

La protección del usuario del servicio de energía eléctrica en el sistema jurídico argentino

Miguel Andrés Goldfarb

Introducción:

En este trabajo analizaré desde el punto de vista jurídico las distintas aristas que presenta la cuestión de la protección o tutela del usuario en el sistema prestacional del servicio de energía eléctrica en la Argentina. Pretendo presentar y describir críticamente el complejo normativo –comprensivo también de principios- que tiene por objeto proteger a la persona humana en su condición de usuario de este servicio esencial partiendo de la noción misma de que el ser humano es el núcleo central sobre el que gira y toma sentido el derecho.

El tema propuesto cuenta con tres ejes directamente interrelacionados desde los cuales es plausible alcanzar una visión integral de una trama de relaciones jurídicas y económicas que se entabla entre el estado, las empresas concesionarias y el usuario. Ellos son: a) Los alcances de la noción del servicio de energía eléctrica como servicio público y derecho fundamental; b) las implicancias constitucionales y el mandato de nuestra Norma Fundamental desde nuevas perspectivas y c) el análisis de los principios tuitivos y reglas aportados simbióticamente por el derecho público y privado como esquema sustancialmente novedoso en la materia. Sobre estos ejes filosófico políticos y jurídicos descansa hoy el sistema de protección de los derechos del usuario en el contexto de los servicios públicos en general y de la energía en particular.

En una primera parte pondré en perspectiva la importancia del servicio de energía domiciliario en estos tiempos y la caracterización del acceso a esta como un derecho fundamental. Premisa de la cual se desprenden una serie de consecuencias jurídicas más que relevantes. Se aborda la publicatio como instituto central en esta materia y se brinda un panorama de las normas jurídicas (que claman una reforma, tal como se verá) que vienen a concretizar la tutela del usuario en nuestro derecho. El interrogante sería ¿contamos con un marco regulatorio autosuficiente comprensivo de reglas y principios susceptibles de edificar una protección expedita y eficiente del usuario?

Dado que el aspecto constitucional reviste fundamental importancia en la materia, la segunda parte profundiza las implicancias que la noción misma de estado constitucional de derecho posee, así como los mandatos expresos en la materia que de modo operativo irradian sobre todo el complejo andamiaje de este central servicio público. Toma especial importancia el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Sentados aspectos filosófico políticos así como el plano constitucional vinculado al tema que nos ocupa, en la última parte postulo la interacción “simbiótica” entre principios del derecho público y privado que sostienen un verdadero microcosmos jurídico que tiene por objeto la tutela de la persona humana, en este caso, en su rol de usuario de un servicio esencial. Por fin, expondré las conclusiones que el desarrollo de este trabajo arroje.

Nota sobre la caracterización del servicio de energía eléctrica como “servicio público” y derecho fundamental. Perspectivas y alcances.

Para comprender el andamiaje jurídico que sostiene la tutela de los derechos e intereses de

los usuarios del servicio de energía eléctrica, primero debe quedar establecido que este reposa sobre un concepto filosófico político muy profundo sobre el cual hunde sus raíces: el acceso a servicios esenciales en condiciones de equidad y eficiencia constituye hoy un derecho fundamental que reviste incluso, rango constitucional. Premisa a la que se le pueden incorporar algunos interrogantes: ¿Qué implicancias tiene la noción de servicio público? ¿de donde surge esta caracterización y cuáles son sus consecuencias? En párrafos subsiguientes abordo estos tópicos.

Las sociedades han evolucionado. Con avances y retrocesos a través de ciclos políticos, económicos, sociales y culturales el devenir histórico arroja creciente preocupación por las cuestiones de la equidad y el bienestar de los ciudadanos. Las acciones y cursos políticos incluyen en su agenda –en mayor o en menor medida- estas temáticas. Hace cien años, por ejemplo, no lo hacían. Creo que definitivamente hubo un ensanchamiento de las cuestiones morales y de la ética en la concepción política del estado. Como premisa sustancial parto de que los servicios públicos esenciales son instrumentos para la igualdad social y asegurar su acceso en condiciones de equidad es un deber del estado que tiene como correlato un derecho fundamental de las personas. En este contexto el rol del estado y la especial figura de los servicios públicos ocupa un papel preponderante. El acceso en condiciones equitativas y de calidad con eficiencia a las prestaciones de agua, energía eléctrica, gas, transporte etc. constituye una herramienta fundamental en el campo del bienestar de los pueblos o en el pretendido acceso a mejores condiciones de vida de un universo humano enorme. En definitiva, este pretendido bienestar constituye la “razón justificante del estado. Su fundamento es el bien común.

Siguiendo este razonamiento, en el campo de los servicios públicos domiciliarios, también denominados servicios económicos de interés general, el acceso al servicio de energía eléctrica constituye hoy un derecho fundamental en cabeza del estado. La concesión o no del servicio es un dato irrelevante en tal sentido, puesto que la gestión privada del servicio no opaca ni disminuye la responsabilidad estatal en la materia. La electricidad ya no es un lujo. Es un derecho que el estado debe garantizar en condiciones de equidad, eficiencia, igualdad, regularidad, continuidad y obligatoriedad.

No menos cierto es que el servicio de energía domiciliaria se halla estrechamente vinculado al derecho a la salud y con las condiciones de vida digna que hoy consagra constitucionalmente Argentina a través del reconocimiento de supremacía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos (artículo 75 inciso 22).

Una vivienda desprovista de electricidad, así como de gas o de agua saludable (o potable), no es una vivienda digna ni adecuada en los términos del citado artículo 75 inciso 22 y atenta directamente contra la salud y las condiciones sanitarias más elementales en nuestros tiempos. Incluso contra la dignidad misma de las personas. Debe haber servicio efectivo en condiciones de equidad

El derecho a la salud, que claramente se vulnera cuando se priva de energía al usuario que puede acceder a ella en condiciones de equidad y calidad, también goza de expreso rango constitucional; recordemos sinoart. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que reconoce jerarquía suprema a una serie de Tratados sobre DDHH y que se vinculan con lo que aquí

afirmo. Entre ellos cabe citar las siguientes normas: los artículos 11¹ y 12 inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º arts. 4º y 5º de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1º del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en tanto consagran este derecho.

Ya en el plano de la jurisprudencia es pertinente señalar que la Corte desde sus inicios entendió que el Estado Nacional está obligado a "proteger la salud pública" (Fallos:31:273) pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida que es "el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional." Fallos:302:1284; 310:112 -La Ley, 1981- A 401; 1987B, 311.

Queda claro entonces que el acceso a servicios públicos básicos –como la energía eléctrica– constituye un derecho esencial de los ciudadanos. Condiciones de equidad y calidad del servicio son requisitos indispensables en este complejo tablero que encierra relaciones entre diversos actores del sistema de prestaciones: el estado, las concesionarias, los entes reguladores y los usuarios.

Dada la relevancia social cada vez más fuerte de estos servicios o actividades, la intervención del estado en el mercado –y en consecuencia, en la economía misma, a través de la institución servicios públicos constituye una técnica en virtud de la cual el estado “retira” del mercado una actividad a través de un acto legislativo (publicatio) a partir del cual se “publica” tal actividad (verbigracia la distribución y transporte de energía eléctrica). El interés público que representa esa determinada actividad constituye el fundamento último de esta modalidad de intervención.

Ahora bien, en virtud de lo expuesto, es dable afirmar que la asunción estatal de la actividad bajo la modalidad “servicio público” la dota una de una serie de caracteres (regularidad, equidad, continuidad, igualdad, obligatoriedad) con el fundamento último de permitir el acceso de los ciudadanos a servicios esenciales sin las posibles barreras o limitaciones que significaría que prestaciones vitales como agua o energía quedaran íntegramente sometidas a las leyes del mercado.² Seguidamente analizaré el mandato constitucional imperante en la materia desde esta concepción del servicio como un derecho esencial que no puede

La directriz constitucional en Argentina.

Desde hace algunas décadas nuestras sociedades viven un fuerte e interesante proceso de “revitalización” de las Constituciones. Así pues, el rol de norma constitucional mutó muy particularmente. Pasó de ser aquella norma suprema de un sistema de silogismos jurídicos, a poseer un papel central y más activo en materia social. Hoy surgen de ella una serie de principios antes no contemplados como luz inspiradora y reguladora de las sociedades contemporáneas, transformándose en modo sustancial e incorporando los principios del

¹ Artículo 11. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

² Existen ya numerosos fallos judiciales en Argentina que dadas ciertas circunstancias extremas ordenan a las empresas prestatarias (públicas y privadas) no cortar el suministro del servicio de energía (también de agua potable). Por su parte la mayoría de las legislaciones locales implementan con mayor o menor éxitos las denominadas tarifas sociales.

derecho en su articulado.

Semejante realidad no puede ser soslayada en nuestro análisis con base en tres razones muy puntuales, a saber: a) la constitución es el pilar del andamiaje jurídico de una sociedad. b) en la clasificación tradicional, la constitución es la primer norma de derecho público, ahora eyectada hacia el campo del derecho privado como base de una simbiosis sistémica y c) las constituciones actuales, como la de Argentina, especialmente regulan la cuestión de la intervención del estado en la sociedad, el mercado y la economía a través de la institución “servicios públicos”.

El derecho, cual objeto cultural y neta creación humana, ha evolucionado junto con nosotros. Afirma Zagrebelsky que “los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del derecho positivo con los que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución.

La sociedad “de masas”, ya descrita por el filósofo José Ortega y Gasset en cuanto a su volumen, a partir de las revoluciones industriales ha experimentado en los últimos dos siglos, y fuertemente luego de la Segunda Guerra Mundial, un vertiginoso desarrollo que dio lugar a la economía de gran escala incremento de la población, procesos de urbanización, aumento desmesurado del consumo y de la producción. Nos interrogamos: ¿Cómo se fue adaptando el sistema político y jurídico a esta realidad?

La industrialización, la mercadotecnia y la economía a escala han dado origen a superestructuras sociales compuestas por un conjunto de relaciones intersubjetivas de diversa naturaleza. Los procesos de producción, la cadena de comercialización que llega hasta el ignoto consumidor o usuario componen un segmento de relaciones sociales de consumo que han sido especialmente captadas por el derecho en las últimas décadas.

Asistimos a un cambio de paradigma que ha modificado conceptos fundamentales del modernismo político tales como las nociones de soberanía nacional y específicamente estado de derecho. Ha operado una transformación de este último hacia una forma mayor: el denominado “estado constitucional”. Sin lugar a dudas, un avance en la evolución de la teoría política con hondo impacto en el ámbito jurídico constitucional.

El desarrollo de los conceptos de soberanía en la ciencia política y el estado de derecho en el ámbito de las ciencias jurídicas van inexorablemente unidos; cuestión que se denota toda vez que la cesión parcelada de soberanía a organismos supraestatales, ha venido acompañada de la instrumentos jurídicos, tales como Tratados Internacionales de DDHH, que “positivizaron” los derechos fundamentales del hombre; antes, sólo sostenidos desde la visión del derecho natural.

En el plano del “derecho interno” de los países se redefine el rol de la constitución como instrumento de articulación social irradiadora de principios y valores de cierta flexibilidad, de modo tal de garantizar la realización de las sociedades actuales, caracterizadas por su multiculturalidad y la globalización.

En el caso Europeo, el rasgo unitario de organización política centralizada se erosionó. El rasgo fundamental del derecho público actual es la pérdida de su posición central.

Las sociedades contemporáneas no le asignan a la constitución el rol central de definir el proyecto común, sino el de armonizar los diversos proyectos y asegurar las condiciones de posibilidad de ellos. Se parte de la base sociológica en virtud de la cual ningún grupo social tiene la fuerza para imponerse al resto. La Constitución viene a ser el cuerpo que nos abraza a todos permitiéndonos la realización personal y social, individual y colectiva.

La constitución es la norma madre, base del sistema jurídico nacional que todavía puede ser entendida, conforme los clásicos criterios dogmáticos, como una norma de derecho público.

Es más, la constitución es por antonomasia la norma fundamental del derecho público. Concepto también repensado por autores tales como Mossetlurraspe (1994), quienes postulan –con sólidos argumentos, por cierto- que la constitución ha venido a incorporar en su texto materias y aspectos típicos de las relaciones reguladas por el derecho privado (verbigracia, cuestiones de familia).

De todos modos, la nueva impronta está dada por el rol asignado a la norma constitucional; y en tal sentido sostiene Zagrebelsky (2008) que “... la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy ha de basarse necesariamente una constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir...”

El único contenido sólido de la ciencia constitucional, como lo hemos sostenido en conforme las enseñanzas del autor citado, ha de ser la misma “pluralidad de valores”.

En el caso de Argentina, en materia de servicios públicos y usuarios, este proceso de “revitalización constitucional” que vengo describiendo se plasmó de modo categórico en el ya célebre artículo 42 de Norma Fundamental. Se estableció allí el plexo de derechos de los usuarios y consumidores así como el deber del estado de legislar los marcos regulatorios de los servicios públicos que a su vez deberán ser prestados en condiciones de “calidad y eficiencia”.³

De aquel modo la Reforma Constitucional de 1994 receptó criterios emanados de las ciencias jurídicas – y del derecho comparado- (como la categorización constitucional de derechos en relaciones de consumo), y por la otra, su objetivo fue –y es- generar nuevos escenarios sociales y humanos. Entiendo que la norma busca crear realidades mucho más

³Cabe citar el artículo 42 de la Constitución Argentina : Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

allá de limitarse a regularlas. Lo ha logrado hasta el momento. Es decir, nuestro artículo 42 es causa y efecto a su vez de una “nueva realidad jurídica”. Sus efectos aún se encuentran en proceso y es tarea nuestra y de la jurisprudencia precisarlos.

Se conformó un verdadero estatuto constitucional a partir de la consagración del citado artículo 42 que “positivizó” con rango supremo los derechos de los usuarios y consumidores, creando, tal como lo veremos, un microcosmos jurídico en la materia.

Conforme la citada autora, en criterio que comparto, el artículo 42 tiene tres objetivos definidos: protección del consumidor, otorgar garantías a los competidores (libre concurrencia) y procurar la transparencia del mercado; este último a favor de oferentes y demandantes.

Partiendo de lo expresado es dable afirmar que el texto constitucional importó la positivización de una serie de principios jurídicos tendientes a proteger y defender al usuario en un contexto de economía “social de mercado”. Asimismo, el dato relevante es que esta categorización constitucional irradia sobre el todo el subsistema de reglas y principios que regulan a la persona en su faceta de consumidor o usuario. Enfocaré la cuestión desde el punto de vista de este último.

El texto del artículo brinda un trato indistinto a consumidores y usuarios y este aspecto es central, pues su equiparación gira sobre la idea que siempre son personas, sin perjuicio del tipo de relación que entablen con proveedores de bienes y servicios, o la naturaleza de estos.

El citado artículo también fija una serie de principios en materia de regulación de los servicios públicos.

Al margen de la titularidad estatal o no de los servicios públicos, lo cierto es que en la praxis jurídica el estado tiene ahora un mandato expreso, cuyo alcance debe ser delimitado a la luz de una correcta, integral y armónica interpretación del texto constitucional. Este hilo conductor nos ha de llevar hasta la figura central del usuario.

El Capítulo Segundo de nuestra Constitución recogió los denominados derechos de tercera generación, entre los que se ubicaron aquellos vinculados con la materia ambiental, las relaciones de consumo, la participación ciudadana y la expresa regulación del amparo como mecanismo de garantía contemplado en el conocido artículo 43. En el artículo 42 se le dio trato al usuario y a los servicios públicos.

El constituyente creó así un microsistema comprensivo de materias nuevas que tomaron trascendencia social en las últimas décadas. En ese ámbito, encontramos hoy la regulación constitucional que paso a analizar.

La consagración del conjunto de nuevos derechos y garantías significaron un importante cambio con relación al paradigma liberal de 1853 acercando la Carta Magna al concepto de estado social.

En ese contexto, la consagración del artículo 42 vino plasmada de forma paralela con lo dispuesto en el ya comentado artículo 75 inc. 22 que le reconoció jerarquía constitucional a una serie de tratados que, tal como lo desarrollé ut supra, implicaron un fuerte impacto jurídico en el derecho interno y que reviste gran importancia en este tópico. El artículo 42 consta de tres párrafos en donde cada uno de ellos impone, en un todo orgánico, un mandato diferente pero que paralelamente se integran un todo coherente y operativo.

En el primer párrafo se establecen materialmente los derechos de los usuarios y consumidores en la relación de consumo: protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Si se quiere, una red de derechos diseñados para el pleno funcionamiento de una economía de mercado.

El primer aspecto está dado por el ámbito de tutela: la relación de consumo. El constituyente ha delimitado el alcance de aplicación que posee este microcosmos jurídico, destinado a proteger a las personas en su faceta de consumidor. Al respecto, la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 definió a tal relación desde un criterio amplio. Con base en las prescripciones del artículo primero cabe afirmar que a los fines de la tutela y aplicación de la citada Ley, la relación entre el usuario y el concesionario encuadra en las prescripciones citadas. En sentido genérico, Muratorio, en concepto sencillo pero claro que comparto explica que en el ámbito del derecho administrativo, se entiende que se denomina usuario a la persona física o jurídica que utiliza y es beneficiaria de un servicio público. Recordemos que hoy la citada Ley 24.240 define –sencilla y casi escuetamente- a la relación de consumo del como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.

Lo expuesto no implica subsumir el vínculo del usuario a una típica relación de consumo del derecho privado, dado que justamente sostengo que ello importaría negarle validez y vigencia a un vasto universo de reglas y principios aportadas por el derecho público. El derecho se transformó y se fusionaron sistémicamente el derecho privado y público en aras de proteger a la persona (tema este que me ocupará en la parte final de este trabajo).

Ha de notarse que la ley 24.240 dice consumidores “o” usuarios, pareciendo no distinguir ontológicamente ambos conceptos. Asimismo, la Constitución de 1994 utiliza la palabra “y” para unir estos términos. El texto de la Ley, de entera aplicación al campo de los servicios públicos, otorga mismo trato a consumidores y usuarios.

Allí se plasma una simbiosis jurídica sobre la cual volveré en la parte final de esta ponencia: el derecho privado que viene a cubrir y a integrarse con el público a fin de resguardar al ciudadano. Esta simbiosis tendrá impactos prácticos y no se agota en la mera retórica. Ejemplo de ello lo puede constituir la aplicación de principios y normas protectorias regladas en contratos de concesión y pliegos, el Código Civil y Comercial unificado o la Ley de Defensa del Consumidor. La cuestión de las tarifas, las sobrefacturaciones o las condiciones del servicio. En todo caso, quedará en poder del operador jurídico la aplicación de esta verdadera red simbiótica sostenida en el mandato constitucional que describo.

Al decir de María Angélica Gelly (2006), la protección se abre en dos nítidos campos jurídicos: por un lado el patrimonial, en donde encontramos la consagración protectoria de los intereses económicos, la libertad de contratación, trato digno e igualitario y seguridad personal; y por el otro, en el ámbito de los derechos de tipo personal, encontramos el

resguardo de la salud y seguridad.

La cuestión de la seguridad como materia protegida constitucionalmente, unida a los preceptos de la ley 24.240 ha dado fundamento a la actual tesis de responsabilidad objetiva en materia de daños y perjuicios sufridos por usuarios y consumidores en relaciones de consumo, cuestión que analizaremos oportunamente al tratar los criterios que la Corte Suprema de Justicia de nuestro país viene sosteniendo en los últimos años.

La libertad de contratación es un principio aquí recogido que posee un alto impacto en aspectos económicos de la relación y responde a un modelo filosófico político donde la libertad constituye un valor fundante. Asimismo, la centralidad de la persona requiere o exige que la libertad en todas sus vertientes se encuentre garantizada. El trato digno e igualitario también apunta a resguardar la libertad, prometiéndolo y consagrando con ello a la persona como centro de tutela jurídica, sin distinguir la naturaleza pública o privada de las relaciones jurídicas que estas sostengan.

Claro está que el derecho a una información adecuada y veraz también constituye un pilar de este subsistema tutelar, porque sólo mediante la obtención de la información en esos términos, existirá un pleno ejercicio de la libertad del consumidor o usuario. Como haré notar en el siguiente capítulo cada uno de estos derechos de jerarquía constitucional se plasma expresamente en reglas concretas aportadas por ramas del derecho en esto que gráficamente ubico como la “simbiosis”. Veremos luego de qué modo las leyes respectivas han venido aplicando el criterio constitucional aquí mencionado resguardando expresamente el derecho a la integridad física, información y protección de intereses económicos del usuario.

El primer párrafo consagrador de derechos fundamentales de las personas en sus relaciones de consumo se complementa con el párrafo subsiguiente. En segundo término el constituyente estableció que las autoridades deberán proveer a la protección de los derechos enunciados en la primera parte del artículo. Se incorpora también la cuestión de “la educación para el consumidor”.

En tal sentido, la expresión “autoridades” que el artículo designa debe ser interpretada en sentido amplio, por lo que está referida a la administración pero también a los legisladores y a los magistrados. Es un mandato constitucional a los tres poderes del estado. Pero además ensancha el mandato y determina los siguientes objetivos: a) la educación para el consumo; b) la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; c) el control de los monopolios legales y naturales; d) el control de la calidad y eficiencia de los “servicios públicos” y e) la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores.

La tercera parte del artículo 42 se dirige directamente al Congreso Nacional. Ordena la norma que el congreso deberá: a) establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos; b) sancionar los marcos regulatorios de los servicios públicos que sean competencia de la Nación; c) prever la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control.

Con respecto a esta última parte, corresponde señalar entonces que el mandato constitucional define los alcances del rol del estado en materia de servicios públicos al imponerle el deber de dictar los marcos regulatorios pertinentes y asegurar la participación

de los usuarios. Claro está entonces que el constituyente no le reconoce un mero rol secundario al sector público, bien por el contrario las prescripciones de este artículo –incluso la incorporación expresa de los términos “servicios públicos” dan cuenta de un activo papel que el diseño constitucional puso en cabeza del estado.

La obligación del Congreso de dictar los marcos regulatorios y el imperativo de que las autoridades garanticen calidad y eficiencia en las prestaciones, generan la convicción de que en nuestro sistema jurídico, la titularidad de los servicios públicos es estatal. La publicatio ut supra descripta viene a otorgarle al estado la responsabilidad de prestar en debida forma estas actividades denominadas servicios públicos. En este contexto el servicio de energía eléctrica constituye una materia pública a cargo y bajo responsabilidad del estado.

En lo que específicamente aquí nos interesa, el constituyente pone en cabeza del congreso la responsabilidad del dictado de leyes (formales) sobre cada uno de los servicios públicos; creando los marcos regulatorios de cada uno de ellos. Se pretende así la uniformidad regulatoria. Como veremos luego, en el caso de la energía eléctrica, se dictó la Ley 24.065 sobre la cual volveremos infra.

El fundamento del criterio recogido aquí por el constituyente es claramente explicado por autores como Agustín Gordillo (2006) cuando sostiene que la definición de una actividad como servicio público, con las consecuentes restricciones a los derechos de los particulares –sobre todo en la dinámica del mercado- y el reconocimiento de prerrogativas que para el poder público implican no puede quedar supeditado a la mera voluntad del órgano administrativo, sino que debe obedecer a una decisión de puro corte legislativo; ello, en salvaguarda de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Cuestiones tales como el otorgamiento de licencias o concesiones, monopolios y controles de los servicios públicos, así como restricciones a derechos fundamentales como la participación libre de usuarios y competidores en un sector determinado de la economía deben encontrar jurídicamente bases legislativas.

Ahora bien, con relación a la última parte del artículo citado (participación de usuarios etc) un punto que reviste suma actualidad en el derecho pero también en el campo de la política argentina es la cuestión de las audiencias públicas. ¿Son obligatorias? ¿Cuáles son sus alcances? ¿Qué relevancia tiene la audiencia pública?

El artículo 42 de nuestra Constitución es una cláusula operativa, no requiere a mi entender una norma legal que la reglamentara. En consecuencia las prescripciones que de allí emanan son de aplicación jurídica inmediata y directa sobre los hechos.

Salvado aquello es propicio recordar que con relación a la necesidad de realizar audiencias públicas ha dicho la doctrina : “... la audiencia pública deviene el único modo de aplicar al supuesto del art. 43 la garantía del art. 18, a fin de que pueda darse lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación denominó la efectiva participación útil de los interesados, en el sentido de que sean admitidos los que tienen derecho o interés legítimo y también los titulares de derechos de incidencia colectiva... Es por ende indispensable tanto conceder las cautelares que se soliciten para evitar que una medida sea tomada sin previa audiencia pública, como declarar la nulidad absoluta e insanable de toda decisión que, debiendo ser

tomada previa audiencia pública, la omitió... El incumplimiento o defectuoso cumplimiento del precepto de la audiencia pública es causal de nulidad absoluta e insanable del acto. Ello surge de lo dispuesto en el art. 14 del decreto-ley 19.549/72 y de la teoría del acto administrativo singular, extensiva aquí al acto de carácter general por efecto de las nuevas cláusulas constitucionales de los arts. 41, 42 y 43..." (Agustín Gordillo, 2006)

En ya célebre fallo dijo la Corte Suprema al respecto: "...Que, en tales condiciones, es adecuado interpretar que el instituto de la audiencia pública (que, tras la Reforma del Estado dispuesta en virtud de la ley 23.696, resulta previsto en las leyes regulatorias de los servicios públicos de transporte y distribución de la electricidad y del gas y en el mentado dec. 1185/90) constituye uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos contemplados en el mentado artículo 42 de la Constitución Nacional... Ello es así porque la realización de una audiencia pública no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino que --en lo que hace al "sub examine"-- resultaría una vía con la que podrían contar los usuarios para ejercer su derecho de participación en los términos previstos en el invocado artículo 42 de Constitución Nacional antes de una decisión trascendente (in re Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones", sentencia del 23/06/1998)..."

Al momento de la elaboración de este trabajo se encuentran en curso una serie de procesos judiciales en diversos puntos del país tendientes a frenar el nuevo cuadro tarifario energético dictado por el ente regulador de la energía de Argentina a través de su Resoluciones N° 6 y 7/2016 que en la práctica implicó aumentos tarifarios que superan el cuatrocientos por ciento y que además careció de la realización de las audiencias públicas.

En el (expte. N°FLP 1319/2016 caratulado "Abarca, Walter José y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Energía y Minería y otro s/ Amparo Ley 16986") se dictó con fecha 7 de julio de 2016 una medida cautelar que dispuso precautoriamente la suspensión de los aumentos en virtud de que se habría omitido la realización de la audiencia pública.

Se dijo allí "...En primer lugar, corresponde indicar que la Audiencia Pública es un mecanismo de participación ciudadana, que refuerza los principios de acceso a la información y a la transparencia de las actuaciones estatales; "la audiencia pública comporta un mecanismo de debate sobre diversos aspectos de la prestación de un servicio público y permite la democratización de las decisiones, formar un consenso acerca de ellas y dar transparencia a los procedimientos, ya que en ella participan los usuarios, sus representantes y otros sujetos que puedan estar involucrados" (Disidencia de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti. CSJN Fallos 329:4542). Sumado a esto, se dictó el Decreto 1172/2003 de Acceso a la Información Pública, cuyo texto remarca que la Constitución Nacional garantiza el principio de publicidad de los actos de Gobierno y el derecho de acceso a la información pública a través del art. 1°, de los art. 33°, 41°, 42° y del artículo 75° inciso 22. Menciona que la Audiencia Pública habilita la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones a través de un espacio institucional en el que todos aquellos que puedan sentirse afectados, manifiesten su conocimiento o experiencia y presenten su perspectiva individual, grupal o colectiva respecto de la decisión a adoptarse. Teniendo en cuenta que dichas opiniones —no obstante su carácter no vinculante— deben

ser consideradas adecuadamente, estableciéndose la obligación de la autoridad de fundamentar sus desestimaciones. En el caso que nos ocupa por no cumplir con la celebración de Audiencia Pública previa al dictado de una nueva normativa tarifaria, cuya raigambre constitucional - incluso cuando no estuviera expresamente previsto en la normativa reglamentaria aplicable al caso- deriva del juego armónico de los artículos 18, 41, 42, y 43 de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos incorporados por el artículo 75, inciso 22. La obligación fundamental del Estado, respecto de los habitantes, es proveer una regulación adecuada para protegerlos de cualquier lesión. Pero su deber no es sólo el de la defensa de daños sino también y primordialmente la prevención: constituir y fundamentar decisiones positivas de cualquier rango y forma que impidan perturbaciones o lesión de los derechos fundamentales de aquellos. De allí que los habitantes tienen derecho a exigir una conducta positiva del Estado a ese respecto. La modificación de los precios que deben abonar los usuarios no pueden ser soslayados en el análisis a realizar. En tal sentido considero que limitar la realización de audiencias públicas para la definición de cuestiones "permanentes", dejando fuera de ellas aspectos de fuerte impacto como es la modificación material de la tarifa que deben abonar los usuarios, implica transformar a todo el sistema de participación consagrado constitucional, convencional y legalmente en una mera formalidad cuya utilidad tiende a disminuir desde la perspectiva de quienes deben pagar el importe de las tarifas. En tal sentido corresponde analizar que la adecuación de las tarifas de transición según lo dispuesto en el artículo 2° de la Resolución 31 se hace a cuenta de la Revisión Tarifaria Integral, lo que permite incluso pensar que las tarifas resultantes de estos aumentos no son más que la base de un nuevo cuadro tarifario "definitivo", razón de más para que su implementación sea precedida de audiencias públicas....”

En sentido análogo, y coetáneamente el mismo tribunal (Cámara Federal de la Plata) pero ya en sentencia de fondo, por la misma razón, dejó sin efecto y se declaró nulo el incremento tarifario del servicio de gas para todo el país.⁴

El escenario descrito es complejo. El mandato constitucional le reconoce al estado un papel central en materia de servicios públicos y le brinda al usuario una serie de instrumentos tendientes a resguardar sus intereses y derechos. En la praxis, la jurisprudencia de los tribunales viene desarrollando una tarea relevante en la interpretación de las prescripciones constitucionales con arreglo a principios como participación ciudadana, protección de la persona y una visión integral de los pactos y tratados de DDHH que rigen la materia. Seguidamente haré referencia a los principios y reglas que componen este complejo esquema de protección del usuario.

Reglas y principios protectorios del usuario: ¿simbiosis entre derecho público y privado?

Sobre un mandato constitucional ya descrito y desde la idea primaria de que el acceso al servicio en condiciones de equidad constituye un derecho fundamental cuanto no humano, cabe finalmente indagar acerca de una conjunción de principios y reglas (leyes y decretos) que bajo el manto de los artículos 42 y 75 inciso 22 vienen a materializar esa protección de la persona en su rol de usuario del servicio de energía eléctrica. Anticipo que postulo una simbiosis entre normas del derecho privado y público que se articulan sobre el usuario bajo el

⁴ Fallo dictado en Expte. N°FLP 8399/2016/CA1 caratulado “CENTRO DE ESTUDIOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD Y LA SOLIDARIDAD Y OTROS c/ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA s/ Amparo colectivo.

mandato constitucional ya señalado y con el fundamento de que el ser humano es el centro del sistema jurídico sobre el cual gira todo el esquema de principios y reglas. Ahora bien ¿cómo opera esta simbiosis? ¿cuáles son los principios y reglas que nutren la tutela del usuario en Argentina? Estos son los interrogantes que me propongo resolver en los subsiguientes párrafos.

La definición de categorías puras elaboradas durante los siglos XIX y XX en las ciencias jurídicas en general y en el Derecho Administrativo en particular –verbigracia la tajante separación entre el derecho público y privado- ha perdido vigencia o utilidad teórica y práctica; al menos con relación al tema que me ocupa.

El eje del problema radica en que el derecho privado tutela al usuario asimilándolo a un mero usuario desde presupuestos y realidades diferentes y que son extrañas a la realidad compleja de las obras y servicios públicos fundadas en el interés público. No creo que esto haya sido así, sino que en cierto modo lo público se privatizó y lo privado se publicó.

Hoy sabemos que no hubo tal retirada del derecho público. De hecho, asistimos a una nueva etapa en materia de intervención estatal en la economía que fue objeto de descripción en el capítulo tercero y que se caracteriza por una especie de neointervencionismo aún en desarrollo.

Reducir el vínculo jurídico “concesionario-usuario” a una relación de consumo normada por la Ley 24.240 (De protección del consumidor en Argentina) significa pulverizar un conjunto de principios, leyes y reglamentos de enorme importancia que se vierten desde el derecho público y que deben ser conjugados con las normas del derecho privado en aras de reforzar el estatus de la persona en su calidad de usuario.

Por demás, aún si no quisiera entenderse así este punto, esta visión pecaría de negare la existencia de normas jurídicas que gozan de validez y vigencia. Dedicaré numerosos párrafos a describir las normas a las que vengo haciendo referencia.

La propia Ley del Consumidor plasma de alguna manera esta simbiosis a partir de la reforma introducida por la Ley 26.231, en tanto establece que “los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor”.

La normativa del consumidor incorporada en nuestro país en la década de los noventa, que ya venía siendo reconocida en Europa algunas décadas antes, encuentra como fundamento las asimetrías entre los grandes proveedores de bienes y servicios y la masa de consumidores z que al contratar o someterse al uso de bienes o servicios confían en la expertíz de sus proveedores. Cierto es que en el mundo de hoy hay diferencias notables entre oferentes y consumidores (o usuarios) y que el derecho ha venido a morigerar o desvirtuar tales asimetrías.

En el caso especial de las obras y servicios a cargo del estado, el desafío es mayor, puesto que nuestra ciencia debe tomar nota de estos procesos y reflejar en sus normas estructuras de contención y morigeración de los efectos adversos que tales cambios originan, asegurando los derechos del individuo sin poner en riesgo el interés público, que no es más

la suma de los derechos de los demás. Armonizar intereses, hacer la justicia.

La presencia del estado, sus prerrogativas, las características esenciales de los servicios de interés general tales como la regularidad, continuidad y obligatoriedad, el interés público en juego y la naturaleza publicista de la actividad en general no permiten la aplicación lisa y llana de normas y principios típicos del derecho privado del consumidor que obedecen a una lógica distinta de la que aquí nos ocupa.

En este marco, al amparo del concepto de estado constitucional de derecho, con un claro mandato en su artículo 42 y los Tratados DDHH incorporados en virtud del artículo 75 inciso 22 del texto constitucional y superando la dicotomía descripta entre las tesis publicistas y privatistas, estoy en condiciones de afirmar que con relación a la situación jurídica del usuario de servicios públicos en general ,y de energía en particular, en la República Argentina, existe una verdadera conjunción simbiótica entre el derecho público y privado que da origen a un nuevo microcosmos jurídico en la materia, regulando el conjunto de relaciones jurídicas que se entablan entre los actores (estado, empresa, usuario-cliente).

La suma de las partes da como resultado una nueva entidad que ha venido a constituir un pequeño universo normativo con elementos y fuerza suficiente para reposicionar al usuario con mayor fortaleza y garantías. Principios y reglas derivadas que vienen a nutrir el “menú” de opciones del operador jurídico.

El derecho público y el privado aportan recíprocamente principios y reglas referidos al status del usuario, fusionándose ambos para efectiva, tuitiva y equitativamente armonizar el interés individual sostenido en el “favor débiles” con el interés público, razón de ser del derecho público.

Desde mi perspectiva, el intento de jusprivatizar situaciones jurídicas de esta naturaleza presenta los siguiente inconvenientes a)insuficiencia en la protección de la persona como único objetivo del derecho privado. b)los bienes públicos, la solidaridad y el mercado se ven desfavorecidos por un individualismo exacerbado.

En este contexto es necesario recuperar la perspectiva pública e integrarla a la privada de modo superador. Existe una nueva relación de fuerzas: ambas unificadas en pos de la mejor tutela del usuario, de la persona.

Así, ambas categorías se subsumen en una nueva que funciona como receptora de principios, valores y reglas que procuran proteger integralmente los derechos e intereses de la persona humana en un marco de resguardo del interés general. Ello a partir del paradigma del principio protectorio de la persona humana vigente armonizado con la noción de interés público.

La simbiosis reposa sobre dos principios nucleares son las dos caras de una misma moneda: a) la protección de la persona humana (concepto tradicionalmente desarrollado en derecho privado) y b) el resguardo del interés público. En definitiva ambos principios son manifestaciones de un “supra principio”, cual es, la centralidad de la persona humana en el sistema jurídico.

El interés público no es más que el resguardo de cada ser humano desde el punto de vista de lo macro, pero este interés público no es en absoluto diferente al de cada persona. Ontológicamente no difieren. El interés público es el interés de todos y de cada uno de nosotros. Instrumento de tutela mediata del interés individual.

El meta o supra principio “centralidad de la persona” en virtud del cual el sujeto es el centro del sistema jurídico apunta a ver al ser humano como un fin y no como un medio, por lo que debe ser cuidado, resguardado, protegido para que alcance su plenitud. La idea de centralidad de la persona constituye hoy un principio rector de todo el sistema jurídico actual, positivizado a partir de las constituciones contemporáneas y de los Tratados Internacionales de Derecho Humanos vigentes.

Dice Lorenzetti(1995) al describir este principio: “...Los derechos fundamentales son la forma contemporánea de la doctrina de los derechos naturales, una altura de ideales del ordenamiento que va descendiendo progresivamente hacia la positivización introduciendo en ella criterios de deber ser...” Luego sostiene : “... El grupo de derechos fundamentales actúa como núcleo alrededor del cual se pretende que gire el Derecho Privado ; un nuevo sistema solar en el que el sol sea la persona...”

En razón de este principio, la persona humana es el centro del derecho y de allí se irradian derechos que constituyen al sistema.

La idea de centralidad de la persona también viene siendo desarrollada por la doctrina administrativista. La función administrativa tiene como objeto atender el las necesidades de interés general, lo que significa dar desde lo macro, respuestas concretas a la persona real en su vida cotidiana.

En esta línea conceptual el individuo ha sido incorporado con mayor fuerza de protección en los textos constitucionales europeos y luego latinoamericanos a partir de la segunda mitad del siglo pasado en un proceso que dio lugar al fenómeno que la doctrina denominó “Derecho Civil Constitucional” .

Esta es también una forma de simbiosis: la incorporación de mandatos de protección del individuo históricamente normadas por el Derecho Civil en normas constitucionales.

En el caso del usuario del servicio de energía eléctrica bajo las prescripciones del artículo 42 se conjuga la Ley de Protección del Consumidor, Defensa de la Competencia y el Código Civil y Comercial (cual aportes del denominado derecho privado) con los marcos regulatorios (Ley 24.065) contrato de concesión y reglamentos diversos que recaen sobre la materia. Todos ellos han de ser aplicados e interpretados bajo la idea de que la persona ocupa la centralidad del sistema jurídico y que es él el destinatario de todas las fuerzas de protección jurídica. La tajante separación entre derecho público y privado cede en pos una conformación a modo de red que integran los principios y reglas que vengo señalando. El operador jurídico no puede distanciarse de este plexo normativo ni soslayar en la resolución del caso los aportes de ambas categorías jurídicas.

Con relación al plano legal, esto es, las reglas positivas imperantes en materia de tutela del usuario del servicio, en el caso puntual de Argentina, a partir del proceso de reforma del

estado de los años noventa que tuvo base jurídica en la Ley N° 23.696, el servicio de energía eléctrica nacional se reguló a través de la Ley N° 24065. Esta es su ley madre, su marco regulatorio. En la citada norma se define como servicio público al transporte y distribución de energía, mas no a la generación.

Expresamente se establece en su decreto reglamentario (N° 1398/92) que se le atribuye el carácter de servicio público a la actividad de distribución de energía eléctrica por su condición de monopolio natural. Su regulación deberá consistir en la fijación de las tarifas a aplicar (punto de enorme trascendencia jurídica y social en estos tiempos en Argentina, sobre el cual me explayaré luego) y en el control de la calidad de la prestación del servicio (sic).

Esta regla es por demás clara. El dato es que la noción de “calidad” de la prestación del servicio denota una serie de exigencias y derechos en cabeza de los usuarios que se enlazan hoy con el mandato constitucional (por cierto, posterior al dictado de esta norma administrativa) y las prescripciones de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y el propio Código Civil y Comercial de 2014.

En su artículo segundo la norma prevé una regla categórica, una máxima que irradia sobre toda la ley cuando establece como primer objetivo de ella “...Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios...” Ahora bien, es oportuno interrogarse: ¿cuáles son estos derechos? El marco regulatorio que surge de la Ley 24.065 no los enumera ni cuenta con un capítulo especial destinado a ellos (se limita a fijar este principio, crear el ente regulador y establecer en su artículo 40 determinados principios tarifarios) .

Los derechos de los usuarios surgirán entonces casi de modo disperso de la Constitución Nacional (sobre la cual me explayaré infra), normas administrativas como el reglamento del usuario de energía eléctrica (Resolución N°82/2002 que tímida y escuetamente enumera algunos derechos como a “la queja”, resarcimiento por daños en artefactos eléctricos y a recibir un servicio con la calidad dispuesta en el contrato de concesión –sic-) y la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) entre otros. Bregamos por una reforma al marco regulatorio que contemple expresamente los principales derechos del usuario.

Importante impacto ha tenido la última reforma a la ley de Defensa del Consumidor (N° Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008) en tanto vino a consagrar en el capítulo VI (arts. 25 a 32) de modo expreso una serie de derechos de los usuarios e. Sucintamente se los puede enumerar: a) derecho a la información sobre todas las condiciones del servicio y la facturación; b) aplicación de la norma más favorable; c) reciprocidad de trato; d) derecho al reclamo; e) seguridad de instalaciones y artefactos; f) buen funcionamiento de los instrumentos de medición; g) continuidad o no interrupción del servicio; h) presunción de error en la facturación en ciertos casos. Tales derechos directamente establecidos para usuarios de servicios públicos domiciliarios deben conjugarse con los derechos a información, seguridad e indemnidad antes comentados y que surgen de los artículos 4 y 5 de la misma norma.

Dada la importancia del servicio eléctrico, el marco regulatorio debería contar con un capítulo específico destinado a la protección del usuario. La protección por vía reglamentaria o con remisiones a las cláusulas del contrato de concesión es insuficiente y parcial, puesto que debería contarse con una norma de rango legislativo al respecto que venga a fortalecer la

posición del usuario.

Colofón:

Los servicios públicos que tienen por objeto prestaciones domiciliarias básicas implican hoy un derecho fundamental. El acceso a tales prestaciones en condiciones de calidad, equidad y eficiencia para el usuario se sostiene en prescripciones constitucionales expresas en el caso de Argentina que no pueden ser soslayadas por el estado ni por las empresas concesionarias.

Desde el paradigma de la centralidad de la persona, reglas y principios aportados desde el derecho público y privado vienen a conformar una verdadera red de derechos que fortalecen la defensa de la persona en su rol de usuario del servicio. Sin perjuicio de lo cual, el marco regulatorio carece de un capítulo especial destinado a los derechos del usuario.

La jurisprudencia viene ocupando un papel importante en la interpretación y aplicación del mandato constitucional, en especial, a través del reconocimiento de la operatividad del artículo 42 del texto de la Carta Magna.

BIBLIOGRAFIA

- Gelly, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. Tercera edición ampliada y actualizada. La Ley. Buenos Aires 2006.
- Gordillo, Agustin. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II. Fundación Derecho Administrativo. Buenos Aires 2006.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. "El derecho privado como protección del individuo" en Revista de Derecho privado y comunitario "Derecho privado en la reforma constitucional .Rubinzalculzoni N° 7 Santa Fe 1994.
- Mossetlturraste, Jorge. Los nuevos Derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos? En Revista de Derecho Privado y Comunitario RubinzalCulzioniNro 7 Santa Fe 1994
- Zabrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta. Octava Edición. Madrid 2008.