



# **ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

Miembro integrante de la  
Asociación Internacional  
de Derecho Constitucional  
y del Instituto Iberoamericano  
de Derecho Constitucional

## **DEBATES DE ACTUALIDAD**

**En homenaje al  
Dr. Germán Bidart Campos**

**Año XX – N° 194**

**Setiembre de 2004 / Abril de 2005**

## ÍNDICE

### INFORMACIÓN GENERAL

- Homenaje a Germán Bidart Campos. Ciudadano ilustre*, por JORGE REINALDO VANOSI ..... 7  
*Al maestro con cariño*, por PABLO LUIS MANILI ..... 9

### DOCTRINA DE ACTUALIDAD

- La nuova Costituzione europea*, por LUCA MEZZETTI ..... 13  
*Las instituciones de la Unión Europea miradas desde el  
Tratado Constitucional europeo*, por TERESA DOLORES SILVA ..... 29  
*Tratado o Constitución. Un triunfo de la democracia europea*, por JORGE ALEJANDRO AMAYA ..... 46

### INVITADO ESPECIAL

- Las constituciones y el Estado de Derecho internacional en la globalización*, por JUAN ANTONIO TRAVIESO ..... 57

### COLABORACIONES

- Nuevamente qué es la democracia*, por MIRTHA ABAD ..... 63  
*Sobre la protección del usuario o consumidor de servicios públicos*, por ESTELA B. SACRISTÁN ..... 69  
*Acceso a la información y la posible expansión del secreto estatal*, por NICOLÁS DAPENA ..... 77  
*Intervención a Santiago del Estero: facultades del comisionado nacional*, por LUIS IRIARTE ..... 85

### PUNTOS DE VISTA

- Frente a frente*, por HUADI ..... 93

### JURISPRUDENCIA COMENTADA

- El fallo de la Suprema Corte norteamericana en el caso "Guantánamo"*, por MIGUEL PADILLA ..... 95

### LIBROS Y REVISTAS

99

Las expresiones vertidas en los trabajos que se publican en esta Revista no expresan la postura oficial de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional

## SOBRE LA PROTECCIÓN DEL USUARIO O CONSUMIDOR DE SERVICIOS PÚBLICOS

por ESTELA B. SACRISTÁN

SUMARIO: I. Planteo. II. El régimen vigente. III. *In dubio pro consumidor*. IV. Análisis desde la perspectiva jurisprudencial. V. Dos reflexiones adicionales. VI. A modo de conclusión.

### I. Planteo

Los denominados “derechos de tercera generación”<sup>1</sup> incluyen los que asisten a usuarios y consumidores para la protección<sup>2</sup> de aquellos que se hallarían en situación de franca inferioridad ante el proveedor del bien o servicio, ofrecido al público, de que se trate, con abandono de la denominada “tesis de la soberanía del consumidor”.

Esta tesis —en boga hace algunas décadas— decía, en pocas palabras, que el consumidor como soberano podía determinar la vida o la muerte de la oferta de un bien o servicio en el mercado.

En la actualidad, reconocida que es, por el Estado, la inferioridad de ciertos consumidores ante el proveedor del bien o servicio, tal que no pueden gobernar la relación de consumo de que se trate —esto es, no pudiendo ser “soberanos” de la misma—, se apunta a protegerlos mediante la legislación y la educación. En tal sentido, como se expresara, se “busca equilibrar los desajustes contractuales producidos por la contratación en masa y proteger a la parte más débil para conocer, evaluar y elegir servicios y productos puestos

en el mercado por quienes manejan poder económico y publicitario”<sup>3</sup>.

Ahora, considerando la intensa intervención estatal, fundada en razones de interés público, que se verifica en el ámbito de las licencias y concesiones para la prestación de servicios públicos, es necesario indagar en los precisos confines de aquella protección cuando lo que se halla en juego no es la mera oferta de bienes o servicios al público, sino “la prestación de un servicio público”. En especial, cabe detenerse en la adecuación del principio *in dubio pro consumidor* y sus alcances cuando se halla involucrada la prestación de tal clase de servicio.

Veamos, entonces, cómo incide —o cómo debería incidir— el criterio legislativo que propicia aquella protección de la parte más débil de la relación de consumo cuando nos hallamos en la provincia de la prestación de los servicios públicos<sup>4</sup>. Ello, entendiendo, a los fines del presente, que dicha clase de servicios bien puede ser concebida como una instancia más de la actividad de intervención estatal, como “objeto” de la regulación económica<sup>5</sup>, como manifestación del Estado en su rol de gestor del bien común<sup>6</sup>,

<sup>1</sup> Ampliar DALLA VIA, Alberto, *Derecho Constitucional económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, ps. 297 y ss., y en WELLMAN, Carl, *The proliferation of rights*, Westview Press, Boulder Co., 1999; HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The cost of rights*, Norton, New York, 1999, ps. 124-132.

<sup>2</sup> Ello, en el supuesto de inscripción en las políticas estatales regulatorias tendientes a que el empresariado asuma responsabilidad ante el consumidor; ampliar en TAWIL, Guido S., *Avances regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*, en E. D., *Derecho Administrativo* del 28-7-2000, sec. II.

<sup>3</sup> GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, 2ª ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 379.

<sup>4</sup> A título de ejemplo, fueron declarados tales, por ley o por decreto, los siguientes servicios: transporte y distribución de gas y de electricidad (art. 1º, ley 24.076 y art. 1º, ley 24.065 respectivamente); provisión de agua y cloacas (art. 1º, dec. 999/92 y art. 4º, inc. c, ley 20.324, pássim); servicio básico telefónico (numeral 10.1.2., dec. 62/90), entre otros.

<sup>5</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, t. II, p. 374.

<sup>6</sup> COMADIRA, Julio, *Reflexión sobre la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al Enargas, Enre, CNT y Etoss)*, en COMADIRA, J., *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 215; BARRA,

como servicios que son prestados obligatoriamente por el Estado o por una firma privada concesionaria o licenciataria, a través de una red, incluso bajo un régimen de monopolio natural cuando resultaría extremadamente oneroso para los usuarios hacer frente al pago de la amortización de múltiples redes yuxtapuestas<sup>7</sup>.

## II. El régimen vigente

El artículo 3° de la Ley 24.240<sup>8</sup> de Defensa del Consumidor prescribe que, en caso de duda, debe estarse a la interpretación más favorable a éste.

El supuesto de servicios públicos domiciliarios es alcanzado por la prescripción. En efecto, según el artículo 25 de dicha ley, tanto ésta como el mencionado principio de *in dubio pro consumidor* en ella contenido, se aplican a ese supuesto de prestación domiciliaria. Empero, esa aplicación no es directa sino "supletoria", conforme a la letra del artículo citado. Y ello operará en la medida en que se cumplan ciertos requisitos prefijados, a saber: que el servicio público domiciliario en cuestión esté reglado por una legislación específica, y que su actuación sea controlada por organismos contemplados en esa legislación específica. En tales condiciones, el decisor administrativo o judicial recurrirá:

- 1) A la legislación específica, en forma directa, y luego;
- 2) supletoriamente, a la ley 24.240 y al principio *in dubio pro consumidor* en ella contemplado<sup>9</sup>.

Asimismo, el mentado principio se halla sujeto, en cuanto a su aplicabilidad, al requisito de preexistencia y persistencia de la "duda", extremo de particular relevancia: así, sólo ante el antecedente "duda" —ago-

tada la confrontación con la legislación específica— podrá operar la consecuente "interpretación a favor del consumidor".

Va de suyo que el principio consagrado en el artículo 3° de la ley 24.240, en el marco de los servicios públicos domiciliarios, vendría a ocupar, ante una duda, un lugar posterior a la legislación específica y también posterior a la aplicación de los principios específicos —principios generales del Derecho Administrativo—, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (equidad)<sup>10</sup>, que son las que orientan la disciplina. Así, tendría que ser aplicado en forma supletoria cuando la cuestión siguiera siendo dudosa aun después de la aplicación de las mencionadas fuentes.

Lo dicho también sería predicable respecto de los servicios públicos no domiciliarios. Ello, pues se ha propuesto en la doctrina —aun en el marco de una clasificación inusual<sup>11</sup>, tal la contenida en la ley 24.240— una interpretación amplia, abarcativa de todos los servicios públicos<sup>12</sup>. Así, se impondría la aplicabilidad directa de la ley 24.240 —y la presunción en ella contenida— a los servicios públicos no domiciliarios<sup>13</sup>, resultando trasladables a este supuesto las reflexiones antes expresadas.

## III. *In dubio pro consumidor*

El tema de esta sección puede ser visualizado desde dos distintas perspectivas:

- a) Desde las presunciones de fuente legal<sup>14</sup>; o
- b) desde los principios o reglas interpretativos<sup>15</sup>.

La doctrina se ha expedido sobre las diferencias entre ambas perspectivas: así, Danz, en su clásica obra, sostiene que las presunciones forman parte del Derecho Procesal, mientras que las reglas interpretati-

Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 76 (donde alude al Estado como "gerente" del bien común). Cabe resaltar —a fuer de claridad— que, desde tal perspectiva, no se trata de que el Estado se posicione sólo del lado de la firma regulada o sólo del lado del usuario, sino que administre el bien de ambos sectores, el cual no equivale al bien particularizado de uno de los sujetos que integran dichos sectores.

<sup>7</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>8</sup> B. O. del 15-10-93.

<sup>9</sup> Respecto de la legislación específica, enseña Cassagne que "uno" de los fines de los marcos regulatorios es la defensa de los usuarios, mas con la limitación de las cláusulas contractuales y de la calidad técnica del servicio, conf. CASSAGNE, *Derecho Administrativo* cit., t. II, p. 407.

<sup>10</sup> CASSAGNE, *Derecho Administrativo* cit., t. I, p. 198.

<sup>11</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.

<sup>12</sup> MURATORIO, ob. cit.

<sup>13</sup> En este sentido, FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 219.

<sup>14</sup> Siguiendo la definición de presunción legal de GARRONE, José A., *Diccionario jurídico*, 2ª ed. ampl., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, t. III, p. 135.

<sup>15</sup> Ampliar en DANZ, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos*, 3ª ed., Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, ps. 143 y ss.

vas tienen el carácter de normas materiales. Las primeras –presunciones– no encierran ninguna duda para el magistrado sino un hecho que éste debe dar por seguro mientras lo contrario no se pruebe<sup>16</sup>. En la esfera de los consumidores, la presunción sería de inferioridad del consumidor ante el prestador del servicio mientras no se pruebe lo contrario. Las segundas –reglas interpretativas– casi siempre le dicen al magistrado que, en caso de duda o cuando el magistrado no llegue a ningún resultado seguro, se entenderá tal o cual cosa<sup>17</sup>. En el caso de los consumidores, dado un supuesto previo –duda– se entenderá que la cuestión será interpretada a favor del consumidor.

En esta línea argumental, es menester recordar que las presunciones poseen una función económica en los litigios, tomando más eficaz la protección del interés de que se trate<sup>18</sup>, y permiten a alguna de las partes incurrir en “ahorros” probatorios<sup>19</sup>. En el caso del consumidor, dada su debilidad presunta, no sería éste el que debería proveer una interpretación a él favorable, sino que tal carga debería recaer en el prestador del bien o servicio. Asimismo, la mentada presunción no aparece, a primera vista, como de índole específica –como, por ejemplo, la del artículo 77 del Código Civil<sup>20</sup>– sino de índole genérica, poniendo en juego no una sola norma específica, sino el ordenamiento jurídico aplicable todo<sup>21</sup>. Y debe destacarse que la “operatividad” de la presunción que nos ocupa –de toda presunción, a fuer de verdad– se hallará condicionada a la prueba del hecho antecedente en que ella se funda<sup>22</sup>; en otras palabras, la puesta en vigencia de la presunción de debilidad del consumidor se hallaría condicionada a la demostración del hecho antecedente, esto es, la persistencia de duda interpretativa agotadas las restantes fuentes, verbigracia, las aludidas en la sección II de este trabajo.

El *in dubio pro consumidor* aparece también como un principio o directriz para el decisor administrativo o judicial, quien, eventualmente, y como vimos, en la labor de interpretación, agotada la consulta de las fuentes a las que deba recurrir, si persistiere la duda (*in dubio*), recurrirá a la interpretación más favorable al consumidor (*pro consumidor*).

#### IV. Análisis desde la perspectiva jurisprudencial

A fin de dilucidar los alcances del *in dubio pro consumidor*, puede resultar ilustrativo adentrarse en la jurisprudencia del alto tribunal, en especial en búsqueda de precisiones sobre la desigualdad, inferioridad o debilidad que anidaría en aquél.

Puede recordarse que, hasta ahora, la Corte Suprema sólo ha avalado la primacía de la regla hermenéutica del artículo 3º de la ley 24.240, en el marco de un caso en el que estaban en juego los valores vida y el derecho a obtener la conveniente y oportuna asistencia sanitaria, en el marco de un supuesto en el que primaban las particulares circunstancias del caso, con fuertes limitaciones al poder de negociación de la consumidora adherente<sup>23</sup>. En segundo lugar, sólo por vía de disidencia se ha sostenido que la relación usuario-concesionario es una típica relación de consumo de los artículos 1º y 2º de la ley 24.240<sup>24</sup>.

No obstante ello, desde una perspectiva general, fuerza es destacar lo afirmado por el alto tribunal en el sentido de que “la ley 24.240 otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales –los consumidores– recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se veían afectados ante las situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana”<sup>25</sup>.

<sup>16</sup> DANZ, ob. cit., ps. 144/145.

<sup>17</sup> Ídem nota anterior.

<sup>18</sup> En este sentido, BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (trad. de José Luis de los Mozos), Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1975, p. 271: “[E]l problema práctico resuelto con esta y con otras presunciones legales, no es el procesal de orientar hacia ciertas máximas de experiencia la formación de la convicción del juez, sino el de índole sustancial de hacer más segura la protección jurídica y más operativa la defensa de ciertas categorías de intereses” (la cursiva no es del original).

<sup>19</sup> Así, por ej., dada la presunción de legitimidad del acto, art. 12, LPA, es quien alega su nulidad, en principio, quien debe demostrar la ilegitimidad de aquél, y no la administración.

<sup>20</sup> Sobre el máximo de 300 días del embarazo.

<sup>21</sup> Se agradecen, en relación a ello, las reflexiones informales de Fernando García Pullés.

<sup>22</sup> GARRONE, *Diccionario...* cit., t. III, p. 135.

<sup>23</sup> Es el caso de “Romero de Del Sel, Victoria c/Qualitas SA”, *Fallos*: 321:3493 (1998), en el cual se ponderó un nacimiento pretérmino ocurrido antes de la finalización del período de carencia en el marco de una contratación de medicina prepaga.

<sup>24</sup> “Choi Do Min y otro c/Huarte”, *Fallos*: 324:2784 (2001), disidencia del Dr. Vázquez; “Expreso Hada SRL”, *Fallos*: 325:1265 (2002), disidencia del Dr. Vázquez. En igual sentido, CNCiv., sala F, 24-10-2000, “Cardell c/Caminos del Oeste”.

<sup>25</sup> “Flores Automotores s/Competencia”, *Fallos*: 324:4349 (2001).

Tal interpretación propicia traer a colación la diferenciación entre reglas interpretativas que vienen impuestas por disposiciones legales específicas (tal la del art. 3º, ley 24.240)<sup>26</sup>, y reglas hermenéuticas a aplicar, en el ámbito de las licencias y concesiones de servicios públicos, a juego con la coexistencia de diversos principios que informan la existencia de estos últimos, a saber, continuidad, regularidad y generalidad, por razones de interés público. Esta coexistencia ha sido reconocida por la jurisprudencia: la controversia por impugnación de facturas emitidas por una concesionaria pone en tela de juicio, en forma directa, normas vinculadas al contrato de concesión celebrado entre el Estado nacional y la demandada, se ha afirmado<sup>27</sup>. En dicho contexto, es previsible que sólo por vía de disidencia se haya argumentado en el sentido de que el vínculo que enlaza al usuario y un concesionario vial sea una relación de consumo<sup>28</sup>. Aquella diferenciación de reglas se ve sustentada por un elemento diferenciador: el poder de negociación del adherente, ponderado por el alto tribunal al aplicar la regla que nos ocupa<sup>29</sup> en un contrato de Derecho Privado, diverso, en cuanto a la intensidad de la intervención estatal, de la prestación de un servicio público, en el cual el poder de negociación del usuario o consumidor se puede hacer valer de conformidad con los medios de participación previstos, por ante la autoridad concedente<sup>30</sup>.

Ahora, ¿cuáles serían los fundamentos de la debi-

lidad o inferioridad —que eventualmente darían sustento al *in dubio pro consumidor*—, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en especial en punto a la relación contractual, la información y la condición de consumidor, cuando de la prestación de los servicios públicos se trata?

*La debilidad del consumidor ante el contrato.* El máximo tribunal, en forma acertada, ha aludido a relaciones comerciales o vínculos entre comerciantes y usuarios<sup>31</sup> para fundar la posibilidad de entrada en escena de consideraciones de justicia y solidaridad social en pos de la búsqueda de un equilibrio<sup>32</sup> en la relación contractual.

Empero, tal posibilidad, de neto corte contractualista, no parece prima facie hallar quicio interpretativo alguno en aquellos casos en los que el usuario o consumidor impugna tarifas. Ello pues la fijación de la tarifa requiere intervención oficial<sup>33</sup>, con aprobación previa<sup>34</sup>, expresa o tácita<sup>35</sup>, y hoy privatizados los principales servicios públicos, las tarifas son fijadas<sup>36</sup> mediante un acto<sup>37</sup>, y su aplicación es objeto de permanente contralor<sup>38</sup>. Así, de cara a las relaciones entre el prestador del servicio público y los usuarios, no se crea, en lo tarifario, una relación comercial, sino una situación de sujeción a los efectos de un “acto general”, siguiendo a Cassagne<sup>39</sup> y Bianchi<sup>40</sup>. Parecido temperamento ha adoptado Dalla Via al aludir a una situación reglamentaria<sup>41</sup>.

No puede desconocerse que existen precedentes en

<sup>26</sup> “Romero de Del Sel, Victoria”, *Fallos*: 321:3493.

<sup>27</sup> “Asociación de Usuarios Consumidores y Contribuyentes c/Aguas Argentinas SA s/Medidas cautelares”, *Fallos*: 323:61 (2000).

<sup>28</sup> Véase nota 24.

<sup>29</sup> “Romero de Del Sel, Victoria”, *Fallos*: 321:3493 (1998), cons. 5º, *in fine*.

<sup>30</sup> En esta línea argumental, véase PHILLIPS, Charles F. Jr., *The regulation of public utilities. Theory and practice*, PUR, Arlington, Va., 1993, p. 19.

<sup>31</sup> “Flores Automotores s/Competencia” *Fallos*: 324:4349.

<sup>32</sup> Ídem nota anterior.

<sup>33</sup> “Méndez c/Ferrocarril del Oeste”, *Fallos*: 112:367 (1909), esp. p. 382; “Gómez c/FF. CC. Central Córdoba”, *Fallos*: 146:207 (1926), esp. ps. 233 y 236; “Martino, Leonardo c/Ferrocarril Central Argentino”, *Fallos*: 150:5 (1927), esp. p. 18. En similar sentido, “Kaufmann y Cia. c/FF. CC. Central Argentino”, *Fallos*: 147:81 (1926); “Jacinto Ferrer c/Unión Telefónica”, *Fallos*: 152:235 (1928); “The Steamship Co. Ltd. c/Empresa del Puerto de Rosario”, *Fallos*: 171:275 (1934).

<sup>34</sup> “Gómez c/FF. CC. Central Córdoba”, *Fallos*: 146:207 (1926), esp. p. 233; “Martino, Leonardo c/FF. CC. Central Argentino” *Fallos*: 150:5.

<sup>35</sup> “Tomás Devoto y Cia. c/FF. CC. Buenos Aires”, *Fallos*: 147:5 (1926); en igual sentido, “Kaufmann y Cia. c/FF. CC. Central Argentino”, *Fallos*: 147:81; “Alfonso Forino c/FF. CC. Buenos Aires”, *Fallos*: 147:231 (1926).

<sup>36</sup> “Cía. de Electricidad de Tandil Usina Popular SA c/Dirección General de Impuesto a los Réditos”, *Fallos*: 220:409 (1951), esp. p. 421.

<sup>37</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 62, y del mismo autor, *Derecho Administrativo* cit., t. II, p. 313 (donde alude a la naturaleza del “acto de fijación de tarifas de los servicios públicos”); BIANCHI, Alberto B., *La regulación económica*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 328.

<sup>38</sup> “Schill, Andrés y otros c/Unión Telefónica”, *Fallos*: 184:280 (1939); “Sociedad de Electricidad de Rosario c/DGI”, *Fallos*: 215:280 (1949), esp. p. 303.

<sup>39</sup> CASSAGNE, *Derecho Administrativo* cit., t. II, p. 313.

<sup>40</sup> BIANCHI, *La regulación...* cit., t. I, p. 327.

<sup>41</sup> DALLA VIA, *Derecho Constitucional económico...* cit., p. 300.

los que se calificó como contrato de adhesión al que mediaba entre los consumidores del servicio público y la empresa prestadora del mismo; tales los casos "Yantorno"<sup>42</sup>, "Gutiérrez"<sup>43</sup> y "Fosca"<sup>44</sup>, aun cuando el usuario fuere un organismo estatal provincial o municipal<sup>45</sup>. Tampoco puede obviarse que la doctrina señaló la existencia de teorías contractuales, contractuales de adhesión y reglamentarias en punto al tema que nos ocupa<sup>46</sup>, y propició la figura del contrato de adhesión sólo para los servicios de utilización facultativa<sup>47</sup>. Empero, entendemos que la tesis de la situación de sujeción a los efectos de un acto de alcance general apuntada cobra relevancia atento a la intensa intervención estatal desplegada en la aprobación, fijación y contralor ya aludidos.

En tal contexto, la justificación de la inferioridad del usuario o consumidor del servicio público debe ser interpretada con cautela, pues —al menos cuando de la impugnación de las tarifas se trata— cobra trascendencia la injerencia estatal descripta, que desplaza las consideraciones contractuales usuario-firma<sup>48</sup>, marcando las consiguientes diferencias interpretativas entre dicho supuesto y aquellos en los que se opera una mera relación comercial o contractual, hipótesis ya ponderada adecuadamente por la jurisprudencia.

*La debilidad del consumidor ante el déficit informacional*<sup>49</sup>. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, cierto es que el consumidor se hallaría en una relación de debilidad o inferioridad en tanto la situación de quien se dedica a comercializar un producto haciendo de ello su profesión no es equiparable a la del comprador profano o a la del consumidor<sup>50</sup>.

En ese marco de inferioridad, resulta natural tutelar

el derecho a la información con fundamentos en la desigualdad apuntada<sup>51</sup>, y considerar operativa la regla *in dubio pro consumidor* dados los recaudos ya reseñados.

Empero, en punto al régimen de la información, se detecta un abismo entre el régimen de los prestadores de servicios públicos y los oferentes en la relación de consumo. La información relativa a aquéllos, y en especial la relativa a las tarifas vigentes y condiciones en que debe ser prestado el servicio, abunda en las respectivas páginas web de los entes reguladores nacionales. Además, bajo el artículo 8° de la ley 25.152, tendrá carácter de información pública, y será de libre acceso para cualquier institución o persona interesada "la documentación de carácter físico y financiero [...] [sobre el] estado del cumplimiento de las obligaciones tributarias, previsionales y aduaneras de las sociedades [...] ante la AFIP conforme a la reglamentación que ella misma determine [...] información acerca de la regulación y control de los servicios públicos, obrante en los entes reguladores y de control de los mismos"<sup>52</sup>. Asimismo, bajo el decreto 1172/2003, Anexo VII, a las firmas prestadoras de servicios públicos les puede ser aplicable el reglamento de acceso a la información pública, permitiéndose eventualmente a toda persona física o jurídica, pública o privada, solicitar, acceder y recibir información completa, adecuada, oportuna y veraz en forma gratuita relativa a aquéllas. Igualmente, debe recordarse que, bajo la Ley de Privacidad norteamericana —y no se detectan ab initio razones para la adopción de una solución distinta, especialmente de cara al mencionado decreto—, las sociedades comerciales no son sujetos de la ley, por lo que no pueden evadir, so pretexto de afectación de su

<sup>42</sup> "Yantorno, Benjamín c/Compañía Hispano Americana de Electricidad", *Fallos*: 155:410 (1929).

<sup>43</sup> "Gregorio Gutiérrez c/Cía. Hispano Americana de Electricidad", *Fallos*: 158:268 (1930).

<sup>44</sup> "Herminio F. Fosca c/Chade", *Fallos*: 181:450 (1938).

<sup>45</sup> "SA Cía. de Electricidad de los Andes c/Nación Argentina", *Fallos*: 253:88 (1962), incluso con aplicación de la doctrina de los actos propios en su consid. 6°.

<sup>46</sup> Acerca de ello puede verse VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, TEA, Buenos Aires, 1951, t. III, ps. 196-212. Más recientemente, para la situación anterior a las privatizaciones de 1989 y años posteriores, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, t. II, ps. 170 y ss.

<sup>47</sup> CASSAGNE, *Derecho Administrativo* cit., t. II, p. 313.

<sup>48</sup> No debemos perder de vista, como señalara BOSCH, Juan, *La renegociación de los contratos públicos y los conflictos con los inversores extranjeros*, en E. D. del 20-8-2003, sec. 2, que la explotación de los servicios públicos, dado lo prescripto en la ley 23.696 y en su reglamentación, se inserta en una "regla fundamental": tal la de obtención de una rentabilidad razonable, por parte de la firma, con relación a la inversión realizada. Por nuestra parte, entendemos que, en ese contexto, la intervención estatal deviene también fundamental, configurándose un esquema con tres actores (Estado, firma, usuarios) que en la relación de consumo privada no aparece replicada.

<sup>49</sup> Es éste el principal problema involucrado en la necesidad de protección del consumidor, y no el hecho de que los consumidores de bajos recursos no puedan arribar a decisiones racionales; conf. RAMSAY, ob. cit., p. 413.

<sup>50</sup> "Frigorífico Avícola SA c/E. N.", *Fallos*: 321:3345 (1998).

<sup>51</sup> Ídem nota anterior.

<sup>52</sup> Con las limitaciones del secreto fiscal y del secreto bancario.

derecho a la intimidad, la solicitud de datos, inteligencia confirmada en abundante jurisprudencia<sup>53</sup>.

En tales condiciones, la mentada inferioridad, con fundamentos en la necesidad de compensar desequilibrios informacionales entre el consumidor o usuario y el prestador del servicio público, pierde sustento cuando de la prestación de un servicio público se trata, debilitándose la aplicabilidad del criterio *in dubio pro consumidor*.

*La debilidad del consumidor ante la mera relación de consumo.* Ha sostenido la Corte Suprema que "las relaciones jurídicas que regula la ley 24.240 son estrictamente las referidas a las que se establecen con los consumidores"<sup>54</sup>. Empero, en ese marco global de relaciones jurídicas bipolares, prestador-consumidor, podemos aislar las que involucran al usuario o consumidor del servicio público, pues se insertan en un contexto específico que podemos llamar de relación tripolar.

Admitiendo el neologismo, consideremos que en esta última clase de relaciones al consumidor no se lo protege por sí, sino en relación con otros requerimientos que debe cumplir la firma. En otras palabras, esa protección actúa a juego con los objetivos que el privatizador y luego el regulador establezcan para la licenciataria o concesionaria. La Corte Suprema ha reconocido la existencia de tales objetivos —por ejemplo, incentivación de la eficiencia, protección de los consumidores— en uno de sus fallos<sup>55</sup>. Tal operación conjunta de exigencia y protección —en tanto estímulos exógenos a la firma— no se verifican en la relación de consumo de la ley 24.240, en las cuales los requerimientos de eficiencia resultan endógenos a la misma —motivación intraempresarial—, pudiendo ser los

de protección de los consumidores tanto exógenos como endógenos a la misma<sup>56</sup>.

Por ende, puede entenderse que es la autoridad concedente, y posteriormente el regulador, la que equilibra la aparente desigualdad en el marco regulatorio específico, y de cara a las exigencias concretas impuestas a la firma, mas no de cara a una pretendida situación de inferioridad del consumidor. Ante tal escena, adviértase que es la declaración de servicio público en sí la que protege al usuario, pues le garantiza la satisfacción de sus necesidades de primer orden<sup>57</sup>, y, al mismo tiempo, le asegura la intervención estatal para que no quede "al arbitrio de la empresa monopolista [...] intervención [que] se concreta en el establecimiento de las condiciones expresas en que la empresa debe prestar el servicio a los particulares"<sup>58</sup>. Aquella calificación permite la interpretación restrictiva del respectivo contrato o con apego a los términos de la concesión<sup>59</sup>, y dado que sus efectos alcanzarán a los usuarios, también lo hará aquella interpretación, para su beneficio, especialmente ante las mentadas situaciones de monopolio natural en la prestación<sup>60</sup>.

## V. Dos reflexiones adicionales

A esta altura, resulta natural preguntarse acerca de cuáles son los usuarios o consumidores que la ley protege, y cuáles deben ser tutelados por los marcos regulatorios específicos, y por medio de qué técnicas.

Se ha propuesto un agudo inventario<sup>61</sup> que incluye:

- a) Un consumidor, quien adquiere cosas consumibles; un usuario, quien utiliza servicios, y respecto de quien la compra de bienes resulta accesorio para el uso de esos servicios (art. 2325, Cód. Civ.);

<sup>53</sup> "St. Michaels Convalescent Hospital vs. California", 643 F. 2d 1369 (9<sup>th</sup> Cir. 1981); "OKC vs. Williams", 614 F.2d 58 (5<sup>th</sup> Cir. 1980); "Dresser Industries vs. United States", 596 F.2d 1231 (5<sup>th</sup> Cir.), certiorari denegado en 444 U.S. 1044 (1980); "Cell Associates vs. National Institutions of Health", 579 F.2d 1155 (9<sup>th</sup> Cir. 1978); "Stone vs. Export-Import Bank of the United States", 552 F.2d 132 (5<sup>th</sup> Cir. 1977), certiorari denegado en 434 U. S. 1012 (1978); "Committee in Solidarity vs. Sessions", 738 F. Sup. 544 (DDC 1990), confirmado por otros fundamentos en 929 F.2d 742 (D. C. Cir. 1991); "United States vs. Hynes", 620 F. Supp. 474 (M. D. Tenn. 1985); "Utah-Ohio Gas & Oil, Inc. vs. SEC, 1 Government Disclosure Service" (P-H) 80,038, 80,114 (D. Utah Jan. 9, 1980).

<sup>54</sup> "Rodríguez Ruiz, Roberto c/Clarín", Fallos: 323:1542 (2000).

<sup>55</sup> "Litoral Gas SA", Fallos: 321:776 (1998).

<sup>56</sup> Puede verse nuestro *Eficiencia y tarifas (con especial referencia al factor X)*, en *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 2001, N° 36/38, ps. 173/202, esp. p. 177.

<sup>57</sup> CASSAGNE, *Derecho Administrativo* cit., t. II, p. 378.

<sup>58</sup> Primera Instancia, Justicia de Paz Letrada, 20-2-36, "Montechi, Blas c/Cia. Hispano Americana de Electricidad", L. L. 1-444 y ss., cit. en MURATORIO, Jorge, *Situación jurídica del usuario del servicio público. Participación en el control. La tutela administrativa y jurisdiccional*, en prensa, manuscrito que el autor gentilmente nos facilitara.

<sup>59</sup> Arg. "Collazo c/Banco Provincia", Fallos: 75:392 (1898).

<sup>60</sup> Es decir, aquella prestación en la que resulta ineficiente la libre competencia.

<sup>61</sup> MURATORIO, *La regulación...* cit., N° 127, y del mismo autor, ob. cit. en nota 58.

- b) un consumidor equivalente a usuario, empleándose ambos términos indistintamente (ley 24.240);
- c) un usuario efectivo y un usuario potencial<sup>62</sup>. Asimismo, se ha distinguido al usuario futuro, distinto del usuario actual o presente, y al usuario no atendido<sup>63</sup>. Por su parte, el Derecho Comunitario europeo —como se verá someramente infra— reconoce usuarios-personas físicas y usuarios-empresas, subclasificables entre empresas pequeñas, y empresas no pequeñas, y reconoce usuarios vulnerables y no vulnerables, usuarios localizados en zonas alejadas, entre otros supuestos.

Ante tan variado universo, cabría preguntarse acerca de cuál es el usuario alcanzado por el principio *in dubio pro consumidor*.

Interesa, en tal perspectiva, la clasificación entre usuario presente o actual y usuario futuro. El usuario presente emplea —según enseña la doctrina regulatoria— una serie de reglas para optar, que pueden redundar en errores sistemáticos, sobrevaluando los beneficios presentes y demostrando un “indebido optimismo” respecto del futuro<sup>64</sup>; el usuario actual suele ponderar únicamente el presente, prefiriendo, por ejemplo, la menor tarifa; en cambio, el usuario potencial o futuro tiene también un interés tutelable, por ejemplo en materia de expansión del servicio e inversiones<sup>65</sup>. El usuario futuro, por ende, puede llegar a sufrir los efectos de aquella sobrevaluación y optimismo presentes, o los efectos de aquella preferencia.

Ante tal escenario, se impondría privilegiar la regla conforme a la cual se deben interpretar las normas como ordenación de la razón para el bien común<sup>66</sup>, con criterio de equidad intergeneracional<sup>67</sup>. Ello implica una interpretación restrictiva del criterio que nos ocupa cuando de la prestación de un servicio público se trata.

Son decisivas en esta línea argumental, y en la

ponderación de consideraciones de equidad intergeneracional, las enseñanzas iusfilosóficas. Podemos entender a la equidad como correctivo de la justicia en la concepción aristotélica<sup>68</sup>: “...Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo hubiera estado ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado”<sup>69</sup>.

Desde esta óptica, la equidad —correctivo de la justicia— de índole “intergeneracional” apuntará a evitar dos fenómenos que detecta Rawls: por un lado, la irracionalidad de la preferencia en el tiempo por parte de los individuos; por el otro, la injusticia de la pura preferencia en el tiempo por parte de una sociedad. En palabras de Rawls, dado “el problema de hasta qué punto la generación presente está obligada a respetar las demandas de sus sucesores”<sup>70</sup>, se sigue que “en el caso del individuo, la preferencia en el tiempo es irracional. Significa que no está considerando todos los momentos como partes iguales de una vida. En el caso de la sociedad, la pura preferencia en el tiempo es injusta. Significa (como, por ejemplo, cuando se desestima el futuro) que, los que viven, toman ventaja de su posición en el tiempo para favorecer sus propios intereses”<sup>71</sup>.

Este último extremo, trasladado al ámbito de la relación tripolar de prestación de un servicio público, clama por soluciones que velen no sólo por los intereses del usuario presente, sino también por los de los usuarios futuros: en suma, se trata de que se tutelen los intereses intergeneracionales<sup>72</sup>.

Vale la pena señalar que esta concepción de equidad intergeneracional ya ha sido admitida en textos legales; a modo de ejemplo, consideremos la regula-

<sup>62</sup> Con cita de MARIENHOFF, *Tratado...* cit., t. II, ps. 162-163.

<sup>63</sup> Informe Final, Fase II, Área Energía, p. 5, en el marco de la renegociación de las licencias y concesiones, en [www.mecon.gov.ar](http://www.mecon.gov.ar).

<sup>64</sup> RAMSAY, ob. cit., t. 1, p. 411.

<sup>65</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 6ª ed., FDA, Buenos Aires, t. 2, p. XIII-17.

<sup>66</sup> “Levy”, *Fallos*: 174:12 (1935), consid. 4º.

<sup>67</sup> “La política de protección del consumidor tiene que ver con la justicia social. Se interesa asegurar que todos los ciudadanos de las generaciones *de hoy y del futuro*, tengan lo que necesitan para vivir con seguridad y comodidad” (la cursiva nos pertenece), VACA NARVAJA, Patricia, *Consumo y consumismo*, en AA. VV., *Primeras Jornadas Internacionales de Política y Derecho del Consumo*, MEOySP, SICM, SSCI, Buenos Aires, 6/8-4-99, p. 52.

<sup>68</sup> Ampliar en SMITH, Patricia (ed.), *The nature and process of law. An introduction to legal philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 759.

<sup>69</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea* (vers. esp. e introd. de Gómez Robledo, Antonio), 19ª ed., Porrúa, México, 2000, p. 71.

<sup>70</sup> RAWLS, John, *Teoría de la Justicia* (trad. de María Dolores González), FCE, Buenos Aires, 1978, p. 323.

<sup>71</sup> RAWLS, *Teoría de la Justicia...* cit., p. 334.

<sup>72</sup> A ellos alude CASSAGNE, Juan Carlos, *El servicio público y las técnicas concesionales*, en L. L. 1995-C-1174/1189, esp. p. 1189.

ción del servicio de agua en el ámbito bonaerense<sup>73</sup>, que considera que la prestación del servicio es sustentable cuando se logra equilibrar la oferta y la demanda del mismo, donde la cobertura, calidad, inversiones, productividad y tarifas que reciben los usuarios en el presente y en el futuro responden a un equilibrio, constituyendo la tarifa el principal elemento a tener en cuenta, en atención a la capacidad de pago de los usuarios<sup>74</sup>.

Con equilibrado criterio, la experiencia comunitaria europea nos muestra dos directivas sectoriales que, con arreglo a los principios de proporcionalidad, subsidiariedad, seguridad jurídica y no discriminación, han construido un régimen de protección de los usuarios, inclusive los vulnerables o localizados en zonas apartadas, sin acudir al establecimiento de criterios interpretativos que reconozcan presunciones de debilidad, sino recurriendo a la técnica del servicio público como modo de protección de los usuarios.

A efectos del presente, bástenos considerar que la Directiva 2002-22-CE del 7 de marzo de 2002, sobre servicio universal en telecomunicaciones, reconoce que la Comunidad debe contribuir a la protección de los consumidores. Específicamente, prevé que los procedimientos extrajudiciales serán resueltos en forma "equitativa" y rápida, y sólo se prevén las indemnizaciones en casos justificados, rigiéndose los procedimientos en sede judicial por los ordenamientos locales.

Por su parte, la Directiva 2003-54-CE del 26 de junio de 2003 —sobre nuevas reglas del mercado interior de electricidad y revocación de la Directiva 96-92-CE— brinda precisiones sobre las obligaciones del servicio público, previendo que los usuarios dispongan de procedimientos transparentes, sencillos y poco onerosos para tramitar sus reclamaciones, tal que se permita la "resolución equitativa y rápida de los liti-

gios", contemplándose, cuando esté justificado, un sistema de reembolso o compensación.

## VI. A modo de conclusión

La protección de los usuarios o consumidores de servicios públicos puede encararse desde distintos ángulos. Por un lado, puede concebirse la supervivencia de la tesis de "soberanía del consumidor"; empero, como ya vimos, la misma ha sido en el pasado reciente desplazada para dar lugar al reconocimiento de la inferioridad de aquél en la respectiva relación.

Puede intentarse una invariable interpretación de las normas involucradas en el caso de consumo, a favor del consumidor; o se puede, luego de agotar la aplicación de las fuentes a las que se debe recurrir, verificar la existencia de duda y arribar a una solución favorable al consumidor.

También se puede imaginar al consumo de un servicio público como una mera relación bipolar en un marco de libre mercado privado, o admitir la clara incidencia, en aquélla, de la intervención estatal, originándose una relación tripolar, con no ya dos sino tres universos de intereses en juego a contemplar: los del prestador, los del usuario, los del Estado.

Finalmente, también se puede proteger al usuario presente del servicio público, haciéndose caso omiso de las responsabilidades hacia los usuarios futuros de aquél.

En síntesis, el punto de vista que se adopte podrá, sin duda, nutrirse de la equilibrada jurisprudencia del máximo tribunal que, desde la sanción de la ley 24.240 hace ya más de diez años, enseña a delinear los alcances de su artículo 3º, o bien trasuntar una suerte de "miopía de los fines [...] el obcecarse con los próximos y no ver los lejanos..."<sup>75</sup>, extremo de particular relevancia cuando lo que se halla involucrado no es la mera oferta de un bien o servicio al público, sino la prestación de un servicio público.

<sup>73</sup> Aprobado por dec. 878/2003.

<sup>74</sup> Art. 26.

<sup>75</sup> MOSTERÍN, Jesús, *Racionalidad y acción humana*, Alianza, Madrid, 1978, p. 210.