de aquéllos sobre la base de los parámetros que se utilizan para hacerlo con las de éstos. MAIRAL nos advierte sobre este problema de la contradicción que genera la existencia de funcionarios públicos al mando de sociedades anónimas⁽⁵²⁾. Para este autor, no es posible, o es sumamente dificultoso cumplir con las responsabilidades del funcionario público y, a la vez, cumplir con las del director de una sociedad anónima, pues ambos se rigen por distintos principios y presupuestos. Es evidente que el director de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria que, además, presta un servicio público, en numerosas ocasiones no puede dar cumplimiento con el estándar del "buen hombre de negocios" que exige el art. 59 de la ley 19.550⁽⁵³⁾ pues, como funcionario público, en muchos casos debe atender necesidades que hasta podrían perjudicar a la sociedad⁽⁵⁴⁾.

(47) PTN, Dictamen del 5-3-01. Cabe mencionar que en dicho dictamen, el Procurador aclaró que anteriormente la Procuración había opinado en forma distinta (hace referencia a Dictámenes 177-56, 185-16, 187-99, entre otros).

(48) LINARES, JUAN F., *El recurso de alzada contra actos de sociedades del Estado y otras*, LL, 1980-A-721. Ver también del mismo autor, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 298. En igual sentido, puede verse ECHEBARRNE BULLRICH, CONRADO, *El Estado empresario*, LL, 1985-C-989, FRANCO, HORACIO, *El derecho administrativo y las sociedades anónimas con simple participación estatal*, LL, 1991-E-1123.

(49) Cabe agregar que el Código de Ética Pública define su ámbito de aplicación como aquel comprendido por la Administración Pública, centralizada y descentralizada y enumera, entre otras, a la sociedad con participación estatal mayoritaria.

(50) En ese sentido, MAIRAL cita una opinión de la Procuración del Tesoro (Dictámenes del 8/3 y 30-10-72) en la que el organismo jurídico consideró que los directivos que representan el capital estatal no están vinculados con la Administración por una relación de empleo público. Más adelante, pero ya refiriéndose a los directores de las sociedades del Estado, el autor expresa que es imposible sostener su carácter de funcionarios públicos pues se rigen por las normas de la ley de sociedades que fija un régimen especial de responsabilidades ajeno a la responsabilidad disciplinaria del derecho administrativo (MAIRAL, HÉCTOR A., *Las sociedades del Estado o los límites del derecho administrativo*, LL, 1981-A-790).

(51) Decreto 304/06, ratificado por la ley 26.100.

(52) MAIRAL, HÉCTOR A., *Las sociedades del Estado...*, cit.

(53) Art. 59 de la ley 19.550. Al respecto se ha dicho que este estándar implica que la omisión de los cuidados propios de un buen hombre de negocios hará responsable al administrador societario por los daños y perjuicios causados, lo que constituye la responsabilidad por la culpa leve in abstracto, y además, responderá por los daños y perjuicios causados por la omisión de los cuidados más elementales, lo que configura la responsabilidad por la culpa grave y por el dolo (ORTAEGUI, JULIO C., *Administración societaria*, Buenos Aires, Ábaco, 1979, pág. 133). La noción del buen hombre de negocios establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad, técnica, experiencia, conocimientos, y para apreciarla, en cada caso, deberá tenerse presente la dimensión de la sociedad, su objeto, las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieren confiado y las circunstancias en que debió actuar, y cómo cumplió su deber (VERÓN, ALBERTO V., *Sociedades Comerciales, ley 19.550 y modificatorias, comentada, anotada y concordada*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1982, pág. 455).

(54) A modo de ejemplo, el art. 8°, inc. a) de la resolución de la Sindicatura General de la Nación 37/06 (sobre Normas Mínimas de Control Interno para el Buen Gobierno Corporativo en Empresas y Sociedades del Estado) dispone que los directores de las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria deben hacer prevalecer, sin excepción, el interés social de la empresa o sociedad en que ejercen su función y el interés común de todos sus socios por sobre cualquier otro interés. Piénsese la situación que enfrenta uno de estos directores, que en numerosas ocasiones puede verse obligado a tomar decisiones que, si bien podrían perjudicar a la sociedad, apuntarían a satisfacer el bien común de la comunidad.

Volviendo al régimen sancionatorio previsto por la ley 26.221, recordamos que la misma menciona como posibles sanciones a los integrantes de la empresa que cumplan funciones directivas, gerenciales o de conducción, la amonestación, la suspensión y la remoción.

A diferencia de lo dicho respecto de las penalidades previstas en relación con la empresa concesionaria, las establecidas respecto de los integrantes de ella son, a nuestro juicio, adecuadas (aunque podrían agregarse otras), pues tienden a generar en el funcionario el deseo de cumplir con las normas por el riesgo personal que implica el no hacerlo, pero al mismo tiempo traen una condición: la necesidad de que exista dolo o culpa grave, que podría ser interpretada como una limitante a la hora de hacer efectivas las responsabilidades.

Sin embargo, nos preguntamos si era necesario que la ley especificara las posibles sanciones que se pueden aplicar a los directivos. Es que consideramos que, por un lado, las sanciones previstas pueden ser directamente aplicadas por el Estado Nacional en su carácter de accionista mayoritario de dicha sociedad y, por el otro, ya existe un régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos en general, que resulta aplicable a los directivos de la sociedad concesionaria:

1. Que el Estado Nacional en su carácter de accionista mayoritario puede remover a los directivos de una sociedad, surge de la misma ley 19.550, que dispone en su art. 234, inc. 2°, que la asamblea ordinaria resuelve la remoción de directores y síndicos. La Ley de Sociedades prevé, además, la posibilidad (no contemplada en el marco regulatorio) de que los directores de la sociedad respondan ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

La diferencia estaría dada por la persona que está legitimada para ejercer tales facultades, pues de acuerdo a la ley societaria, podría hacerlo la asamblea de accionistas, y de acuerdo al art. 105 de la ley 26.221 correspondería al Ente Regulador aplicar amonestaciones, a la Autoridad de Aplicación suspender a los miembros del directorio y al Poder Ejecutivo Nacional si la sanción del hecho investigado pudiera concluir en la remoción.

Pero en cualquiera de los casos siempre será el Estado quien decida la suspensión, remoción o amonestación, ya sea aplicando las normas de la Ley de Sociedades (en cuyo caso el que aplicaría la sanción sería el Estado como accionista) o de conformidad con lo previsto en la ley 26.221 (en cuyo caso, quien aplicaría la sanción sería el Poder Ejecutivo Nacional, la Subsecretaría de Recursos Hídricos del MINPLAN o el ERAS⁽⁵⁵⁾).

2. Por otra parte, creemos que no resultaba necesario que el marco regulatorio previera la posibilidad de sancionar a los directivos de la sociedad nombrados por la Administración Pública, pues a ellos les serían aplicables las normas y principios de la responsabilidad del funcionario público que, incluso, prevén responsabilidades más amplias.

La responsabilidad del funcionario puede ser penal, política, civil y administrativa. Así, mientras existe responsabilidad penal cuando el acto irregular del funcionario constituye un delito previsto y penado por el Código Penal o las leyes especiales, la responsabilidad política se configura cuando está en juego el interés general de la sociedad lesionado por la conducta de los funcionarios y la civil cuando el acto irregular del agente causa un daño a la Administración Pública o a terceros⁽⁵⁶⁾.

La responsabilidad administrativa, por su parte, tiene por objeto sancionar conductas que lesionan el buen funcionamiento de la Administración Pública y se origina por la inobservancia de los deberes inherentes a la calidad de agente público, haciéndose efectiva a través de la potestad disciplinaria de la Administración⁽⁵⁷⁾. Esta responsabilidad se presenta ante una falta de servicio cometida por el agente en trasgresión a las reglas de la función pública⁽⁵⁸⁾.

(55) Ciertamente es que el ente regulador no forma parte de la Administración Pública centralizada, pues se trata de una entidad autárquica, pero a los efectos de nuestro trabajo, forma parte del Estado en sentido amplio.

(56) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. III-B, pág. 375.

(57) Ídem. Este autor señala que responsabilidad administrativa y responsabilidad disciplinaria son sinónimos. En sentido concordante, CASSAGNE, JUAN C., *La responsabilidad de los funcionarios públicos*, LL, 1989-C-982.

(58) IVANEGA, MIRIAM M., *La responsabilidad administrativa-patrimonial de los funcionarios públicos: filosofía, realidad y perspectivas de un tema actual*, RAP n° 211, págs. 3-33, en particular pág. 14.

Cabe mencionar, sin embargo, que la cuestión sobre el concepto de la responsabilidad administrativa no es uniforme, y parte de la doctrina la menciona como un instituto distinto del de la responsabilidad disciplinaria, circunscribiéndola a la responsabilidad patrimonial que tiene su origen en daños que se ocasionen en una relación de empleo público o asimilable a ella, que vincule o haya vinculado a una persona con la Administración Pública⁽⁵⁹⁾.

En atención al objeto del presente trabajo, sólo tomaremos en consideración la responsabilidad de los funcionarios públicos en la faz administrativa, tanto en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial del agente público con respecto a los daños que provoque al ente estatal por su irregular desempeño de las funciones (responsabilidad administrativa patrimonial) como a las facultades disciplinarias de la Administración (responsabilidad administrativa disciplinaria)⁽⁶⁰⁾.

a. Respecto de la primera, que ha sido definida como aquella que se origina cuando un funcionario público a través de hechos, actos u omisiones ocasiona un perjuicio fiscal⁽⁶¹⁾, el art. 130 de la Ley de Administración Financiera 24.156 establece que "toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial". Dentro de las entidades sujetas a la competencia de la mencionada Auditoría se encuentran las sociedades y empresas del Estado⁽⁶²⁾.

La norma mantiene el principio general de la responsabilidad patrimonial existente en la antigua Ley de Contabilidad (decreto-ley 23.354/56) y el criterio de la responsabilidad subjetiva (ya que exige la existencia de dolo, culpa o negligencia del agente), pero no limita su aplicación —como aquella vieja norma— a los agentes que reciban un estipendio en función de un servicio —lo cual dejaba de lado a los servicios no remunerados en cuanto a la responsabilidad— sino que comprende a toda persona física que desempeñe tareas en el ámbito de la competencia de la Auditoría General de la Nación⁽⁶³⁾.

Esta clase de responsabilidad administrativa patrimonial difiere de la responsabilidad "civil"⁽⁶⁴⁾ básicamente en el hecho de que el perjudicado por la acción u omisión del funcionario es el Estado directamente, pero además, en que la responsabilidad civil, a diferencia de la administrativa patrimonial, no se origina en una relación de empleo público sino que tiene el carácter de aquiliana, se rige por las normas del Código Civil⁽⁶⁵⁾.

De lo dicho hasta aquí podemos concluir que la ley 24.156 ya contempla los casos en que el funcionario públi-

co debe responder por daños a la Administración. Si bien el nuevo marco regulatorio del servicio público de agua y saneamiento no dice nada al respecto, creemos que tampoco era necesario que lo hiciera.

Si cabe preguntarse, en cambio, si modifica en algo el hecho de que la ley 24.156 se diferencia del marco regulatorio en cuanto a que a los efectos de establecer la responsabilidad del funcionario, la primera exige que exista dolo, culpa o negligencia, mientras el segundo restringe la responsabilidad a los casos de dolo o culpa grave. ¿Esto significa que los funcionarios públicos directivos de la sociedad anónima AySA se encuentran en una situación distinta —más beneficiosa, por cierto— que el resto de los funcionarios públicos? Consideramos que no, pues en nuestra opinión el art. 104 del marco regulatorio hace referencia a las sanciones previstas en los arts. 105 y 106, es decir, a las de amonestación, suspensión y remoción (supuestos de responsabilidad administrativa disciplinaria, según la división que hemos tomado de otros autores).

b. La responsabilidad disciplinaria ha sido definida como el sistema de consecuencias jurídicas de índole sancionatorio represivo que, aplicable por la propia Administración Pública en ejercicio de poderes inherentes, el ordenamiento jurídico imputa, en el plano de la relación de función o empleo público, a las conductas de agentes o ex agentes estatales violatorias de deberes o prohibiciones exigibles, o impuestos, respectivamente, por las normas reguladoras de aquella relación con el fin de asegurar, con inmediatez, el adecuado funcionamiento de la Administración Pública⁽⁶⁶⁾.

El nuevo marco regulatorio prevé, entonces, casos de responsabilidad administrativa disciplinaria mencionando como posibles sanciones a imponer a los directivos de AySA las de amonestación, suspensión y remoción. Según lo que venimos sosteniendo, no resultaba necesario que la norma estableciera la posibilidad de imponer esas sanciones, pues la misma existe en cabeza de la Administración aun si el marco no lo hubiera establecido.

En efecto, la posibilidad de aplicar ciertas sanciones disciplinarias (como apercibimiento, llamado de atención, suspensión) existe en cabeza de la Administración aun sin norma anterior que las contenga y autorice expresamente, pues su admisión se encuentra implícita en la relación de empleo público⁽⁶⁷⁾. Y la atribución de remover a los agentes surge de la misma Constitución Nacional (art. 99, inc. 7°), aunque tal facultad se vea limitada por la garantía de estabilidad que surge del art. 14 bis de la Carta Magna. Es que teniendo en cuenta que la Administración Pública es la organización a través de la cual el Estado procura satisfacer el bien común, hace a su esencia misma, en tanto que organización, el poder disciplinario, y privarla del mismo sería negar su calidad de organización⁽⁶⁸⁾.

El nuevo marco regulatorio es, entonces, sobreabundante. Pero además, genera interrogantes como, por ejemplo, si la enumeración de las tres posibles sanciones (remoción, suspensión, apercibimiento) es taxativa e implica una limitación para el poder público en cuanto a las penalidades que puede imponer a estos funcionarios o si, de acuerdo al régimen general que rige la responsabilidad del funcionario público, la autoridad administrativa puede imponer las sanciones expresamente previstas en la norma y cualquier otra aplicable al resto de los funcionarios públicos. Parte de la doctrina se inclina por la primera alternativa⁽⁶⁹⁾.

d. La necesidad de que medie dolo o culpa grave

Es también criticable la restricción que surge del art. 104 del nuevo marco regulatorio en cuanto exige como condición para imponer sanciones que medie dolo o culpa grave en la conducta que se reprocha o imputa como generadora de un acto u omisión que se califica como incumplimiento de obligaciones específicas relacionadas con los servicios de agua potable y/o saneamiento.

Esta disposición trae aparejados, por lo menos, tres inconvenientes. El primero, referido a si el dolo o culpa grave es exigible respecto de la actuación de la concesionaria. Ya opinamos en sentido negativo.

(66) COMADIRA, JULIO R., *La responsabilidad disciplinaria del funcionario público*, en Jornadas organizadas por la Universidad Austral en junio del año 2000, Ciencias de la Administración, 2001, pág. 589 y sigs.

(67) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, cit., t. III-B, pág. 412.

(68) GOANE, RENÉ M., *El poder disciplinario de la Administración Pública (Algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional)*, en "Derecho Administrativo", obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, págs. 1017 y 1018.

(69) En ese sentido, COMADIRA, JULIO R., *La responsabilidad disciplinaria...*, cit., (en especial pág. 595) y MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, cit., t. III-B, pág. 423.

En segundo lugar, cabe atender a la dificultad de conceptualizar la noción, el significado, de culpa grave. Si bien este concepto, que no se encuentra previsto en nuestro Código Civil, es mencionado en normas como la Ley de Seguros 17.418 (art. 70)⁽⁷⁰⁾ y la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (art. 274), lo cierto es que no existe uniformidad en cuanto a su significado. La doctrina ha dicho que —según el derecho romano— un deudor incurría en culpa grave cuando no cumplía la obligación por haber omitido los cuidados más elementales que quien quiera hubiera practicado por descuido que fuese⁽⁷¹⁾; No obstante que el Código Civil, siguiendo al derecho moderno, adoptó lo que se ha llamado la individualización de la culpa, según la cual no cabe encausar la conducta en dos o tres moldes prefijados⁽⁷²⁾ sino que pueden existir innumerables "culpas" de distinta intensidad dependiendo de cada caso en particular, la teoría de la clasificación de las culpas no ha logrado extirparse totalmente, ya que, en la realidad, nunca podrá prescindirse completamente de la consideración de su mayor o menor gravedad para imputar o no responsabilidad o para imputarle efectos más o menos gravosos, y cuando las leyes no lo hacen, lo hace sutilmente la jurisprudencia⁽⁷³⁾.

El tercer inconveniente que encontramos radica en la dificultad de demostrar, de probar, la existencia de dolo o culpa grave en cada caso, en cada acción u omisión de los directivos.

Teniendo en cuenta estas dificultades, entendemos que la norma comentada, en cuanto establece que para que los directivos puedan ser sancionados debe existir culpa grave o dolo, se aparta de lo que es común en los servicios públicos (la responsabilidad objetiva) y limita fuertemente la aplicación del régimen sancionatorio.

V Conclusiones

Vimos a lo largo del presente, que el caso del servicio público del agua y saneamiento podría ser considerado paradigmático, pues el nuevo marco regulatorio ha venido a modificar sustancial y novedosamente las bases de su regulación económica. Estos profundos cambios se imponían por el hecho de que el prestador del servicio público volvía a ser el mismo Estado, aunque ahora a través de una sociedad anónima.

Si bien este nuevo marco regulatorio prevé un régimen sancionatorio aplicable tanto a la empresa concesionaria como a sus directivos, en nuestra opinión: (a) las sanciones establecidas respecto de la concesionaria no son tales; no pueden ser consideradas como castigos, sino más bien como la posibilidad que tiene el poder público de hacer cumplir las normas vigentes; (b) no hubiera sido congruente disponer la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias a la concesionaria, pues implicaría aceptar que el Estado se sancione a sí mismo; (c) no resultaba necesario que el marco regulatorio estableciera sanciones para aplicar a los directivos de la sociedad designados por la Administración Pública pues, en tanto éstos son funcionarios públicos, se les aplica el mismo régimen de responsabilidad administrativa que a cualquier otro funcionario público; (d) además, también la ley de sociedades prevé sanciones y responsabilidades respecto de los directivos; y e) la inclusión de sanciones específicas y la exigencia de dolo o culpa grave podrían constituir —en algún aspecto— una limitación a las potestades disciplinarias generales del poder público y a la responsabilidad de los funcionarios.

Por todo lo dicho, creemos que en lo que se refiere al control de la prestación del servicio adquieren gran relevancia la Sindicatura de Usuarios y del Defensor del Usua-

(70) Refiriéndose a este concepto en el marco del derecho de seguros, HALPERÍN señala que existe culpa grave en esa materia cuando se omite la diligencia elemental de las personas menos previsoras (HALPERÍN, ISAAC, *Seguros, Exposición crítica de la ley 17.418*, Buenos Aires, Depalma, 1976, págs. 606 y 607).

(71) LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de derecho civil, obligaciones*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1973, pág. 197.

(72) *Ibid.*, pág. 200.

(73) BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil, obligaciones*, 8° ed. actualizada, t. I, Perrot, 1998, pág. 86 y sigs. La jurisprudencia ha dicho, por ejemplo, que la culpa grave puede ser definida como el obrar cuyo resultado dañoso es previsible y deriva de una conducta u omisión tan apartada de las pautas normales del comportamiento, que provocaría la repulsa y censura del individuo medio (CNCiv., sala I, in re "Giuliani, Mario y otro c. Kafil, Isaac y otros", del 23-9-96). También, que es necesario que se configure una conducta que manifieste una evidente y gran despreocupación, que revele negligencia grosera, un desprecio por las mínimas precauciones exigibles, un actuar sólo concebible con el amparo de la cobertura y que el sujeto no habría obrado si no estuviera asegurado (CNCiv., sala I, 23-12-97, "Maidana Duarte c. S. K. S.").

(59) MARCER, ERNESTO, *Responsabilidad administrativa del funcionario público*, en obra colectiva *Responsabilidad de los funcionarios públicos. Responsabilidad civil, penal, constitucional, administrativa y política*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, pág. 89. FIORINI, por su parte, considera equívoco destacar a la responsabilidad administrativa como consecuencia de la potestad disciplinaria (FIORINI, BARTOLOMÉ, *Manual de derecho administrativo*, La Ley, 1968, vol. I, cap. IV, citado por IVANECA, MIRIAM M., *La responsabilidad administrativa...*, cit.).

(60) Así ha sido dividida la responsabilidad administrativa por BIELSA (BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1956, t. III, págs. 288/89, cit. por IVANECA, MIRIAM M., *La responsabilidad administrativa...*, cit.).

(61) IVANECA, MIRIAM M., *Responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos*, "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Jornadas organizadas por la Universidad Austral en junio de 2000, Ciencias de la Administración, 2001, pág. 601 y sigs.

(62) El art. 85 de la Constitución Nacional se refiere a la AGN, encomendando el "control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos" al Poder Legislativo, sobre la base de los dictámenes de la AGN. En el último párrafo, la Carta Magna encomienda específicamente a la AGN el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la Administración Pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización.

Por su parte, el art. 116 de la ley 24.156 crea la AGN como ente de control externo del Sector Público Nacional, dependiente del Congreso Nacional. Ya vimos que el Sector Público Nacional incluye, según el art. 8° de la misma ley 24.156, a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria.

(63) MERTEHKIAN, EDUARDO, *Administración financiera y control. Régimen jurídico integral del Sector Público Nacional*, Ciencias de la Administración, 1997, pág. 41 y sigs.

(64) En contra, MARIENHOFF, quien entiende que la responsabilidad civil del funcionario público puede configurarse tanto cuando aquél causa un daño a terceros o a la Administración Pública, aunque luego aclara que en este último caso, por existir entre el funcionario y la Administración una relación contractual, la responsabilidad no se rige por el art. 1112 del cód. civil sino por los principios atinentes a la responsabilidad contractual de derecho administrativo (MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, cit., t. III-B, págs. 375 y 398).

(65) MARCER, ERNESTO, *Responsabilidad...*, cit., pág. 95.

rio, ambas creadas por el nuevo marco regulatorio, las asociaciones de usuarios y consumidores y el Defensor del Pueblo. Todos ellos y, obviamente, los mismos usuarios y consumidores, pueden recurrir a las distintas vías —administrativas y judiciales— existentes en defensa de sus derechos, apelando no sólo al marco regulatorio y demás normas específicas del servicio, sino fundamentalmente a los preceptos de los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional.

VOCES: ESTADO NACIONAL - SOCIEDAD DEL ESTADO - SERVICIOS SANITARIOS - SERVICIOS PÚBLICOS - RECURSOS NATURALES - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - SANCIONES ADMINISTRATIVAS - SOCIEDAD - MONEDA - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - DERECHO ADMINISTRATIVO - PROVINCIAS - CIUDAD DE BUENOS AIRES - MULTA - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - CONSTITUCIÓN NACIONAL.

JURISPRUDENCIA

Daños y Perjuicios:

Concesionaria de autopista: principios básicos de diseño; incumplimiento; responsabilidad; naturaleza; irrelevancia. **Costas:** Principio objetivo de la derrota: eximentes; no configuración.

1 - *Habiendo quedado ineludiblemente demostrado el incumplimiento de la concesionaria a los principios básicos de diseño de la autopista, queda decidida la suerte de la cuestión, ya que la negligencia de la demandada aparece manifiesta (art. 512, cód. civil), de modo que sea que se estudie su conducta a la luz de la responsabilidad contractual, de la responsabilidad extracontractual o de la relación de consumo, no quedan dudas de que la ilicitud de su conducta o el incumplimiento de la obligación de seguridad impuesta respecto del usuario le imponen la obligación de responder por los daños causados. Por ello, en el caso, resulta innecesario expedirse acerca del encuadramiento legal que corresponde conferir a la relación entre el concesionario y el usuario de la autopista o en relación con la aplicación al caso de la modificación del criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a raíz del fallo dictado en la causa "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y/u otros" del 7 de noviembre de 2006.*

2 - *No deben ser considerados en la alzada los agravios referentes a la imposición de costas, ya que la falta de una adecuada crítica a los fundamentos utilizados por la magistrado para concluir en la responsabilidad de la concesionaria demandada decide la suerte de la cuestión, toda vez que no se ha demostrado la presencia de alguno de los eximentes previstos por el art. 68, párr. 2º, del cód. civil. M.M.F.L.*

55.456 - CNCiv., sala E, julio 17-2007. - García, Aníbal Gerardo c. Autopistas del Oeste S.A. y otros s/daños y perjuicios.

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 17 días del mes de julio de 2007 reunidos en acuerdo los señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala "E" para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados "García, Aníbal Gerardo c. Autopistas del Oeste S.A. y otros s/daños y perjuicios" respecto de la sentencia corriente a fs. 592/600, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿La sentencia apelada es arreglada a derecho?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Sres. Jueces de Cámara Dres. Racimo, Calatayud y Dupuis.

Aníbal Gerardo García venía conduciendo su automóvil Renault 18 por la Autopista del Oeste hacia la Capital Federal el 2 de abril de 1997 siendo alrededor de las 22.30 hs. cuando se enfrentó con un desvío y tambores de gran porte. En ese momento alteró su trayectoria y sufrió un accidente a raíz del cual promovió una demanda contra Autopistas del Oeste S.A. por indemnización de los daños físicos y materiales causados.

La demandada admitió la existencia del hecho aunque adujo en su defensa que había existido la señalización exigida por la ley en el lugar de manera que si se produjo el accidente se había debido exclusivamente a la responsabilidad del demandante que avanzaba distraído a alta velocidad. Precisó que existe un cartel de gran tamaño con el título "Desvío" y además existían tambores metálicos de 200 litros, blancos, con banda reflectiva roja y montículos

de tierra detrás con todo lo cual quedaba evidenciada la existencia de la curva del desvío.

La jueza de primera instancia consideró en su sentencia —pronunciada el 9 de noviembre de 2006— que ambas partes admitieron que el vuelco del vehículo se había producido cuando el actor circulaba en horas de la noche por la ruta nacional n° 7 (Acceso Oeste) a la altura del Puente Malvinas en inmediaciones del kilómetro 47 hacia la ciudad de Buenos Aires. También se halla reconocido que en el sector en que se produjo el accidente se estaban realizando trabajos de reparaciones y reacondicionamiento por lo cual existía en el lugar un desvío pavimentado hacia la colector.

A partir de estas precisiones, la magistrada señaló que comparte la línea jurisprudencial y doctrinaria que establece que la relación entre el concesionario y los usuarios que ingresan al corredor vial es una relación contractual de derecho privado que hace nacer una obligación de resultado a cargo del primero. Tal criterio fue sustentado en el voto de la Dra. Conde como integrante de la Sala F de esta Cámara en los autos "Abba Miguel A. y otra c. Huarte SACIF y otros s/sumario", aunque también hizo alusión a que se trata de una típica relación de consumo por lo que la responsabilidad del concesionario es de índole contractual y de naturaleza objetiva de acuerdo con la disidencia pronunciada en el expediente "Colavita, Salvador y otro c/Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y con el voto de la Dra. Highton en los casos "Greco, Gabriel c. Caminos del Atlántico S.A. s/ daños y perjuicios" y "Borneo, Mario c. Camino del Atlántico S.A. s/ cobro" como integrante de esta Cámara. Entendió, en consecuencia, que el concesionario garantiza al usuario que no sufrirá daño alguno con motivo de la circulación por el corredor por lo que para eximirse de responsabilidad deberá demostrar el caso fortuito y en particular le corresponde responder por los daños que produzcan los vicios de construcción, de información y de omisión culposa. Finalmente la jueza aludió al voto de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en la sentencia "Ferreira, Víctor D. y otro c. V.I.C.O.V. S.A." de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pronunciado el 21-3-01.

La magistrada tuvo en cuenta la declaración del testigo Pavone que circulaba detrás del automóvil del actor y el peritaje del ingeniero mecánico en el sentido que el accidente se había producido por la falta de información sobre la necesidad de reducir la velocidad y la ausencia de señalización adecuada respecto a la existencia del desvío. Ponderó que si bien estaba admitido que el actor avanzaba con su vehículo a la velocidad permitida de 90 km/h no surge que se haya demostrado en la causa la advertencia sobre la necesidad de aminorar la velocidad en ese tramo ni la presencia de carteles avisando con la antelación suficiente la velocidad máxima.

Asimismo, el fallo señaló que a la falta de carteles en adecuada disposición se le agregaba en el caso la señalización horizontal errónea en cuanto el perito sostuvo que mientras el conductor tenga una línea blanca a su derecha estará dentro de la ruta, lo que según surge de la foto superior de fs. 95 no se cumple dentro del desvío toda vez que esa línea brinda al conductor una impresión errónea informándole que la ruta continúa en línea recta cuando no era así, a todo lo cual debe añadirse que los testigos afirmaron que la "visibilidad era máxíma".

Todo ello llevó a la jueza a la convicción de que la empresa concesionaria no había cumplido con el deber de seguridad que las circunstancias exigían al no alertar adecuadamente a quienes transitaban por la ruta sobre las condiciones de anomalía que en ella se registraban, de modo que correspondía admitir la acción contra la demandada que prosperó por la suma de \$ 27.400 que se desglosan en incapacidad sobreviniente (\$ 12.000), medicamentos, atención médica y gastos de movilidad (\$ 500), daño moral (\$ 10.000) y gastos de reparación del rodado (\$ 400).

Frente al conjunto de argumentos usados por la jueza de primera instancia para sustentar su decisión, la concesionaria demandada realiza sólo dos planteos en su expresión de agravios tendientes a demostrar su falta de responsabilidad en el caso. El primero de ellos consiste en señalar que el vínculo entre el usuario y el concesionario de una autopista concesionada por peaje es extracontractual. En tal sentido cita el precedente de la Corte recaído en la causa "Estado Nacional c. Arenera El Libertador S.R.L." del 18-6-91 y jurisprudencia y doctrina en sustento de su posición. La segunda queja respecto de la sentencia recurrida se centra en el supuesto grave error de la magistrada en la interpretación de los hechos ya que el actor circulaba a una velocidad excesiva conforme las circunstancias, lo que produjo que perdiera el con-

trol del vehículo y colisionara por su exclusiva culpa. En este aspecto, puntualiza que el demandante manejaba en forma negligente en una noche cerrada y con pésima visibilidad.

Examinaré, en primer lugar, el modo en que la apelante ha criticado la sentencia de primera instancia respecto a las respectivas responsabilidades de actora y demandada en el caso. El escrito no cumple en este capítulo con los recaudos exigidos por el art. 265 del Código Procesal. En tal sentido, conforme reiterada jurisprudencia, la crítica razonada y concreta que debe contener el memorial de agravios ha de consistir en la indicación, punto por punto, de los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al fallo y, en ausencia de fundamentos específicamente referidos a las consideraciones determinantes de la resolución adversa, no hay críticas válidas que atender en la alzada (conf., entre muchas otras, CNCiv. esta Sala, causas 161.621 del 5 de diciembre de 1994, 165.639 del 6 de marzo de 1995 y 233.079 del 28 de diciembre de 1997).

Ocurre que la jueza de primera instancia describió el marco fáctico de la controversia y estudió acertadamente las declaraciones de los testigos y el dictamen del perito mecánico para concluir que el diseño concreto de la autopista en el lugar del accidente había llevado a confusión al conductor del automóvil. También señaló en aquella oportunidad que la velocidad con la que se desplazaba el actor se encontraba permitida en el lugar según lo dispuesto por el art. 51 de la ley 24.449 y de acuerdo con lo expresado por el experto en su dictamen no controvertido al respecto.

De este modo queda ineludiblemente demostrado el incumplimiento de la concesionaria a los principios básicos de diseño de la autopista, lo que decide la suerte de la cuestión ya que la negligencia de la demandada aparece manifiesta en el caso (art. 512 del Código Civil), de modo que sea que se estudie su conducta a la luz de la responsabilidad contractual, de la responsabilidad extracontractual o de la relación de consumo no quedan dudas de que la ilicitud de su conducta o el incumplimiento de la obligación de seguridad impuesta respecto del usuario le imponen la obligación de responder por los daños causados. Por ello, resulta innecesario que en el presente caso me expida acerca del encuadramiento legal que corresponde conferir a la relación entre el concesionario y el usuario de una autopista (conf. mi voto en la causa 478.567 del 6-7-07) o en relación a la aplicación al caso de la modificación del criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a raíz del fallo dictado en la causa "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y/u otros" del 7-11-06 que ni siquiera ha sido mencionado por la demandada en su expresión de agravios.

Las consideraciones genéricas efectuadas respecto a la indemnización establecida por la jueza en las que ni siquiera la apelante discrimina los diversos rubros examinados en la sentencia carecen de los mencionados recaudos exigidos para ser considerada una crítica dentro de las pautas previstas por el art. 265 del ordenamiento ritual.

Del mismo modo los cuestionamientos referentes a la imposición de costas no deben ser considerados en esta instancia ya que la falta de una adecuada crítica a los fundamentos utilizados por la magistrada para concluir en la responsabilidad de la concesionaria decide, a mi entender, la suerte de la cuestión toda vez que no se ha demostrado la presencia de alguno de los eximentes previstos por el 68, segundo párrafo, del Código Procesal.

Los Sres. Jueces de Cámara Dres. Calatayud y Dupuis, por análogas razones a las expuestas por el Dr. Racimo, votaron en el mismo sentido.

Buenos Aires, julio 17 de 2007

Y Vistos:

Atento a lo que resulta de la votación de que da cuenta el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 592/600. Con costas a la demandada (art. 68 del Código Procesal).

En atención al monto de la condena, a la calidad, eficacia y extensión de la tarea realizada, etapas cumplidas y lo dispuesto por los arts. 6, 7, 9, 19, 37 y concs. de la ley 21.839, se confirma la regulación del Dr. Hernán G. García Boggiano, letrado apoderado de la actora, por resultar alta y habérsela apelado solamente "por baja".

Por la actuación cumplida en esta instancia, resultado obtenido y lo dispuesto por el art. 14 del arancel, se regulan los honorarios del Dr. García Boggiano en ... pesos (\$...) y los del Dr. Claudio Fabián Sánchez Sopeña, letrado apoderado de la demandada, en ... (\$...).

Por la tarea de fs. 268/274 y 346, su mérito y extensión y la debida proporción que los honorarios periciales deben