

2011

AÑO 23

**DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Director**  
Juan Carlos Cassagne

**Subdirector**  
Pablo Esteban Perrino

**Secretaria general**  
Estela B. Sacristán

**Consejo de redacción**  
Pedro Aberastury (h) - Alberto B. Bianchi - Pedro J. J. Coviello -  
Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - María Jeanneret de Pérez Contés -  
Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

**Secretarios de redacción**  
Denise L. Bloch - Ezequiel Cassagne - Analla Conde -  
Juan Gustavo Convalán - Julio C. Durand - Fernando E. Juan Lima -  
Jorge I. Muratorio - Daniel M. Nallar - Marisa L. Panetta -  
Gustavo E. Silva Tamayo - Maximiliano Toricelli - María Susana Villarruel

**Coordinadora**  
María Eugenia Zacagnino

Una publicación de  
**AbeledoPerrot SA**  
Tucumán 1471  
(C1050AAC) Buenos Aires  
Argentina

**Director Editorial**  
Alejandro P. F. Tuzio

**Editor**  
Leandro T. Pacheco Barassi

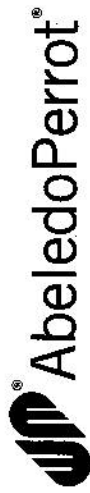
**Redacción**  
Pablo G. Gilemann

ISSN 1851-0590

**DERECHO  
ADMINISTRATIVO**

**Revista de Doctrina, Jurisprudencia,  
Legislación y Práctica**

Director: **Juan Carlos Cassagne**



Así, por caso, la incorporación de las garantías al "debido procedimiento administrativo" (su llamada "procesaización"); la participación en la toma de decisiones (p. ej., a través de la formulación de presupuestos participativos); la transparencia; el acceso a la información y el control ciudadano; etc., resultarían manifestaciones del principio de eficacia exigibles por los particulares a la Administración, no como un fin en sí mismo, sino como cauce necesario para la obtención de una concreta actuación de su parte que brinde respuesta a la necesidad pública a satisfacer.

### VIII. CONCLUSIÓN

La eficacia es un valor que orienta el ejercicio de la función administrativa, tanto en lo que se refiere a su aparato organizativo (faz estática), como en su actuación (faz dinámica) y, a la vez, una exigencia instrumental en sus relaciones con los ciudadanos para la satisfacción de sus necesidades. La dificultad de determinar, en ciertos ámbitos de actuación administrativa, estándares parametrizables u objetivos que la midan, en todo caso representa un desafío y preocupación constantes en aras de lograr una permanente mejora en la calidad de la gestión pública, mas no el pretexto para soterrarla, como se hizo en el pasado.

Elo por cuanto a un Estado social y democrático de derecho se le exige, por imperio ya no sólo del propio orden jurídico que crea, sino también merced al derecho supranacional al que adscribe, como dice Gordillo, por ser "el precio de ser parte de una comunidad civilizada", la protección eficaz de los derechos humanos y la asignación eficiente de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente, en un marco de respeto a la libertad individual, compatible con el bienestar general y los derechos de todos. Cualquier gestión moderna en un Estado social y democrático de derecho debe plantearse alcanzar ciertos objetivos para poder evaluar la idoneidad, en términos de satisfacción de las necesidades generales, del diseño y ejecución de una política pública determinada y, de este modo, facilitar su control<sup>35</sup>.

Bajo la aceptación de esta premisa, y para finalizar, nos parece atinado recordar un pasaje de una novela del japonés Haruki Murakami, recientemente traducida al castellano (*De qué hablo cuando hablo de correr*<sup>36</sup>), quien, a su vez, reconoce que dicho título es una paráfrasis del relato de cuentos del escritor norteamericano Raymond Carver ("De qué hablo cuando hablo del amor").

Según Murakami: "La mayoría de los corredores suele afrontar las carreras fijándose de antemano un objetivo concreto... Si consiguen recorrer cierta distancia en el tiempo que se han fijado, entonces 'han conseguido algo', y si no lo logran, entonces 'no lo han conseguido'. Lo mismo cabe decir del trabajo... de novelista... Lo más importante es si lo escrito alcanza los parámetros que uno mismo se ha fijado, y frente a eso no hay excusas".

Como en las maratones, como al escribir novelas, el administrador público debe fijarse objetivos para medir su eficacia y alcanzarlos: frente a eso tampoco hay excusas.

<sup>35</sup> Aspecto incipiente todavía en la Argentina y, que, por contrapartida, muestra importantes avances doctrinarios y jurisprudenciales en Brasil. Ver DE FREITAS BARROS, Marcus A., *Control Jurisdiccional de Políticas Públicas. Parámetros objetivos e tutela colectiva*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008, especialmente cap. V, ps. 167/218.

<sup>36</sup> Tusquets, Buenos Aires, 2010.

## TUTELA DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: ¿ES LA RELACIÓN DE CONSUMO COMPATIBLE CON EL SERVICIO PÚBLICO?\*

por ESTELA B. SACRISTÁN

### I. PLANTEO

Exponer acerca de la tutela administrativa y judicial de los usuarios de los servicios públicos, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, parecería un objetivo inusualmente aventurado por lo abarcativo, ofreciendo un perfil de derecho constitucional y otro de derecho administrativo, con sus cambios plasmados con la reforma constitucional de 1994, y en el ámbito local, con la Constitución sancionada en 1996. Se trataría de un vasto campo de estudio, que comprendería, por un lado, la "tutela o protección en sede administrativa y en sede judicial", cuestión que remitiría al estudio de recursos o reclamos y demás remedios disponibles, en sede administrativa o en sede judicial, para tutela de "usuarios y consumidores de los servicios públicos", lo cual conduciría, en lo principal, al problema de la calificación de una actividad como servicio público.

Pero esos dos aspectos, entrecamillados, presupondrían que hay tanto "usuarios" como "consumidores" de servicios públicos. Así las cosas, entiendo que puedo dar a estas reflexiones un cauce mucho más modesto y restringido, casi ontológico: el de inquirir si hay "consumidores de servicios públicos". En otras palabras, me adentraré en la cuestión de si puede haber "relación de consumo" en el campo de los servicios públicos. ¿O es que éstos excluyen esa relación por mediar incompatibilidad? Ello sería equivalente a preguntarse si el servicio público genera relaciones de consumo o si genera relaciones de otra clase.

Entiendo que reflexionar sobre la mentada cuestión no resultaría baladí: importantes planteos, relativos a la condiciones de prestación de diversos servicios públicos, se suceden a diario, en sede judicial, con base en la ágil arquitectura procesal que la legislación de defensa del consumidor establece.

\* Este trabajo se basa en la exposición efectuada en las II Jornadas de Administración y Justicia del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el 4/5/2011.

A modo de ejemplo, han sido calificados como servicios públicos la actividad bomberil<sup>1</sup> o incluso ciertas prestaciones médico-asistenciales<sup>2</sup>. En ambos casos, según la respuesta al interrogante que propongo, resultará primordialmente invocable, por los sujetos involucrados —beneficiarios, prestadores—, la legislación protectora de los consumidores, o resultará primariamente invocable el marco regulatorio específico de la actividad de que se trate.

Estos párrafos transitarán por dos específicos campos: primero, el de la diversas tesis que pueden esgrimirse acerca de la tutela de los usuarios y consumidores de los servicios públicos y, segundo, generalidades acerca de la aplicación, por extensión, de lo descubierto en punto a esas tesis, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

## II. TRES TESIS

Estimo que pueden esbozarse tres tesis acerca de la cuestión de la "protección o tutela de los usuarios y consumidores de servicios públicos, en sede administrativa y en sede judicial", tal el título asignado a esta exposición. Veamos:

### 1. Tesis afirmativa

Ésta sería la tesis favorable a la especial tutela o protección, administrativa y judicial, de quienes se beneficiarían actual o potencialmente con el servicio público. Sería una protección especial, específica: se los protege como consumidores, esto es, como sujetos involucrados en una relación de consumo que los liga o vincula con el prestador de esa especial clase de servicio. En otras palabras, la relación de servicio público sería igual a la relación de consumo y estaría amparada por la legislación de defensa del consumidor.

### 2. Tesis intermedia

Esta tesis implicaría la consideración de importantes límites —subjetivos o de otra clase— a la tutela o protección, en sede administrativa o judicial, de quienes se beneficiarían actual o potencialmente con el servicio público como si fueran consumidores. La relación de servicio público sería tan sólo similar a la relación de consumo, con evidentes diferencias entre ambas.

<sup>1</sup> Ley 25.054, art. 3° ("Reconócese el carácter de servicio público a las actividades específicas de los cuerpos activos de las asociaciones de bomberos voluntarios") (el destacado no es del original).

<sup>2</sup> Ley 22.269, art. 36 ("La prestación de los servicios médico-asistenciales por parte de los prestadores durante el lapso a que estén obligados, se considera servicio público de asistencia social...") (el destacado no es del original).

### 3. Tesis negativa

Según esta tesis, resultaría imposible otorgar, a quienes se beneficiarían actual o potencialmente con el servicio público, una tutela administrativa o judicial diferenciada propia de los consumidores. Ello, en razón de que habría una incompatibilidad inconciliable, intrínseca, evidente e irreductible entre consumo y servicio público.

## III. PRESUPUESTOS

Los presupuestos que se pueden tener presentes para encarar esas tres tesis serían:

— Primero, la preexistencia de un contexto de la libertad de industria o de comercio, tal como la consagrada en nuestra Constitución<sup>3</sup>, libertad que se desarrolla en un marco de mercado<sup>4</sup>; en ese mercado cohabitan la defensa de la competencia, la lealtad comercial y la defensa del consumidor<sup>5</sup>.

— Segundo, la posibilidad de elegir que, actual o potencialmente, asistiría al consumidor en ese contexto de libertad, lo cual implicaría que aquél elige o selecciona, actual o potencialmente, con quién contratar en el mercado que le es dado. En el marco de esa elección se formaría una relación de consumo entre consumidor que elige, por un lado, y proveedor —del bien o servicio— elegido, por el otro.

— Por último, el reconocimiento de la existencia de actividades que son servicios públicos por haber sido objeto de esa declaración del legislador por la cual se califica a una actividad como servicio público en el sentido que enseña Cassagne: *publicatio*<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Art. 14, CN ("Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comercial...").

<sup>4</sup> DALLA VÍA, Alberto, "La ideología de la Constitución económica", LL 2003-C-1114/1127, esp. p. 1116: "en la Constitución argentina, el constitucionalismo social sólo se entiende dentro, y no fuera, de la economía de mercado, como una continuidad 'racional' del Estado liberal, reiterando lo expresado por Yanossi".

<sup>5</sup> Ley 24.240, art. 3°; ver VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - ROMERA, Oscar E., "Criterios interpretativos de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor", LL 1994-C-797/800, esp. p. 798: "La mención especial de las leyes de defensa de la competencia (...) y lealtad comercial (...) junto con la ley [de Defensa del Consumidor] constituyen modernamente uno de los diversos elementos con que cuenta el Estado para orientar el funcionamiento de los mercados (...) [La razonabilidad en función de los fines propuestos por estas normas —el normal funcionamiento de los mercados (...)]— será la regla de oro para interpretar rectamente su aplicación".

<sup>6</sup> Sigo CASSAGNE, Juan Carlos, *derecho administrativo*, 8° ed. act., t. II, AbeledoPerrot - Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 411, donde alude a "la declaración legislativa de que una actividad de prestación configura un servicio público (*publicatio*)"; en igual sentido, BLANCHI, Alberto B., *La regulación económica*, t. I, Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 225, donde alude a aquella actividad que, por ser esencial a la comunidad, la autoridad estatal la "califica especialmente, dándole el carácter de servicio público".

Conf. COMADIRA, Julio R., "El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público", en AA.VV., *Servicio público, policía y fomento*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, s/f, ps. 17/37, esp. p. 26, y n. 37, allí, donde se refiere al "servicio público como actividad publicitada por el Estado y excluida, por tanto, de

Entiendo que la actividad objeto de *publicatio* en el sentido apuntado es sustraída de ese régimen de libertad de industria y, por tanto, extraída del mercado y del marco de libre elección del consumidor en razón de que la industria involucrada conlleva monopolio legal (dispuesto legislativamente) o natural (por razones de eficiencia). Como enseña Gelli, "la relación de consumo supone un convenio" y "la posibilidad de elección"<sup>7</sup>; en cambio, el servicio público es la *no competencia*, pues, según la citada jurista —en opinión que me permito compartir—, sólo "en la medida en que se abran los mercados de prestación de servicios públicos a la competencia, se le aplicará la legislación [de defensa de la competencia]"<sup>8</sup>.

En síntesis, consumo presupone presencia actual o potencial de mercado y actual o potencial de posibilidad de elección, y servicio público implica todo lo contrario: monopolio natural o legal y ninguna posibilidad de elección del prestador.

#### IV. LA TESIS AFIRMATIVA

La tesis afirmativa, favorable a una amplia tutela o protección administrativa y judicial de los usuarios y consumidores de los servicios públicos, se halla plasmada tanto en el texto constitucional nacional como en el portafolio.

Con posterioridad a la reforma de 1994, la Constitución Nacional establece, en el art. 42, que los usuarios y consumidores de "bienes y servicios" tienen una serie de derechos, debiendo, además, las autoridades proveer a su protección. Como esos "bienes y servicios" no se hallarían calificados o especificados, podría razonablemente colegirse que el género "servicios" abarcaría a la especie "servicio público". En suma, el usuario del servicio público sería equivalente a un consumidor de éste y estaría, por ende, localizado bajo el amplio paraguas protector del citado artículo en lo sustancial. Además, y en el plano formal o ritual, aquél estaría beneficiado por la acción constitucionalizada en el art. 43, CN, v.gr., la acción de amparo.

La Constitución porteña de 1996 muestra un abanico protector, a primera vista de mayor amplitud. Pueden mencionarse, en tal sentido, la acción de amparo para protección del usuario o del consumidor (art. 14); la garantía de "el control de los monopolios que los afecten [a los consumidores y usuarios de bienes y servicios]"; y la promoción, por parte de un ente regulador, de mecanismos de participación de "usuarios y consumidores de servicios públicos", de acuerdo con lo que reglamente la ley (art. 46). También pueden citarse la atribución de la Legislatura porteña que legisla en materia de "defensa del usuario y consumidor (...) de servicios públicos" (art. 80); la atribución, a la Jefatura de Gobierno, de competencia para aplicar medidas que garanticen los derechos de los usuarios y consumidores (art. 104); la atribución, al Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad, de competencia para ejercer "el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos (...) para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores" (art. 138), atribución

la actividad privada sin previa concesión", explicando que esa actividad es publicada por el Estado por "acto de *publicatio*".

<sup>7</sup> GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, t. I, 4ª ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 584 y 585.

<sup>8</sup> GELLI, María Angélica, *Constitución...*, cit.

que se complementa con un régimen de recurso directo ante la Cámara con competencia en lo contencioso-administrativo y tributario; y, finalmente, la garantía de un voto, en ese ente, que será, a su vez, "miembro de organizaciones de usuarios y consultores" (art. 139).

El espíritu ampliamente protector que emerge de los dos órdenes de normativa citados puede ejemplificarse mediante el fallo "Ledesma"<sup>9</sup>. Los hechos del caso son sencillos: al salir del vagón del subterráneo, la actora introdujo un pie en el espacio comprendido entre el vagón y el andén, y demandó a la empresa dueña de dicho vagón por los daños sufridos. El dictamen de la Procuración General de la Nación consideró que, dado un galibo aparentemente adecuado, en el caso se había concretado un accidente por impericia o negligencia de la actora al salir del coche. La Corte Suprema, en cambio, resolvió con base —en lo principal— en tres argumentos: i) la obligación de seguridad del prestador del servicio público, protegiendo la vida y la salud de las personas<sup>10</sup> y la correlativa la confianza de la persona en que el prestador se ocupó de su seguridad<sup>11</sup> y de preparar el descenso de modo tal que no sufra daños<sup>12</sup>; ii) las medidas omitidas por el prestador en especial (mayores frecuencias, personal instruido, etc.); iii) trato digno, razonablemente entendido, en el caso, como viajar "cómodamente".

Esta tesis afirmativa, de aparentes amplios alcances, puede ser visualizada a la luz de reglas ya conocidas relativas a los términos empleados, y a la luz de los presupuestos expuestos en la sección precedente.

En el plano estrictamente semántico, bajo esta tesis, los usuarios de servicios públicos no diferirían de los consumidores de servicios públicos. El art. 42, CN, al aludir a "servicios", haría mención a un género, que comprendería la especie "servicio público", así como a otra hipotética subespecie: "servicios no públicos" o "servicios privados", por darles un nombre. Y las consecuencias jurídicas emergentes de ese artículo, para los consumidores de servicios como género, serían aplicables a la especie "servicio público". Esta sería la interpretación que surgiría del precitado fallo "Ledesma" para un supuesto de pie inserto en el galibo al salir del vagón del subterráneo, o del fallo "Uriarte"<sup>13</sup> para un supuesto de accidente por viajar en un vagón que no tenía cerradas sus puertas.

Ahora, en lo que hace a los presupuestos antes mencionados, la equiparación entre usuarios y consumidores de servicios públicos, y, en lo que aquí interesa, la aplicación de la legislación de protección de consumidores a los que se benefician con servicios públicos y, más en general, la calificación de la "relación de servicio público" como "relación de consumo", colisionaría con los presupuestos antes mencionados. Ello, pues: i) desde el punto de vista de la libertad individual, no hay libertad para elegir al prestador del servicio público; ii) desde el punto de vista de la *publicatio*, esa equipara-

<sup>9</sup> RHE, deducido por la actora en la causa "Ledesma, María Leonor v. Metrovías SA", del 22/4/2008.

<sup>10</sup> "Ledesma", cit., consid. 6°.

<sup>11</sup> "Ledesma", cit., consid. 7°.

<sup>12</sup> "Ledesma", cit., consid. 9°.

<sup>13</sup> P. ej., "Uriarte Martínez, Héctor V. y otro v. Transportes Metropolitanos General Roca SA y otros", Fallos 333:203 (2010).

ción colocaría a los servicios que fueran objeto de esa declaración en un pie de igualdad con los que no lo han sido.

#### V. LA TESIS INTERMEDIA

La tesis intermedia sería aquella que propiciaría la protección de quienes se beneficiaban con un servicio público, pero con ciertas limitaciones, de diversa índole.

En esta tesitura, desde el punto de vista subjetivo, puede considerarse el universo favorecido y el universo no favorecido por el ya histórico rebalanceo telefónico y a cuáles usuarios representaban la diputada actora y el presidente de la asociación actora.<sup>14</sup>

Desde la vereda del mandato ejercido, también pueden considerarse los legisladores actores y el defensor del pueblo actor en el caso de la privatización de los aeropuertos<sup>15</sup> y cabe preguntarse acerca de si representaban a quienes se oponían a la privatización, cómo les constaba tal oposición o rechazo, previo al litigio.

En la misma línea argumental, cuando el defensor del pueblo de la Nación impugnaba la colocación de medidores de agua en los edificios de propiedad horizontal con facturación al consorcio, y prorrateo del componente medido de la factura entre los copropietarios<sup>16</sup>, podríamos preguntarnos si tenía presente a los *free riders* del sistema, que se beneficiaban cuando se cobra el servicio de agua y cloacas como si fuera un impuesto, y también podemos preguntarnos cómo podría haber llegado a formar su opinión dicho funcionario acerca de que los consorcistas se beneficiarían con la acción judicial que iniciara.

También desde el punto de vista subjetivo, teniendo presente el célebre "Ángel Estrada"<sup>17</sup>, podemos preguntarnos si lo allí decidido colabora o beneficia a todos los que se sirven de la red de distribución eléctrica y resultan dueños de aparatos dañados por cortes de suministro y su normalización, o si beneficia a aquellos usuarios que tienen capacidad económico-financiera para contratar asistencia letrada y reclamar sus daños directamente en sede judicial, en tanto el ente regulador no puede, según la Corte Suprema, interpretar y aplicar el Código Civil. Ciertamente, estos interrogantes se habrían visto morigerados a poco que se reparara en la racional jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación, conforme a la cual los efectos de aquellos fallos son neutralizados: "corresponde reconocer al Ente Nacional Regulador de Electricidad competencia para determinar la responsabilidad de la distribuidora que no exceda del daño emergente entendido como resarcimiento de la cosa misma afectada, dado que una interpretación contraria tendría efecto social irrazonable, al obligar a cada usuario

14 "[L]a supuesta lesión a los derechos de los consumidores (...) no es de carácter general (...) [El rebalanceo] es favorable a importantes sectores de habitantes del interior del país", conf. "Prodelco", Fallos 321:1252 (1998), consid. 27.

15 "Rodríguez, Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/plantea cuestión de competencia", Fallos 320:2851 (1997).

16 "Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Eco. Obras y Serv. Públ. y otros s/amparo ley 16.986", Fallos 323: 2519 (2000).

17 "Ángel Estrada y Cía. SA v. Res. 71/1996 - Sec. Ener. y Puertos (expte. 750 - 002119/96)", Fallos 328:651 (2005).

a promover un pleito cuando una deficiencia en la calidad técnica del suministro afectara un aparato, con costos judiciales por encima de los montos pretendidos y con un desborde del Poder Judicial con procesos de menor cuantía"<sup>18</sup>. De tal suerte, el usuario —que sufriera daños de escaso monto económico en relación con los costos de contratar asistencia letrada—, desprotegido por el fallo de la Corte Suprema, puede hallar protección en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro.

Cabe anotar que la Corte Suprema, en el célebre fallo precitado, invocó el precedente "Nader"<sup>19</sup>, de la Corte Suprema estadounidense, relativo a la sobreventa de tiques aéreos, en el marco de un típico servicio desregulado, en competencia, como el aerotransporte, donde es válido hallar verdaderos "consumidores" y "relaciones de consumo", con plenas posibilidades de elegir al aerotransportista. Ello difiere de lo que ocurre en nuestro país con la distribución eléctrica en el ámbito nacional, que es un "servicio público", caracterizado por un período de exclusividad de quince años en la gestión que sólo iba a estar seguido de un hipotético rediseño regulatorio en ocasión de que se concretara la relicitación del paquete accionario mayoritario de la sociedad concesionaria, y se resolviera en materia de mantenimiento de la exclusividad dentro de las posibilidades tecnológicas disponibles<sup>20</sup>.

En el caso de la sobreventa de tiques aéreos, el aerotransportista del precedente estadounidense citado debió compensar a los pasajeros a quienes se les vedara volar, pero, al no mediar obligatoriedad en la prestación del servicio, la aerotransportista tuvo oportunidad de adaptar sus cuentas para hacer frente al pago de esas compensaciones. Además, "Nader" provocó cambios en las reglamentaciones del Civil Aeronautics Board, regulador del sector<sup>21</sup>. En cambio, bajo "Ángel Estrada" cada usuario debió perseguir su compensación en sede judicial, mas con serias consecuencias: la distribución eléctrica es un servicio público que se presta por medio de una red que goza de exclusividad y mediando obligatoriedad, con lo que el impacto del hacer frente al pago de las indemnizaciones por interrupciones pasadas mientras se prestaba el servicio a los demás los usuarios bajo las exigencias prefijadas parecería ser más gravoso que para el aerotransportista sujeto al pago de las mencionadas compensaciones<sup>22</sup>.

Por último, una manifestación de esta postura intermedia se advertiría en la doctrina que admite la típica competencia de protección del consumidor, por parte del regu-

18 Procuración del Tesoro de la Nación, 16/3/2006, "Ente Nacional Regulador de la Electricidad", Dictámenes 256:358, publicado en RDA, n.º 58, ps. 1123/1129.

19 "Nader v. Allegheny Airlines", Inc., 426 US 290 (1976).

20 Bosch, Juan, "El método de cálculo tarifario en el sector eléctrico nacional", en RDA, LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2004, n.º 49, ps. 767/778, esp. p. 776. Compárese la plena competencia en Inglaterra y Gales, desde 1998; véase HARVEY, Brian W. - PARRY, Deborah L., *The Law of Consumer Protection and Fair Trading*, 5ª ed., Butterworths, Londres, Dublin y Edimburgo, 1998, ps. 67/68.

21 Conf. RAMSAY, Iain, *Consumer Protection. Text and materials*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1989, p. 84.

22 Sin embargo, como en "Ángel Estrada" se trata de un "juzgamiento pretoriano particularizado, atendiendo a los detalles de cada cuestión planteada" (NALLAR DERA, Daniel M., *Regulación y control de los servicios públicos*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, 2010, p. 109), el impacto del pago de cada indemnización se morigeraría, dados los laxos tiempos judiciales.

lador, pero no como deber exclusivo sino en armonía con otros deberes subsidiarios, tales como la promoción de la investigación y el desarrollo y el énfasis en la eficiencia y economía<sup>23</sup>.

## VI. LA TESIS NEGATIVA

Según esta tesis, sería imposible proteger al hipotético "consumidor de servicios públicos" en virtud de tres órdenes de razones que me permito exponer: i) por no mediar los supuestos respectivos (en lo sustancial, no mediar actual o potencial libertad de empresa y libre elección en la contratación, sino *publicatio* y monopolio legal o natural); ii) por mediar incoherencias internas si se admitiera esa protección, y iii) por mediar imposibilidad material y tal vez alguna suerte de espejismo. Veamos:

### 1. Ausencia de presupuestos

Como se recordará, la protección del consumidor requiere una relación de consumo. A su vez, la relación de consumo requiere un ambiente de libre mercado donde el consumidor elija con quién contratar. No se elige al prestador del servicio público, pues mediará monopolio natural (la única forma de prestar el servicio eficientemente es mediante una sola red<sup>24</sup>) o legal (por haberse decidido la exclusividad legal por cierta cantidad de años para tornar el negocio atractivo a los inversores), por lo que, en el supuesto de servicio público, no habrá relación de consumo y tampoco habrá consumidores. En suma, es imposible aplicar a la relación de servicio público el régimen de protección al consumidor (así como su *fast track* judicial), porque se trata de dos relaciones intrínsecamente diferentes. Ni siquiera se podría considerar la presencia de un supuesto de "no-contratante"<sup>25</sup>, pues no se trata de terceros —ante el prestador del servicio— beneficiarios legitimados como consumidores sino de terceros con relación a los efectos que emanan del contrato que vincula al prestador del servicio público con el Estado concedente.

Se ha argumentado que la protección del consumidor nace por deficiencias del mercado<sup>26</sup>, donde, además, se carece de poder de *bargaining* o de negociar. Pues bien, cabe recordar que, en el campo de los servicios públicos, no hay mercado, pues se trata de una actividad bajo el grado máximo de regulación, donde la oferta —si así se la puede llamar— es regulada, controlada y brindada bajo pluralidad de parámetros regulatorios.

<sup>23</sup> PURDY, Mark - CULLUM, Phillip, "Utility Regulation: A Consumer Perspective", *Utilities Law Review*, Wiley, Londres, julio-agosto 1997, año 8, vol. 4, ps. 138/150, esp. p. 139.

<sup>24</sup> Se afirma que hay monopolio natural cuando un mercado es servido en forma más eficiente por una sola firma (conf. HARRISON, Jeffrey, *Law and Economics*, West, St. Paul, Minn., 1995, p. 220).

<sup>25</sup> Sobre esta figura, ver SANTARELLI, Fulvio G., "Hacia el final de un concepto único de consumidor", LL 2009-E-1055/1064, esp. p. 1060.

<sup>26</sup> RAMSAY, Iain, "Consumer Protection", en NEWMAN, Peter (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 1, Macmillan, London, 1998, ps. 410/415, esp. p. 410.

También se ha argumentado que, cuando el *bargaining power* o poder de negociación es débil, se justifica la protección del consumidor<sup>27</sup>. Pues bien, en el supuesto de los servicios públicos no advierte la existencia de *bargaining* entre prestador y usuario, pues el que negocia, en su momento, los términos del contrato, incluyendo los efectos hacia terceros, es el Estado privatizador y, posteriormente, y en la medida de sus competencias, el regulador, y, en el supuesto de prestación estatal del servicio público, la negociación se transformaría en imposición unilateral de condiciones.

La protección del consumidor por medio de las normas jurídicas ha sido apoyada en el principio de "soberanía del consumidor"<sup>28</sup>, mas, en el campo de los servicios públicos, el consumidor no parecería ser soberano ante el prestador, porque no puede elegirlo por mediar monopolio natural o legal; además, el usuario es sólo representado (en las ocasiones en que las asociaciones de usuarios participen en el proceso de toma de decisión), o mandante (si se diera el supuesto de funcionarios superiores del ente regulador elegidos de forma electiva) o participante directo en la toma de decisión tripartita (acudiendo a eventos participativos, donde confluyen el regulador y el conceberano junto con los usuarios), entre otros supuestos, mas nunca podría erigirse en soberano del prestador.

En la relación de consumo, el consumidor puede aplicar reglas básicas para formar su juicio y no equivocarse al adquirir un bien o servicio; por ejemplo, puede elegir tal o cual heladera según cuán eficiente sea, esto es, según cuántos kilowatts/hora consuma; puede elegir tal o cual lavarropas según cuánta agua consuma para el lavado o el enjuague. En el caso de los servicios públicos, no parecería ofrecerse al usuario espacio para equivocarse al formarse el juicio y adquirir el servicio o el bien: la decisión ya fue tomada antes, y ella sólo sigue conocer las tarifas y demás condiciones de prestación, que suelen ser publicitadas ampliamente en las páginas web de los reguladores; p. ej., se dan a conocer las particularidades de los artefactos eléctricos o de gas para la determinación de su carácter más eficiente o más costoso, o bien los diversos horarios con tarifas más económicas, entre otros muchos supuestos. Dentro de ese marco, las opciones parecerían ser indisponibles, sólo sujetas a un reducido marco de elección, con casi nulo margen para la discrecionalidad. Incluso podría decir que se trataría de limitadas opciones delegadas por el regulador al usuario.

### 2. Incoherencias internas

Como se recordará, en el orden nacional, en nuestro país, la protección del consumidor se hallaría inescindiblemente unida a los servicios públicos domiciliarios<sup>29</sup>. Por

<sup>27</sup> RAMSAY, Iain, "Consumer Protection", cit.

<sup>28</sup> RAMSAY, Iain, "Consumer Protection", cit.

<sup>29</sup> Ver ley 24.240, arts. 6° ("Incluidos los servicios públicos domiciliarios"); 10 ter ("Incluidos los servicios públicos domiciliarios"); 25 ("Las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio deben..."); "Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deberán..."; "Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los 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"; 28 ("Los usuarios de servicios públicos que se prestan a domicilio y requieren instalaciones específicas, deben ser convenientemente informados..."); 30 ("Cuando la prestación del servicio pú-

ende, la referencia incluiría a servicios públicos tal como la distribución de gas natural (ley 24.076, art. 1°) y electricidad (ley 24.065, art. 1°), el servicio de agua y cloacas (ley 26.221, art. 2°), el servicio bomberil (ley 25.054, art. 3°); mas no alcanzaría al transporte de gas (ley 24.076, art. 1°) o al transporte eléctrico (ley 24.065, art. 1°), entre otros supuestos de servicios públicos no domiciliarios; ello, amén de no advertirse la clara correspondencia con una y otra clase en el supuesto del servicio público bomberil (ley 25.054, art. 3°). Así, se arribaría a lo que se ha considerado una clasificación, de usuarios, "inusual"<sup>30</sup>.

Puedo agregar —por vía de hipótesis— que, si el legislador hubiera querido incluir en la Ley de Protección del Consumidor a todos los servicios públicos (domiciliarios y no domiciliarios), no hubiera dedicado un capítulo a los primeros, y ningún capítulo especial a los segundos, amén de que no hubiera denominado —como lo hace en el cap. VI del tit. I— "servicios públicos" a los similares domiciliarios de que trata ese capítulo, para quedarse sin palabras para denominar a los segundos, si hubiera querido reglarlos<sup>31</sup>.

### 3. Imposibilidad material

Por último, entiendo que, más allá de que medie o no servicio público o libre elección, hay supuestos en los cuales la protección amplia se torna simplemente imposible. Trasladar la solución del caso "Ledesma" a una red más grande, como podría ser la red de subtes de Londres, conduciría a la imposibilidad, para el prestador, de proveer la comodidad exigida en esa sentencia a lo largo y ancho de todo el sistema, en todos los vagones y en todas las estaciones. Ello, independientemente de que se tenga presente que el pasajero, como "soberano", podría elegir transportarse en metro, autobús o tranvía, auto propio, taxímetro, entre otros medios de transporte, transformándose la regulación máxima (similar a nuestro servicio público) en relación de consumo prístina y clara. Nos hallaríamos, en suma, ante un servicio —el de transporte subterráneo— que no sería servicio público (o una actividad en el máximo de regulación) por no ofrecer perfil de monopolio natural o legal, y que, por presentarse en un contexto de mercado, generaría puras relaciones de consumo.

En efecto, la red porteña de subterráneos está compuesta por seis líneas y setenta y seis estaciones, con más una red de tren urbano y suburbano, y otra de premetro, y un tren especial a Puerto Madero que funciona a gas oil<sup>32</sup>. Pueden compararse esos guarismos con los correspondientes al sistema de metro de Londres: el London Underground está compuesto por doce líneas y doscientos setenta y cuatro estaciones, y,

blico domiciliario se interrumpa o sufra alteraciones..."; 31 ("Cuando una empresa de servicio público domiciliario con variaciones regulares estacionales facture...").

<sup>30</sup> MURATORIO, Jorge, "Regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Estudios sobre la reforma constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 96/142, esp. p. 124. Confr. esp. ps. 777/778.

<sup>31</sup> En contra, SARCIAT, Alberto D., "El control judicial de las tarifas de servicios públicos", en TAWIL, Guido S. (dir.), *Derecho procesal administrativo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, ps. 775/785, esp. p. 777.

<sup>32</sup> Confr. [www.metrodelmundo.com.ar](http://www.metrodelmundo.com.ar).

como complemento, tiene dos redes de trenes (Docklands Light Rail, urbano, y London Overground, suburbano) y otra de tranvía<sup>33</sup>.

En suma, la solución ampliamente protectora de "Ledesma" resultaría harto debatable, fácticamente, en el supuesto de redes más extensas y con mayor cantidad de usuarios por año. Lo mismo se colegiría si se intentase aplicar, a la totalidad de las doscientos setenta y cuatro estaciones londinenses, el recaudo de instalaciones para discapacitados morices —por ej., un ascensor por estación— de la sentencia "Aviani"<sup>34</sup>, que alcanzara a los controles de la CNRT sobre las instalaciones de Metrovías. Por cierto, ello es un razonamiento meramente especulativo: de esa red londinense de doscientos setenta y cuatro estaciones, se ha arbitrado la cantidad de sesenta y dos estaciones "libres de escalones" desde la calle hasta el andén<sup>35</sup> para quienes se desplazan en sillas de ruedas.

Por último, en el nivel de los fundamentos, y como se vio, los pasajeros, en "Ledesma", se hallarían protegidos, no por mediar servicio público sino por mediar pura relación de consumo en un mercado donde se elige transportarse en subterráneo. Mas la Corte Suprema, en el consid. 6°, inserta a lo que califica como servicio público bajo el "paraguas" de la relación de consumo, mimetizando usuarios del servicio público con consumidores de bienes y servicios.

### 4. Espejismo

Tampoco se lo podría proteger al usuario de un servicio público por mediar una apariencia de competencia cuando no la hay. Tal es el supuesto de quien construye una vivienda y se halla ante la elección de instalarle calderas y termotanques alimentados por gas, o bien calderas y termotanques eléctricos. Tampoco habría en este supuesto una verdadera relación de consumo, pues quien elige no podría negociar el precio a pagar<sup>36</sup>, entre otras condiciones innegociables.

### VIII. REFLEXIONES FINALES

Como establecen las *United Nations Guidelines for Consumer Protection*<sup>37</sup>, uno de los objetivos de la protección del consumidor es "alentar el desarrollo de condiciones de mercado que provean, a los consumidores, mayores opciones a menores precios".

<sup>33</sup> Confr. [www.metrodelmundo.com.ar](http://www.metrodelmundo.com.ar).

<sup>34</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1°, 12/2/2008, expte. 17974/2006, "Aviani, Antonieta v. CNRT y otro s/amparo ley 16.986"; fallo respectivo de la Corte Sup. en causa A.996.XLIV, 16/12/2008, "Aviani, Antonieta v. CNRT y otro".

<sup>35</sup> Puede verse la *step-free tube guide* o guía de subte sin escalones, publicada en <http://www.tfl.gov.uk/gettingaround/14091.aspx>, al 17/9/2011.

<sup>36</sup> Podría argumentarse que podría también elegir hogares alimentados con leña, o salmandras alimentadas con carbón. Entiendo que, desde el punto de vista del usuario, son tan elembados los precios involucrados en estas últimas alternativas que, francamente, las desplazan y excluyen. Confr., empero, HARVEY, Brian W. - PARRY, Beborah L., *The Law of Consumer Protection*, cit., p. 61.

<sup>37</sup> Publicadas en [http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_en.pdf)

En el universo de los servicios públicos, con tarifas, con precios en el grado máximo de regulación, ese objetivo, propio de las relaciones de consumo, resulta irrito. Pero el usuario del servicio público debe ser pasible de protección: el fin último del ordenamiento jurídico es lograr que reine la justicia.

Pienso que pueden postularse dos modelos diferentes para proteger al usuario del servicio público declarado tal. Por un lado, puede propiciarse la protección desde una actitud paternalista o desde una actitud más razonable. El usuario del servicio público se desenvuelve donde no hay mercado, ni relación de consumo, y donde tampoco debería aplicarse primordialmente la legislación de defensa del consumidor sino el andamiaje de protección que le brinda el marco regulatorio específico. Como se ha dicho en una lúcida disidencia: "La ley 24.240 comporta un marco de integración armónico con las normas que regula el servicio (...) La supterioridad (...) en su relación con los servicios públicos domiciliarios con legislación específica, debe ser entendida como su aplicación en ausencia de previsión, pero no como una subordinación del microsistema del consumo"<sup>38</sup>. Es en ese contexto que actúa el ente regulador como árbitro entre usuarios y prestadores. Así las cosas, si la protección del usuario es uno de los fines de la regulación, no es el único, pues también existe, ante el regulador, el prestador mismo.

En ese ambiente, puede considerarse la posibilidad de que los usuarios integren o participen en o ante el ente regulador, pues así se facilita el tráfico de información de los usuarios al regulador, eficientizando el sistema<sup>39</sup>. Si previamente se informan o acceden a información relevante (elemento clave de la aceptabilidad del sistema<sup>40</sup>), se previene la judicialización de conflictos que permite el régimen de la legislación defensora del consumidor. Y en la etapa judicial posterior los jueces valoran la decisión del ente independiente especializado. ¿Cabe ponderar la posibilidad de que los usuarios integren el ente regulador o participen en él? En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rige el art. 46 de la Constitución porteña, conforme al cual "[e]l Ente Único Regulador de los Servicios Públicos promueve mecanismos de participación de usuarios y consumidores de servicios públicos de acuerdo a lo que reglamente la ley". Esta participación puntual, del art. 46, difiere de la integración orgánica, por intermedio de un vocal del Ente Único, miembro de organizaciones de usuarios y consumidores, según el art. 139 de la Carta Magna porteña.

Para concluir, un enfoque consecuencialista, tal como el que podrían propiciar quienes recomiendan centrarse en el costo de las medidas para maximizar irracionalmente el bienestar<sup>41</sup>, tendría que ceder ante un enfoque más amplio, que considerara no dár los diferentes valores en juego en la relación de consumo. En la relación de consumo, la seguridad y la exigencia de seguridad deberían poder ser compatibilizadas con el contrato, y éste con aquéllas. Y en el específico supuesto de que medie un servicio

<sup>38</sup> Voto del Dr. Ricardo L. Lorenzetti en T.179.XL, 8/5/2007, "Telefónica de Argentina SA s/ deduce inhibitoria", consid. 6°.

<sup>39</sup> PURDY, Mark - CULLUM, Phillip, "Utility Regulation: A Consumer Perspective", *Utilities Law Review*, Wiley, Londres, julio-agosto 1997, año 8, vol. 4, ps. 138/150, esp. p. 140.

<sup>40</sup> PURDY, Mark - CULLUM, Phillip, "Utility Regulation...", cit., p. 139.

<sup>41</sup> Acerca de la limitada relevancia de las consecuencias, ver, con provecho, FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, ps. 111/118.

público —declarado tal mediante *publicatio*, declaración unívoca emanada del órgano competente—, entiendo que, si bien no mediará relación de consumo, sí existirá formidable información que puede recollectar el regulador y la posibilidad de efectiva participación de los usuarios en los procesos de toma de decisiones que los alcanzan, de modo tal que se compensaría o equilibraría el desplazamiento de la legislación protectora de los consumidores para dar lugar a la aplicación primordial del marco regulatorio sectorial específico.

Por último, todos los marcos regulatorios —en el nivel provincial, nacional, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— de los servicios públicos tendrían que permitir que un ente, con o sin participación orgánica de los usuarios y consumidores, arbitre entre prestadores y usuarios o consumidores<sup>42</sup>, pero ello no significa que ese árbitro deba siempre resolver en contra del prestador por aplicación de una legislación de protección del usuario o consumidor, soslayando las prescripciones del marco regulatorio específico. Entiendo que la inexistencia de relación de consumo —o su incompatibilidad intrínseca— le impediría, a ese árbitro, adoptar tal sencilla solución.

<sup>42</sup> PURDY, Mark - CULLUM, Phillip, "Utility Regulation...", cit., ps. 138/150, esp. p. 149. Enseña Cassagne que "uno" de los fines de los marcos regulatorios es la defensa de los usuarios, más con la limitación de las cláusulas contractuales y de la calidad técnica del servicio (conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. II, 7ª ed. act., LexisNexis - AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2002, p. 407).