

La regulación de los servicios públicos esenciales: el derecho a su acceso y la cuestión de los usuarios. El caso de la energía eléctrica en la Provincia de Corrientes, Argentina

**Marcos Walter Medina
Héctor José Zimerman
Miguel Andrés Goldfarb**

Introducción

En el presente documento, elaborado en el marco de un proyecto de investigación acreditado ante la Universidad Nacional del Nordeste - cuyo objeto es la regulación de la energía eléctrica en la Provincia de Corrientes (Argentina)- abordaremos la tensión regulatoria que se presenta en el caso de los servicios públicos que, generalmente monopólicos, recaen sobre prestaciones esenciales para la vida contemporánea. El tema propuesto será analizado a partir del estudio del servicio público de energía eléctrica en Corrientes. Centraremos el abordaje en dos aspectos que presentan tensiones regulatorias: la cuestión del acceso al servicio y la protección del usuario. La cuestión tarifaria, así como la relativa a los mecanismos de protección y participación ciudadana –usuarios- toman aquí un papel preponderante.

Con respecto a la trascendencia del tema es necesario tener presente que el campo de los servicios públicos constituye una sensible área de gobierno en donde se concretiza la acción pública. Es aquí en donde la relación ciudadano – estado se estrecha, se plasma y se edifica con fuerza y nitidez.

Además, la realidad del siglo XXI nos muestra que los servicios públicos de hoy constituyen mecanismos de igualdad social directamente vinculados con calidad de vida y derechos humanos. De tal forma, el acceso igualitario al agua, energía y transporte debe buscar mecanismos administrativos que se enmarquen en el espíritu que las constituciones le han impregnado a esta temática. (artículos 42 y 48 de las Constituciones de Argentina y Corrientes respectivamente).

En virtud de lo expuesto, la tutela de los derechos de los usuarios, el control judicial del ejercicio de poder público y las prerrogativas que ejercen la administración toman hoy una importancia notable que se manifiesta en la realidad cotidiana y práctica de millones de ciudadanos en un contexto de desigualdad social y problemáticas irresueltas de diversa índole.

Los fundamentos de la regulación. ¿Estado versus mercado?

El sistema expuesto originariamente por Adam Smith, en virtud del cual, a través de una mano invisible los intereses de productores y consumidores convergen necesariamente de modo tal que se logra una posición de equilibrio y bienestar general no es perfecto ni se da en la realidad de modo ideal. Más bien todo lo contrario. Cuáles son los borrosos límites entre el estado y el mercado en el caso de los servicios de interés general? ¿Cómo aquí el poder de imperio del estado y los asuntos de interés público? Recordemos que el interés público es precisamente el fundamento mismo del Derecho Administrativo.

Como se ha estudiado largamente desde las ciencias económicas, existen las denominadas “fallas de mercado”; supuestos en los cuales claramente la máxima e ideal relación resultado - recurso no es posible y el libre juego del mercado no lo resuelve. Los servicios públicos tradicionales –agua, energía, transporte en ciertos casos- encuadran típicamente en estas ya célebres fallas de mercado.

Se ha expresado que en los casos de fallas del mercado, los demandantes no satisfacen sus necesidades adecuadamente y que aunque estén dispuestos a pagar un precio más alto, tampoco su necesidad será resuelta. Virtualmente se presenta un caso de ineficiencia económica que la acción del estado debería subsanar. ¹ Entre las grandes fallas de mercado encontramos: a) bienes públicos, b) contaminación ambiental y c) monopolios naturales.

Claramente los servicios de agua y energía categorizan dentro de los monopolios naturales. Un mercado monopolístico es aquel que por determinadas circunstancias se limita a tener un solo oferente o bien existe uno que detenta una posición de dominio en ese mercado. El monopolio es considerado disvalioso desde el momento en el que facilita el abuso del actor fuerte del mercado contra los intereses de los usuarios y consumidores, e incluso contra potenciales consumidores y competidores.

Una empresa monopolística maximiza al igualar el ingreso marginal con su costo marginal, siendo el precio mayor que el costo medio. Opera en eficiencia x (para él) pero no en eficiencia del sistema, puesto que al no haber otros oferentes, no opera el costo medio mínimo. ²

Recuerda Macon que Estados Unidos dictó a fines del siglo XIX la ley Sherman anti-trust, a partir de los cuales se resolvieron varios casos: estándar, Rockefeller y ATT. Este autor explica también que la motivación de las normas antimonopólicas no son sólo de naturaleza económica, sino también políticas: el estado busca evitar que se rompa el equilibrio social y de poder, el cual es fundamental para el sistema democrático. ³

Los llamados servicios públicos constituyen monopolios naturales, asumiendo costos de inversión de capital altos y costos hundidos.

Por su parte la doctrina definió los siguientes caracteres del monopolio natural:

- a) Alta inversión inicial del capital.
- b) Prestación de servicios o bienes valorados como esenciales (p.e. agua potable)
- c) Imposibilidad de almacenamiento en casos de baja demanda
- d) Necesidad de una conexión en red.
- e) Mercado atractivo para obtener rentas. ⁴

En un sentido más amplio se considera monopolio natural también a aquel en donde la producción de una sola empresa representa costos menores que la producción de varias empresas por separado.

¹ SCANDIZO, Daniel. Contribuciones a la gestión pública. Universidad Católica de Córdoba. Serie PROFIM. Editorial El copista. Córdoba, Argentina. 2006. Pág. 33

² En términos puramente económicos, el monopolio es denominado “natural” cuando se caracteriza porque al alcanzar un elevado volumen de producción la incidencia de los costos fijos se reduce respecto de cada unidad adicional, reduciéndose el costo medio y produciéndose economía a escala. Es el caso de la llamada “economía a escala”. El costo marginal es menor que el costo medio promedio; es decir que alcanzando cierto volumen de producción (economía a escala) los costos disminuyen. Consecuentemente el mercado es más eficiente en la medida en la que cuenta con un solo oferente. Consecuentemente, esta especie de monopolios, a diferencia de los otros, opera en el campo de los costos decrecientes. Dos empresas operan con costos medios mayores que una.

³ MACON, Jorge. Economía del Sector Público. Ed. Mc Graw Hill Interamericana. Bogotá. Colombia. 2002. Pág. 48.

⁴ BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. Desregulación. Entre el Derecho y la Economía. AbeledoPerrot. Buenos Aires 1993. P. 107

La tensión regulatoria lleva a un desafío: la necesidad de que el estado intervenga a través de los denominados marcos con el objeto de tutelar a los usuarios –evitando por ejemplo prácticas abusivas en materia de tarifas, calidad y cantidad del servicio ofrecido, pero también debe propiciar el buen funcionamiento del servicio y de la empresa prestataria, evitando –por ejemplo- la entrada de competidores que desmembran el mercado, tornándolo antieconómico.⁵

Es apropiado regular un mercado que funciona bajo la modalidad de monopolio natural a los efectos de que éste subsista, a la inversa de los monopolios artificiales, en los que se regula a los efectos de facilitar la entrada de competidores y favorecer así la competencia. Como hemos visto anteriormente, la regulación busca que no se desmembre el mercado –protege al productor- pero también se tutelan los intereses de los usuarios y consumidores; más aun cuando estamos en presencia de un bien esencial o preferente.

Jorge Eduardo Bustamante (1993)⁶ ha sostenido que se han desarrollado diversas teorías a los efectos de justificar la regulación estatal.

En primer lugar, se desarrolló teoría del interés público, que a su vez ha sido la más aceptada, y que encuentra como fundamento de la regulación de un sector de la economía la necesidad de que el estado asegure el “bien común”, corrigiendo las ineficiencias del mercado. Tal sería el caso del servicio de agua y saneamiento, de indudable impacto social y con estrecha relación en desarrollo humano que el estado debe tutelar como garante del interés público.

En el caso de los servicios públicos el estado ha tomado dos caminos: a) creado empresas públicas o b) a otorgar la gestión y organización del servicio a una empresa privada; siempre a través de la técnica jurídico administrativa de la concesión. En párrafos subsiguientes veremos de qué modo Corrientes afrontó la disyuntiva recurriendo, precisamente a la forma de empresa pública y luego a la concesión.

Siempre siguiendo a Bustamante, encontramos la teoría del acuerdo colectivo, en razón de la cual, la intervención estatal halla fundamento en el famoso “dilema del prisionero”, donde se permitiría desbloquear los dilemas de acción colectiva (juego de conveniencias) a través de las regulaciones que suplantán la voluntad de todos los actores, incluso la de aquellos que se oponen a un acuerdo por motivos estratégicos, aún sabiendo de su conveniencia (free riding) De este modo, la regulación estatal vendría a forzar un acuerdo colectivo o social.

Bustamante critica esta última teoría, pues considera que desvirtúa la dinámica del libre consenso y postula la tesis de los costos de transacción, según la cual la verdadera reforma institucional consiste en eliminar o reducir los costos de transacción.

Constituyen costos de transacción –en sentido muy amplio- aquellos aspectos institucionales y fácticos, así como todas las circunstancias que dificultan llegar a un acuerdo sobre un interés en común.

⁵ Cabe recordar que la situación de monopolio natural, a menudo, ha sido tratada con tres posibles soluciones:

- Empresas públicas, en donde ante una situación deficitaria, esta asumida por los contribuyentes.
- Empresas privadas subsidiadas, en cuyo caso, también al existir situación de déficit, esta es soportada por las cuentas fiscales.
- Empresas privadas reguladas por el estado sin régimen de subsidios. En este caso, la situación posible de déficit no es afrontada por el gasto público.

⁶BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. Obra citada Página 37 y siguientes.

En este orden de ideas, las regulaciones estatales constituyen costos de transacción⁷.

Desde esta óptica, el fundamento de la regulación esta dado, no por la creación de restricciones al mercado, sino por la creación de instituciones que tienden a fortalecerlo; tales como han sido para la economía el dinero, la letra de cambio o la responsabilidad limitada. Para este autor, serán las instituciones que impulsen la competencia aquellas que eliminan las fallas del mercado, y no las tradicionales restricciones regulatorias.

Finalmente, encontramos la denominada teoría económica de las regulaciones, partiendo de dos premisas: a) toda regulación tiene costos b) la regulación puede explicarse desde la ley de la oferta y la demanda.

En efecto, desde esta concepción el estado es demandado por regulaciones, pues mejora así la rentabilidad de los sectores beneficiados, siendo esto consecuencia de la natural búsqueda de la maximización.

Habrà que ver entonces en cada caso, quienes o cuales son en cada caso, los realmente favorecidos por las regulaciones de los distintos sectores de la economía y del sector productivo del país.

De todos modos, la razón de ser de El caso del “mercado” de agua potable y saneamiento posee características notables atento la naturaleza esencial que reviste el bien del que se trata, tal como es definido en nuestros días el acceso al agua saludable como derecho humano. Es por ello que postulo como fundamento de la intervención administrativa la existencia de un interés público concreto y perfectamente definido, como lo es, asegurar la calidad y eficiencia de la prestación de un servicio que cubre una necesidad esencial y vital para la condición humana.

Del mismo modo, la tendencia actual es reconocer que el acceso al servicio eléctrico también constituye hoy un derecho elemental, de modo tal que la jurisprudencia, incluso aquella emanada de Tribunales de Corrientes, ha establecido franquicias del 100% en el pago de la tarifa ante determinados supuestos extremos.⁸.

Consideramos que el objeto de la intervención del estado es, de una manera o de otra, la tutela del bien común, elemento que nos conduce a la noción de bienestar general y resguardo del interés público.

La noción de bien común se sostiene en la idea de afianzar la justicia como razón última de todo el accionar estatal. Tales expresiones tienen su fundamento constitucional en el propio artículo 75 inciso 18 Por su parte, en el concepto de poder de policía ya consagrado en el artículo 14 de texto Constitucional. La técnica del servicio público –publicatio- constituye en si el instrumento jurídico en virtud del cual el estado ejerciendo su poder de imperio publicifica una actividad –que responde al interés público- dotándola los clásicos caracteres de regularidad, continuidad, generalidad e igualdad. Sólo el estado puede asegurar tales aspectos de las prestaciones a través de la regulación –y eventual publicatio-

⁷ BUSTAMANTE, Jorge. Obra citada Página 40 y siguientes.

⁸ Causa: Meza Marta c/ Direccion Provincial de Energía Eléctrica y Estado de la Pcia. de Corrientes s/Amparo Expte 40180/9. Superior Tribunal de Justicia. www.juscorrientes.gov.ar

Esta posición de origen doctrinario tiene hoy sustento constitucional, dado que con la consagración de los derechos de los usuarios y consumidores se previó por primera vez en el texto de la Carta Magna la expresión “servicios públicos”, estableciéndose el deber del estado de dictar los marcos regulatorios y una serie de cuestiones vinculadas a su calidad y eficiencia. Seguidamente haremos una breve reflexión acerca de los alcances de una política constitucional clara en la materia desde 1994 que desde el año 2007 fue incorporada con mayores exigencias aún, en la Constitución de Corrientes.

Apuntes sobre el mandato constitucional regulatorio:

A la luz del texto constitucional previsto en el artículo 42⁹ se puede afirmar que el constituyente de 1994 ha establecido una línea clara en la materia, fijando una serie de parámetros esenciales o anda niveles dentro de los cuales los servicios públicos deben ser organizados y prestados a los usuarios. El centro de protección es la persona, razón por la cual la tutela de sus derechos en las relaciones de consumo constituye un instrumento en pos de esa protección. Se le impone al estado –en rigor, a los tres poderes o funciones- el deber de garantizar el acceso a toda la población a estándares prestacionales mínimos.

Se incorpora por primera vez la expresión “servicios públicos”, institución clásica del derecho administrativo fuertemente debatida pero que hoy goza ya de raigambre constitucional.

El artículo 42 fija una política constitucional y legislativa, lo cual significa un salto cualitativo en la materia, toda vez que nuestra norma fundamental ha pasado del silencio absoluto a determinaciones expresas en materia de servicios públicos; obedeciendo como lo sostuvimos anteriormente, a criterios más propios del estado social de derecho que al típicamente liberal.

En la interpretación constitucional, el artículo 42 debe ser armónicamente analizado junto con las prescripciones del artículo 75 inciso 22, que a través de los diversos Tratados Internacionales que gozan hoy de jerarquía constitucional en nuestro país, han reconocido a los ciudadanos el derecho a un “nivel de vida adecuado” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25), complementándose expresamente con el artículo 12 del Pacto internacional de Derechos Económicos, en tanto su artículo 11 expresamente consagra lo siguiente: “... Los Estados parte 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”

Ergo, se le define al estado un rol activo en el ámbito de los servicios públicos. Su fundamento político social, radica en que en países como el nuestro con realidades sociales tan diversas y opuestas, los servicios públicos domiciliarios cumplen también una función de justicia social. Así, el fácil acceso al agua, la electricidad, el gas y las comunicaciones contribuyen a igualar los puntos de partida respondiendo a criterios de equidad y justicia distributiva, desde una concepción social del estado.¹⁰

⁹Artículo 42.- 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. ”

¹⁰Explica Alejandro Perez Hualde (Marco Regulatorio de los Servicios Públicos 2008. P.2.D Carrera de Especialización en Derecho Administrativo. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE, Biblioteca de Posgrado) que “... La determinación de la Convención Constituyente de 1994 de incluir a los servicios públicos en el texto constitucional importa

Existe un doble fundamento para que la reforma de 1994 haya fijado una política constitucional en materia de servicios públicos: por un lado, un mandato que le reconoce al estado un papel activo en esta materia con la finalidad de garantizar el igualitario acceso a los servicios públicos (como instrumento de nivelación social), pero por otra parte, la necesidad de equilibrar las asimetrías económicas y técnicas generalmente existentes entre los grandes proveedores y oferentes del mercado con sus consumidores y usuarios.

Lo citado refleja un compromiso social del constituyente que pone al estado, a través de sus tres funciones (ejecutiva, legislativa y judicial pues la voz autoridades deberá ser interpretada en amplio sentido) en el deber de asegurar condiciones de calidad y eficiencia en materia de servicios públicos, regulando por primera vez de modo expreso a la institución así como que posteriormente pasa a jerarquizar a la figura de los usuarios, creando tal como lo veremos, un verdadero estatuto constitucional sobre este y las denominadas relaciones de consumo.

Señala Uslenghi: "... la temática específica de los "servicios públicos" aparece inmersa dentro del entramado general de los derechos de los consumidores y usuarios, como una especie de ese género. Los usuarios de servicios públicos (y cabría agregar, de obras públicas), así, son destinatarios de regulaciones compartidas con el resto de participantes de la relación de consumo, por una parte, y por la otra, resultan beneficiarios de derechos específicos..."¹¹

Como consecuencia de lo expuesto, claro está que el constituyente de 1994 perfiló un rol del estado en materia de servicios públicos y fijó como pauta rectora el equilibrio entre el estado y el mercado, asignándole al primero un rol fundamental en la preservación de la institución y la titularidad sobre esta.

Paralelamente conjugó la centralidad del ser humano y contempló una serie de derechos básicos en poder de los usuarios para asegurar su protección en el marco de las relaciones de consumo, así como las condiciones de acceso digno y eficiente a lo que se supone son prestaciones indispensables para asegurar el bienestar general. Plasmó un estado presente, no prescindente fijando las directrices señaladas.

Particularidades en el caso de la energía eléctrica en Corrientes

En las últimas décadas se propiciaron modificaciones en las formas de producir y suministrar los servicios, en los modelos de organizar y gestionar las empresas y en los niveles de exigencia de la demanda. Esto dio lugar a una profunda revisión de los roles del Estado y del Mercado, de las modalidades posibles de participación de la iniciativa privada y de los usuarios y, en general, del modelo de gestión asociado a la explotación de servicios públicos.

El principal argumento que se sigue esgrimiendo es que los servicios públicos de energía eléctrica se encontraban atrapados en un "circulo vicioso de mala calidad" según el cual el intervencionismo político y la confusión de roles del Estado, generaban prácticas de gestión ineficientes en las operadoras de los servicios y propiciaba niveles de tarifas bajos que no garantizaban la sostenibilidad de los servicios a largo plazo. Ambas prácticas repercutían negativamente sobre la calidad y cobertura de los servicios y reforzaban un mayor intervencionismo político.

una decisión de alto contenido ideológico político. Implica, sin duda, un compromiso con un concepto de estado pro activo a la defensa de aquellos sectores débiles de la sociedad que necesitan de un especial régimen jurídico de protección que les garantice el acceso a la satisfacción de determinadas necesidades de naturaleza económica..."

¹¹USLENGHI, Alejandro. Obra citada. P 28.

Para lograr la ruptura de este círculo vicioso, se planteó la necesidad de la “desintervención política” o desestatalización de los servicios a través de tres instrumentos interrelacionados:

- a) Un nuevo marco legal que pauté la adecuada separación de roles y la creación de instancias regulatorias independientes
- b) una política y estructura de tarifas que garantice la sostenibilidad económico /financiera de los servicios
- c) La incorporación de operadores privados que puedan mejorar la eficiencia de los mismos y separar, suficientemente, la operación de los servicios de las funciones rectoras, reguladoras y controloras, del Estado.

Estos instrumentos garantizarían a los usuarios la obtención de servicios de calidad al menor costo posible. A su vez, la satisfacción de los usuarios y los canales que crea el nuevo arreglo institucional para su participación directa, reduce la necesidad, propensión y justificación de “los políticos” a intervenir en la operación y financiamiento de los servicios, reforzando la dinámica de transformación y creando un “círculo virtuoso de mejora de la calidad”.

A diferencia de muchas jurisdicciones provinciales en las que se implementó un proceso de privatización del servicio público de energía eléctrica, en la provincia de Corrientes, al igual en Córdoba, Santa Fé y Chaco, la gestión del servicio desde su traspaso a la órbita provincial, continuó bajo gestión pública.

Esta situación dio lugar durante mucho tiempo a la aplicación unilateral de cuadros tarifarios por parte del prestador del servicio, vía decreto del Poder Ejecutivo, conservando una de las características propias del denostado modelo de “intervención política”.

Producto del proceso privatizador de la década del noventa, el artículo 42 de la Constitución Nacional, prevé expresamente la conformación de instancias reguladoras independientes y contempla la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en las mismas.

Como lo vimos, la Constitución provincial reformada en el 2007, replica las previsiones de la constitución nacional, pero en materia de servicios públicos establece lo siguiente “La legislación establece los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia provincial, previendo el mecanismo de audiencias públicas y la necesaria participación en los organismos de control y en la confección o modificación de dicho régimen regulatorio, de las asociaciones de consumidores y usuarios”.

Claramente la Constitución Provincial es más específica que la Constitución Nacional, por un lado, establece un mecanismo de participación “audiencia pública” y por el otro amplía la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios a la confección o modificación del régimen regulatorio de los servicios públicos.

Estas previsiones delimitan que al momento de fijar un cuadro tarifario, se debe convocar a una audiencia pública, y que las asociaciones de usuarios y consumidores, deben participar de la confección del mismo. El mecanismo de audiencias públicas de carácter obligatorio está previsto también en materia de energía eléctrica en las siguientes jurisdicciones que cuentan con entes reguladores específicos para el servicio eléctrico: Entre Ríos, Mendoza, Río Negro, San Juan, San Luis, Santiago del Estero, Tucumán, Estado Nacional y de carácter optativo en la provincia de Buenos Aires.

También están previstas con carácter obligatorio en las jurisdicciones que cuentan con entres reguladores multisectoriales. (Catamarca, Chubut, Córdoba, Formosa, Jujuy, La Rioja, y Salta). La convocatoria a audiencia pública para tratar modificaciones en el cuadro tarifario es obligatoria en todas las jurisdicciones mencionadas con excepción de Buenos Aires y Chubut. (Azpiazu, 2008).

La participación Ciudadana en el nuevo marco regulatorio en materia de Tarifas.

Cinco años después de la reforma Constitucional de 2007, la legislatura de la provincia de Corrientes dictó la ley 6073 de Regulación de la Política Electroenergética en la Provincia de Corrientes Disponiendo la Creación de un Ente Provincial Regulador Eléctrico. (EPRE)

La norma recoge el precepto constitucional del artículo 48 de la Constitución Provincial, en materia de tarifas en sus artículos 21, 22 y 24. En el primer artículo mencionado dispone que el EPRE debe convocar a audiencia pública conforme al mecanismo establecido por la Ley N°: 5.982, previo a la aprobación de un Cuadro Tarifario.

También prevé la convocatoria de Audiencia Pública ante la solicitud de los prestadores de modificaciones que consideren necesarias si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas. La Ley entiende como circunstancia objetiva, aquélla que genere una excesiva onerosidad sobreviniente o desequilibrio significativo en la prestación, en tanto que circunstancia justificada es aquélla que provenga de causas exógenas al accionar o acto propio del prestador. (Artículo 23).¹²

¹²En materia de audiencias públicas, es vital el fallo emanado del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes in re Asociación de Usuarios y Consumidores de Corrientes c/D.P.E.C. s/Amparo, en donde se invalidó un aumento en el cuadro tarifario que se aprobó vía decreto sin la previa realización de la audiencia pública establecida en el artículo 48 de la Constitución Provincial. En su parte medular reza el fallo: *En ese particular contexto, y más allá del juzgamiento de la razonabilidad o irrazonabilidad del nuevo cuadro tarifario implementado por la Dirección Provincial de Energía por resolución N° 1049/08 aprobado por decreto N° 2668/08, que de acuerdo a los fundamentos expresados por los accionados tuvo como antecedente inmediato la resolución N° 1169/08 de la Secretaría General de la Nación, lo cierto y concreto es que la Dirección Provincial de Energía única prestataria de este servicio público en el ámbito provincial, no ha seguido con el procedimiento constitucional establecido al efecto, tornando a estos actos del poder administrador contrarios a la Constitución de la Provincia y a preceptos de la Constitución Nacional. En efecto, la omisión del procedimiento de audiencias públicas en el mecanismo de determinación del ajuste tarifario fue esgrimida como fundamento de la pretensión del amparista. Lo cual mereció la réplica de los accionados en el sentido de que la Provincia de Corrientes no cuenta con organismos de control y que no existe un marco regulatorio. En la provincia de Corrientes, el art. 48 de la Constitución prevé en lo que aquí interesa que: “[...] La legislación establece los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia provincial, previendo el mecanismo de audiencias públicas y la necesaria participación en los organismos de control y en la confección o modificación de dicho régimen regulatorio, de las asociaciones de consumidores y usuarios y de los municipios interesados”. En idénticos términos, el art. 42 de la Constitución Nacional, dispone: “[...] 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...”. El principio de las audiencias públicas es de raigambre constitucional y constituye el único medio para conseguir la efectiva participación de los interesados. Como señala Gordillo: “a) es una garantía objetiva de razonabilidad de para el administrado en cuanto a percepción de que el Estado actúa con sustento fáctico, proporcionalidad, etc.; b) es un mecanismo idóneo de la formación de consenso de la opinión pública respecto de la juridicidad y conveniencia del obrar estatal, de testear la reacción pública posible antes de comprometerse formalmente a un curso de acción; c) es una garantía objetiva de transparencia de los procedimientos estatales respecto de los permisionarios y concesionarios, de modo tal que el público perciba esa relación como transparente y límpida. Esa transparencia, conviene no olvidar, viene también exigida por la Convención Interamericana contra la Corrupción; c) es*

Prevía evaluación, el EPRE, en un plazo no mayor a treinta (30) días, difundirá públicamente la solicitud de modificación y en la misma convocará a una audiencia pública, en un plazo no menor a veinte (20) días corridos a la fecha fijada para su realización, a fin de determinar si el cambio solicitado se ajusta a las disposiciones de esta ley y al interés público relacionado con la calidad del servicio.

También puede convocar a una audiencia pública Cuando como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o por denuncia de usuarios, el EPRE considere que existen motivos razonables para alegar que la tarifa de un prestador es injusta, irrazonable o indebidamente discriminatoria (artículo 24)

Como se puede observar el régimen regulatorio de la prestación del servicio público de energía eléctrica, prevé detalladamente los supuestos en los que se contemplan la convocatoria a audiencias públicas en materia de tarifas.

Estas disposiciones se complementan con la regulación en materia de Audiencia pública prevista en la ley 5982. En primer lugar la convocatoria a Audiencia Pública en materia de Tarifas es de carácter obligatoria y tal como prevé la ley 5982 en su artículo 10, su incumplimiento constituirá falta grave e importará la nulidad del acto administrativo dictado sin la realización previa de la misma.

En segundo lugar, en su artículo 11 dispone el derecho de cualquier persona de solicitar ante la autoridad convocante la realización de una audiencia pública, y la obligación de la autoridad convocante de expedirse sobre la solicitud en un plazo de 30 días. Esta reglamentación haría operativa el artículo 24 de la Ley 6073.

La ley 5982 prevé una exhaustiva reglamentación de la implementación de la audiencia pública, y dos mecanismos de participación de los ciudadanos: por un lado la inscripción como oradores (artículo 12) y por el otro lado la posibilidad de preguntar por escrito por parte de aquellos que no se han inscripto (artículo 31).

En el marco regulatorio eléctrico, la previsión de la necesaria participación de las asociaciones de usuarios en consumidores en los entes de control, está contemplado en los artículos 46 al 48 de la ley 6073,

un elemento de democratización del poder, conforme el ya clásico principio de que ya la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder; e) es también un modo de participación ciudadana en el poder público, exigido por principios políticos constitucionales y supranacionales” (Agustín Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo”, t. 2, 6ª. Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Cap. XI, p. 6). La circunstancia de que no se encuentre reglamentado en el ámbito provincial en nada impide su plena operatividad, pues las garantías constitucionales existe y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías. Sobre la base de estas consideraciones arribo a la conclusión que la Dirección Provincial de Energía al haber obviado el procedimiento de las audiencias públicas previsto expresamente en el art. 48 de la Constitución provincial y de modo implícito en art. 42 de la Constitución Nacional, para la implementación del nuevo cuadro tarifario, además vulnerar los preceptos constitucionales sindicados, desconoció el derecho de defensa de los usuarios y consumidores del servicio, quienes se vieron privados de la posibilidad de conocer en profundidad y transparencia las razones que llevaron a la entidad accionada a disponer el aumento, convirtiendo a las resoluciones administrativas impugnadas desprovistas de toda validez constitucional.

Estos artículos reglamentan el órgano Consultivo, del que las asociaciones de usuarios y consumidores, son integrantes. Este órgano Consultivo tiene funciones de asesoramiento y consulta, de carácter no vinculante. Sus miembros pueden dejar constancia de sus propias opiniones en los dictámenes que emiten, colectivos o individuales, sin necesidad de votación.

Entre sus funciones se contemplan las siguientes: canalizar la opinión de la comunidad a través de las entidades representadas, y otras tendientes a cumplir con los objetivos de la presente ley; asesorar con carácter no vinculante al directorio o a su presidente, sobre las materias sometidas a su consideración, y solicitar que se aplique el procedimiento de audiencia pública cuando corresponda.

El desarrollo normativo desarrollado es exponencial en relación a la situación anterior al dictado de la ley 6073. En efecto el reglamento de prestación del Servicio de la Dirección Provincial de Energía Eléctrica, no se adecua a las previsiones constitucionales tanto a nivel nacional como provincial.

Nueva Institucionalidad y los límites a la participación ciudadana.

El nuevo marco normativo posibilitará por medio del Ente regulador la participación directa de los usuarios en el control del servicio; sin embargo el la falta de Funcionamiento del Ente Regulador impide el desarrollo de los mecanismos de participación.

Sin embargo estos nuevos espacios de participación especialmente en la fijación del cuadro tarifario pueden estar condicionadas por los siguientes factores:

- a) condiciones sociales que la limitan.
- b) determinación limitada de los temas donde el público y los usuarios participan.
- c) falencias en la información y oportunidad de la información que se proporciona al público durante la implementación de la audiencia pública.
- d) falta de determinación de mecanismos alternativos y capacidad de decisión final cuando la participación no llega a conclusiones oportunas, tanto en sustancia como en tiempo.
- e) captura de las entidades de usuarios por grupos o sectores que usufructúan las entidades en provecho propio.

Los obstáculos de la plena participación son varios, por una parte, la falta de disposiciones jurídicas y espacios formales y no formales que posibiliten la acción pública; por otra parte tal como afirmábamos precedentemente la sola existencia de estos espacios no aseguran la participación ya que se ven afectadas por las diferencias de posibilidades de acceso a los que toman las decisiones políticas y la capacidad de cabildeo de grupos de presión con intereses distintos.

En materia de energía eléctrica los intereses de los consumidores pueden no estar bien representados en los procesos normativos que regulan el servicio, a raíz de obstáculos institucionales así como a la falta de información y conocimientos técnicos entre las organizaciones de consumidores.

Sin embargo, debemos resaltar que el modelo de participación ciudadana prevista en el esquema institucional a través de la Constitución nacional privilegiaba a las asociaciones de consumidores. Este privilegio a parte de los inconvenientes ya señalados de la delimitación de los temas y de los usuarios que participan podría traer aparejado un déficit democrático importante.

En efecto Felder y López (1999) han caracterizada a las entidades activistas de los Derechos de los Consumidores en la Argentina por los siguientes aspectos:

1. La conducción de estas entidades está fundamentalmente en manos de profesionales (en general abogados y economistas).
2. Se centran en tareas de asesoramiento y atención de usuarios y consumidores, además de realizar cursos, seminarios y estudios específicos sobre temas que afectan al consumidor o al usuario.
3. Participan en ellas un limitado número de socios.
4. Tienden en gran medida a officiar de intermediarias entre los usuarios, las empresas y la administración pública.

A estas características debemos agregar una quinta, marcada por la idea de formar opinión pública e influir en la legislación. Estos singulares aspectos de las organizaciones de consumidores encuadran en el nuevo patrón asociativo denominado por Skocpol (1999) como “Association Without Members”, cuya nota distintiva estaría dada más por el activismo que por la membresía.

El alto nivel de profesionalización con que necesariamente deben contar las asociaciones de consumidores (Vargas Niello, 1999) las convierten en estructuras cerradas en las que los estratos mejor educados de la clase media alta están más habilitados para intervenir, como ocurre en gran parte de estas nuevas formas de organización de la sociedad civil. No podemos dejar de reconocer sin embargo la importante labor llevada a cabo por estas entidades, sin embargo si bien las asociaciones de consumidores son necesarias para el control de este tipo de servicios públicos, es necesario ampliar el ámbito a otro tipo de organizaciones ciudadanas.

Sin embargo, pese a esta limitación constitucional, la amplitud contemplada en la audiencia pública como mecanismo de participación, complementa esta limitante. Como se señalan las audiencias públicas cumplen una función de control en la medida en que abren al público en general decisiones que, de otro modo, se tomarían a puertas cerradas en los despachos oficiales (y, cuando no, en las propias empresas prestadoras).

El desafío de la implementación del nuevo esquema normativo, está centrado en convertir la audiencia pública en una verdadera instancia de debate público con efectiva capacidad de influir en la toma de decisiones y no en un mero trámite administrativo para dar cumplimiento a condiciones constitucionales evitar el bloqueo judicial de las decisiones tomadas en materia de tarifas. Por otra parte la demora en la puesta en función del Ente Regular limita la implementación de los nuevos espacios de participación.

Conclusiones:

La regulación de los servicios públicos plantea el debate acerca del rol del estado y su papel interventor en la economía. En la actualidad, a partir de los mandatos constitucionales imperantes, existe una definida política que le impone al estado el deber de regularlos, con el objeto de alcanzar ciertos estándares de calidad, acceso y eficiencia en las prestaciones. En esta materia, el papel del usuario también goza hoy de naturaleza constitucional y ha sido empoderado a partir de una serie de herramientas participativas tales como los organismos de control y las audiencias públicas. En este contexto, el caso del servicio de energía eléctrica en la Provincia de Corrientes cuenta hoy con un nuevo marco regulatorio, pero carece por ejemplo, de un ente regulador en funcionamiento. De todas maneras, la jurisprudencia ha venido tutelando activamente a los usuarios, invalidando decisiones administrativas que se contraponían al orden constitucional. Se podría afirmar entonces que en este caso en particular, mucho se ha hecho pero aún falta camino por recorrer, sin perjuicio de lo cual, el mandato constitucional que es claro, viene siendo resguardado por un avance en la legislación infraconstitucional y la jurisprudencia.

Bibliografía

- Azpiazu, D., Bonofiglio, N., & Nahón, C. (2008). Agua y energía: mapa de situación y problemáticas regulatorias de los servicios públicos en el interior del país. FLACSO. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
- BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. Desregulación. Entre el Derecho y la Economía. AbeledoPerrot. Buenos Aires 1993
- Felder, R., y López, A. (1999), "Participación de los usuarios en el control de los servicios públicos privatizados. La experiencia argentina". Revista del CLAD Reforma y Democracia. - Caracas. - No. 14, (Jun. 1999) <http://www.clad.org.ve/rev14/Felder.html>.
- MACON, Jorge. Economía del Sector Público. Ed. Mc Graw Hill Interamericana. Bogotá. Colombia. 2002
- Skocpol, T. (1999); "Association Without Members" The American Prospect vol 10 no. 45, July 1, 1999 August 1,
- SCANDIZO, Daniel. Contribuciones a la gestión público. Universidad Católica de Córdoba. Serie PROFIM. Editorial El copista. Córdoba. Argentina. 2006
- Uslengui, Alejandro. "El servicio público como categoría constitucional" en Servicio Público y Policía. El Derecho. Buenos Aires 2006.
- Vargas Niello, J.(1999) Discurso de Apertura. Primeras Jornadas Internacionales de Política y Derecho del Consumo. Buenos Aires, Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos.