

Tutela administrativa del usuario de servicios públicos: un fallo que renueva su sentido y alcance.

POR ENRIQUE LUIS SUÁREZ

*“Tu deber es luchar por el Derecho; pero el día en que encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia”
(Eduardo J. Couture, Mandamientos, n. 4)*

I. Pensamientos Iniciales. II. Las circunstancias de hecho relevantes. III. Algunas cuestiones para considerar. IV. Pensamientos Intermedios V. Sustanciación de reclamos de usuarios: ¿pueden intervenir diversas competencias administrativas? VI. El caso “Telefónica de Argentina S.A.”. VII. Pensamientos Finales.

I. Pensamientos Iniciales.

Desde la perspectiva de la protección de los consumidores en general y de los usuarios de servicios públicos en particular, es imprescindible a nuestro juicio, volver a afirmar que *“el Derecho del Consumidor, no es una disciplina que debe ceñirse o limitarse a una mera compilación de normas jurídicas, ello pues, de estarse a ese extremo, se lo vacía de contenido, se lo transforma en una mera declamación de principios”*¹.

Por ello, la tutela sustantiva del consumidor, que busca el *“qué”*, necesita irremediamente del desarrollo y creciente vigencia de la tutela adjetiva, que buscará el *“cómo”* hacer cada vez mas operativos y tangibles en la realidad de todos los días los derechos que el orden jurídico consagra a favor del consumidor, a través de instrumentos y vías de reclamo legítimos y sobre todo, eficaces y eficientes.

De lo contrario, no estaremos ya ante un derecho tuitivo y protector del más débil, con fines y medios adecuadamente plasmados en lo cotidiano, sino ante una cáscara vacía de contenido, un conjunto de buenas intenciones que nunca llegarán a concretarse.²

En esa labor permanente de lucha por la vigencia de la defensa de los consumidores, es fundamental el rol de las autoridades. Es así que tanto el funcionario público como el magistrado, en su ámbito y tiempo respectivo, tienen la enorme responsabilidad de hacerlo posible.³

¹ LOWENROSEN, FLAVIO, *Una mirada sociológica con respecto a la valoración de los hechos y de la idiosincracia de los pueblos, como motor conducente de la equidad en el Derecho del Consumidor y de la transparencia en la actuación estatal*, El Dial (Diario Jurídico en Internet), Suplemento de Derecho del Consumidor n° 2, disponible en <http://www.eldial.com>.

² Hay que recordar aquí lo afirmado por BERTOSSI, e imaginar que en esa situación *“lo único concreto serán bolsillos más flacos de usuarios y consumidores que se sentirán (y se sienten) desprotegidos y menos que enanos frente a las gigantes concentraciones y/o monopolios actuales”*. Ver BERTOSSI, ROBERTO F., *De Usuarios y Consumidores*, ED 188-165.

³ De allí que sea de enorme importancia: a) el debido ejercicio por parte de los órganos administrativos, de sus respectivas facultades de resolución de conflictos y de contralor y sanción, a fin de garantizar el debido cumplimiento del plexo normativo del derecho del consumo, y b) el desarrollo de la labor del magistrado judicial, resolviendo los casos sometidos a su consideración, e interpretando y aplicando la norma jurídica al caso de que se trate, buscando cumplir con el ideario de valores que reflejan aspectos del derecho tan sensibles como lo son los derechos del consumidor.

En ese sentido, se ha interpretado que el artículo 42 de la Constitución Nacional establece la obligación para *todas las autoridades* (involucrando, desde ya, a los jueces) de tutelar los derechos e intereses económicos de los usuarios y consumidores de bienes y servicios.⁴ A su vez, creemos que dicho mandato comprende en su espíritu e intención a las autoridades de cualquier jurisdicción, sean nacionales o locales. Si ello no fuera así, los derechos individuales de los usuarios y consumidores caerían inevitablemente en el vacío.

En función de ello, cabe la reflexión de que, si el legislador le ha impuesto a las normas de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante LDC), el carácter y condición de orden público, ello ha obedecido a la necesidad de establecer para el desenvolvimiento del mercado pautas rectoras desde una perspectiva realista.⁵

Precisamente, ello le impone al juzgador y decidente la necesidad de realizar una interpretación amplia, pero sistémica del ordenamiento jurídico aplicable al consumo, en función de la naturaleza tutelar de la axiología que debe guiar el discernimiento de lo justo para cada caso a resolver.

II. Las circunstancias de hecho relevantes.

Una usuaria del servicio básico telefónico de la provincia de Mendoza, decide efectuar el reclamo pertinente, ante lo que entiende resulta ser una facturación irregular, atento la existencia de cargos en la misma por llamadas no realizadas, llamadas en espera (servicio que la referida usuaria no había contratado), llamadas realizadas a teléfonos celulares desconocidos por la titular de la línea telefónica en cuestión y, finalmente, llamadas fuera de período.

Efectuado un primer reclamo ante la oficina de la Licenciataria prestadora del referido servicio público (Telefónica de Argentina S.A.), la usuaria abre la instancia de tutela administrativa, presentando su reclamo ante el Ente Regulador específico, la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC), generándose las actuaciones registradas bajo el n° 56.101/C 20.⁶

Posteriormente, el usuario vuelve a formular su reclamo por ante la Dirección de Fiscalización y Control⁷, organismo provincial de defensa de los consumidores, iniciándose en

⁴ Ver BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo 6, p. 308, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995 y C.Nac.Cont.Adm.Fed., sala I, 15/10/1999, “*Angel Estrada y Cía S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos*”, voto del Dr. Licht, considerando 10°, JA 2001-IV, 248.

⁵ Véase C.Nac.Com., sala B, 1/4/2003, “*Cova, Rodolfo J. v. Banco Caja de Ahorro S.A.*”, JA 2003-III, fascículo n° 6, pag. 74 y sgtes.

⁶ Cabe acotar, respecto de la CNC, que a los fines de la recepción y tratamiento de los reclamos de los usuarios telefónicos en todo el país, dicho organismo cuenta con delegaciones en todo el territorio nacional. Precisamente, el reclamo a que hacemos referencia, se realizó en la delegación Mendoza de dicha autoridad regulatoria.

⁷ La Dirección de Fiscalización y Control, dependiente de la Subsecretaría de Tecnología y Promoción Económica del Ministerio de Economía de la provincia de Mendoza, tiene jurisdicción en todo lo que se relaciona con la defensa del consumidor, siendo uno de sus principales objetivos la resolución de conflictos entre consumidores y usuarios y prestadores de bienes y servicios, suscitados a raíz de una relación de consumo, en la que se presuma la violación de las leyes que protegen los derechos del consumidor.

consecuencia el trámite del expediente administrativo n° 6469-B-98. Como parte de dicho procedimiento, la aludida Dirección cita a la prestataria a una audiencia de conciliación, en cuyo transcurso la misma plantea la incompetencia del organismo provincial para instar dicho procedimiento, lo que origina el dictado por parte de la autoridad actuante de la resolución 240 de fecha 29 de marzo de 1999, por la que se declara competente a los fines descriptos.

Dicho acto administrativo resulta entonces pasible de sucesivos recursos de revocatoria, jerárquico y apelación⁸, interpuestos todos por Telefónica de Argentina S.A., los que dieron origen, en su orden, a las resoluciones 359/99, 448-E-99 y al decreto 617/2000, respectivamente.

Todos ellos rechazaron sucesivamente el planteo argüido por la prestataria en cuestión, acerca de la incompetencia del órgano local en materia de defensa del consumidor, atento que el caso versaba sobre un servicio público domiciliario, sujeto tanto a un marco regulatorio específico como al contralor y fiscalización de un Ente Regulador del mismo carácter (en el caso, la CNC).

Precisamente contra el decreto 617 de fecha 10 de abril de 2000, la Licenciataria deduce acción procesal administrativa⁹ contra la provincia de Mendoza, solicitando la nulidad e inconstitucionalidad del mismo, así como la de los actos administrativos que lo precedieron.

El máximo Tribunal provincial resuelve entonces confirmar el acto administrativo impugnado y rechazar la acción procesal administrativa impetrada, declarando en definitiva competente a la Dirección de Fiscalización y Control, en el ejercicio de la policía del consumo, para recibir reclamos de usuarios del servicio telefónico ante situaciones fácticas como las que dieron origen a la causa, partiendo de la base de que en dichos autos no obraba constancia de que se hubieran resuelto los reclamos efectuados en su oportunidad por la usuaria por ante la CNC .

III. Algunas cuestiones para considerar.

Creemos necesario referenciar mínimamente algunas cuestiones jurídicas para poder posteriormente adentrarnos en la problemática bajo análisis.

a) El Derecho del Consumidor. Concepto y Finalidad.

En la realidad cotidiana, los factores económicos conjugados en la oferta y demanda de bienes y servicios, generan y desarrollan al mercado económico. Las ideologías y modelos en boga en las últimas décadas propenden a la conformación de “mercados libres”, los cuales, como afirma MOSSET ITURRASPE, son incompatibles con un Derecho de Defensa de los Consumidores.¹⁰

8 Cfe. artículos 174, 177, 178 y 179 a 182 de la ley 3.909 (Ley de Procedimientos Administrativos de la provincia de Mendoza, Texto Ordenado 2001).

9 Cfe. artículos 1° y 5° del Código Procesal Administrativo de la provincia de Mendoza, aprobado por ley 3.918 y modificatorias.

¹⁰ MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Defensa del Consumidor (Ley 24.240)*, p. 11, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.

Ello es así toda vez que para el funcionamiento del mercado en general se pretende una regulación autónoma y autosuficiente, que meritúa que el consumidor no necesita de normas tuitivas o de defensa, ya que debe aprender, en base a la experiencia que arrojan los desaciertos y caídas, a “convivir” en el mercado¹¹, y obtener así la información necesaria para decidir, evitar situaciones desventajosas o no suscribir contratos con aspectos abusivos, etc.

Concordantemente, el mismo autor señala que el mercado, adonde concurren empresarios proveedores y consumidores “*no es una ínsula, extraña a la sociedad civil*”, ni tampoco un “*campo donde se compita en habilidades o destrezas*”. Muy por el contrario, es el terreno de la satisfacción de las necesidades del ser humano, y como tal, su conformación y funcionamiento ha sido valorado en grado sumo por nuestra Carta Magna, dado el derecho irrenunciable que le asiste al Hombre de satisfacer sus necesidades básicas y elementales de modo de alcanzar estándares de vida dignos y acordes con el desarrollo tecnológico logrado.¹²

Desde esa perspectiva, asumiendo la necesidad de tutelar los intereses de los consumidores, dada su condición estructural de “*débiles contractuales*”¹³, y reconociendo la tensión siempre existente entre norma abstracta y realidad social¹⁴, puede definirse al Derecho del Consumidor (entendiendo al Derecho como regulación coactiva de conductas humanas en sociedad), como un “*sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación, consagrados por el ordenamiento jurídico en favor del consumidor, para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios*”¹⁵.

Aquí está el norte irrenunciable de cualquier análisis que quiera realizarse sobre la cuestión: a través de las herramientas jurídicas tuitivas disponibles, se debe perseguir lograr “*el equilibrio en la relación negocial en la cual la parte más débil (el consumidor) carece de conocimientos técnicos y de hecho sufre un sometimiento fáctico a publicidades engañosas o subliminales, debe superar obstáculos para acceder a la justicia y queda –a menudo– indefensa ante productos o servicios defectuosos*”.¹⁶

Objetivo de fácil dicción y lectura, pero que debe bregarse duramente cada día por lograrlo.¹⁷

¹¹ MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 11.

¹² Ver BIDART CAMPOS, op. cit., p. 306.

¹³ Ver CROVI, LUIS D., *Los consumidores y otros débiles contractuales*, JA 2003-I, 1154.

¹⁴ Ver RAGO, CARLOS AURELIO, *Derecho y sociedad en la “Aldea global”*. *Mentalidad jurídica y defensa del usuario y el consumidor como derecho humano fundamental*, La Ley Buenos Aires – 1997, p. 1213 y sgtes.

¹⁵ STIGLITZ, GABRIEL Y STIGLITZ, RUBÉN, *Derechos y Defensa del Consumidor*, p. 67, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994; BENJAMÍN, ANTONIO HERMAN V., *El Derecho del Consumidor*, JA, 1993-II, 913.

¹⁶ PIAGGI, ANA I., *La persona humana frente al derecho del consumo y de defensa de la competencia*, JA 2002-I, 1225. Como señala la autora, los gobiernos buscan balancear el interés de los consumidores con el crecimiento económico, buscando que las mayores restricciones a la libertad de los productores, como consecuencia de la tutela de aquellos, no afecten el desarrollo global de la sociedad en su conjunto.

b) Tutela del Consumidor. Clasificación.

La tutela del consumidor, en cualquiera de sus formas, posibilita que los fines perseguidos por el Derecho del Consumo puedan realizarse, alcanzando aquel en la dinámica del mercado, una posición de equilibrio lo más realista posible, en sus relaciones con los empresarios.

Esta herramienta tiene dos niveles: la tutela sustantiva o normativa y la tutela adjetiva, que a su vez comprende la tutela del consumidor en sede administrativa o judicial.

1) Tutela sustantiva o normativa del Consumidor.

Establece lo que se protege: *los derechos de los consumidores*, consagrados principalmente en el artículo 42 de la Constitución Nacional y en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

En forma sucinta podemos decir que a través de la tutela sustantiva quedan reconocidos y consagrados los derechos básicos de los consumidores¹⁸, en sus aspectos *primarios fundamentales* (derecho de acceso al consumo -incluyendo la libertad de elección y el trato equitativo y digno-, y el derecho a la educación para el consumo), *sustanciales* (derecho a la seguridad y a la integridad, a la información y a la protección de los intereses económicos) e *instrumentales* (derecho a la organización, a la participación y al acceso a la solución de conflictos).¹⁹

2) Tutela adjetiva del Consumidor. La solución de los conflictos del consumo. La Autoridad de Aplicación de la ley 24.240.

La tutela adjetiva apunta a “como” tutelar los derechos consagrados a través de la tutela sustantiva, constituyéndose, de ese modo, en la herramienta o vía práctica que propende a buscar la vigencia más efectiva de dichos derechos, tanto en sede administrativa como en sede judicial.²⁰

Debe recordarse que el artículo 42 CN, en su segundo párrafo prevé una especial puntualización acerca de la tutela adjetiva del consumidor, al estipular que la legislación deberá establecer “procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”.

Fácil es advertir que la suerte de la tutela normativa depende la seriedad, firmeza y eficacia con que en la dinámica diaria se apliquen y hagan valer las referidas tutelas adjetivas. Ya hemos dicho que derechos consagrados y reconocidos sin vigencia real se tornan inexistentes para el consumidor.

¹⁷ La protección al consumidor debe considerarse como un principio general del derecho. Así lo ha postulado VAZQUEZ FERREIRA, ROBERTO A. en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1995 (“*La Defensa del Consumidor como principio general del derecho*”, JA, 1995-IV, 807).

¹⁸ La Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del MERCOSUR, suscripta por los Jefes de Estado de los Estados partes del MERCOSUR el 15 de diciembre de 2000, contiene una interesante descripción y compendio de los derechos fundamentales de los consumidores.

¹⁹ Hemos seguido aquí la clasificación desarrollada por STIGLITZ Y STIGLITZ, op. cit., p. 41.

²⁰ En mérito a la brevedad, omitiremos en el presente trabajo el tratamiento de la tutela judicial.

La tutela administrativa se manifiesta en primer lugar en el ejercicio por parte de la autoridad de aplicación (nacional, provincial o municipal, en caso de delegación) de sus facultades de contralor y fiscalización respecto del cumplimiento de las disposiciones que en su conjunto conforman el marco normativo del derecho del consumo, lo cual puede dar lugar, en su caso, a la apertura y tramitación del correspondiente procedimiento sancionatorio, y de así corresponder, a la aplicación de las sanciones previstas, en caso de verificarse la existencia de la infracción (cfe. arts. 41 y sgtes LDC).

Asimismo, dicha tutela se constituye en herramienta idónea a fin de que el consumidor afectado haga valer sus derechos, a través de la facultad de “recibir y dar curso a las inquietudes y denuncias de los consumidores” y de la instrumentación y celebración, a solicitud del consumidor reclamante, de la instancia conciliatoria a celebrarse por ante la autoridad de aplicación intervinientes (cfe. artículos 43 y 45 LDC).²¹

En consecuencia, de arrojar dicha instancia un resultado positivo²², se celebrará entre las partes un acuerdo conciliatorio (arts. 45, segundo párrafo y 46 LDC). En caso contrario, se iniciara la actuación administrativa correspondiente ante la posibilidad de que se hubiere cometido una infracción.

Integra y complementa dicha protección la instancia conformada por el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo, el cual puso en funcionamiento a los Tribunales Arbitrales de Consumo.²³

Cabe mencionar que actualmente, en el orden nacional, las funciones atribuidas por el legislador a la autoridad de aplicación de la ley de defensa del consumidor, están a cargo de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción²⁴, de la que depende a su vez la Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del Consumidor.

Es dable destacar que en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dichas atribuciones están a cargo de la Dirección de Protección al Consumidor y, en la provincia de Buenos Aires dicha función se encuentra a cargo de la Dirección Provincial de Comercio Interior,

²¹ Ver arts. 7° y 8° y sgtes. de la ley 757 (Procedimiento Administrativo para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) de la ciudad de Buenos Aires, y arts. 53 a 56 y 63 y sgtes de la ley 5547 (Mendoza), que contemplan una instancia conciliatoria previa y un procedimiento sancionatorio posterior, al igual que la LDC.

²² El art. 56 de la ley 5547 (Mendoza) establece que el objetivo fundamental del procedimiento administrativo ante el departamento de defensa del consumidor es “la conciliación voluntaria de los intereses de las partes” tendiendo a que dicho procedimiento se desarrolle “en forma eficaz, rápida y sin gastos para el consumidor o usuario”.

²³ Prevista la organización de Tribunales Arbitrales en el artículo 59 LDC, se implementó dicho sistema por decreto 276/98, reglamentado a su vez por la resolución n° 212/98-SICyM.

²⁴ En virtud de lo establecido por el decreto n° 25/2003, dicha Secretaría es continuadora de la ex Secretaria de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor del ex Ministerio de la Producción.

existiendo en numerosos Municipios de la jurisdicción las denominadas Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC).

En lo que al resto de las provincias se refiere, en cada una de ellas la autoridad local de aplicación instituida en el artículo 41 de la ley de defensa del consumidor, se halla bajo la dependencia del respectivo gobierno provincial, con delegaciones en el interior de cada distrito y, a su vez, con oficinas de atención al consumidor dependientes de los respectivos gobiernos municipales.

c) Los Servicios públicos. Caracterización.

Debido a la crisis del Estado de Bienestar, y en el marco de una profunda Reforma llevada a cabo por el Gobierno Nacional en el inicio de la década del noventa, el Estado (imposibilitado de brindar los servicios públicos con calidad suficiente, de satisfacer su creciente demanda, de renovar y actualizar tecnológicamente la infraestructura necesaria, etc.) decide el traspaso de su gestión y operación al sector privado, a través de la ley 23.696 de Emergencia Administrativa, que –entre otros aspectos- facultó al Poder Ejecutivo Nacional a privatizar los servicios públicos bajo diversas modalidades (concesión del servicio, otorgamiento de licencia, etc.).

Hablar de servicios públicos en general y de los servicios domiciliarios en particular²⁵, implica referirse a la satisfacción del interés público, en lo que puntualmente se relaciona con determinadas necesidades básicas para la población. La prestación de servicios de dicho carácter, por ende, debe estar sujeta a un régimen especial, ya que no se la puede dejar librada a las fuerzas del mercado ni a contingencias imprevisibles que le resten continuidad.

Gordillo, refiriéndose al concepto de servicio público, señala que el monopolio es una característica esencial del mismo, ya que ello constituye el único fundamento del régimen jurídico de derecho público aplicable a los servicios catalogados como “públicos”.²⁶

Efectivamente, la prestación de los mismos en condiciones de verdadero privilegio, caracteriza y distingue a este segmento de actividades.²⁷ Piénsese por caso que, en cada contrato suscripto con los diferentes operadores adjudicados, se previó la prestación del servicio pertinente en un área o territorio con caracteres de exclusividad, transformando a los usuarios de cada servicio en “cautivos”, sin posibilidad de cambiar de prestador en caso de disconformidad con el servicio brindado por el mismo.

Por ello, ante el desarrollo de esta nueva realidad producto del proceso privatizador, se diseñó una “regulación pública” que previó: a) la prestación del servicio a través de un operador

²⁵ Dentro de los mismos quedan comprendidos el servicio básico de telefonía, la distribución de energía eléctrica y gas natural, y la provisión de agua potable y desagües cloacales.

²⁶ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2 (La defensa del usuario y del administrado), Cap. VI-8 y sgtes, 4º Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000.

²⁷ Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios*, LL, 1995-A, 217 y Cicero, op. cit., p. 81.

privado munido de título habilitante al efecto (concesión o licencia); b) el dictado de marcos regulatorios específicos para cada servicio público, con el fin de establecer los derechos y obligaciones de cada una de las partes intervinientes; c) la creación de Entes Reguladores, con el fin de proteger al usuario y velar por su intereses.

Dicha regulación estatal tiene como objetivo:

- el control de la prestación del servicio público con la debida calidad y eficiencia, por parte del operador respectivo, y
- brindar suficiente tutela al receptor del servicio, a través de normas específicas y particulares, que configuren –dentro del marco general de las tutelas del consumidor- tutelas sustantivas y adjetivas específicas para el usuario de los servicios públicos.

d) Los Entes Reguladores. Finalidad y Funciones.

Como decíamos, cada Marco Regulatorio previó la creación de un Ente Regulador de dicho servicio²⁸, con el objetivo fundamental de proteger a los usuarios del mismo, del cual se derivan los de velar por el cumplimiento de los contratos de concesión o licencia y de los marcos regulatorios, controlar la calidad de los servicios prestados y el cumplimiento de los planes de inversión comprometidos, entre otros.²⁹

Para ello, los Entes Reguladores están investidos de las siguientes funciones: informar y asesorar a los usuarios sobre sus derechos, recibir y tramitar los reclamos formulados por los consumidores, prevenir conductas discriminatorias de parte de los prestadores del servicio, resolver en instancia administrativa previa (obligatoria o facultativa, según el caso), los conflictos que se susciten entre los prestadores y usuarios u otras partes interesadas, aprobar cuadros tarifarios justos y razonables, etc.³⁰

Vale la pena detenerse en el punto concerniente a la misión fundamental de los Entes Reguladores de Servicios Públicos, aspecto sobre el cual el mismo fallo que comentamos es terminante: el primer y principal deber de los mismos es el amparo de los derechos de los usuarios, debiendo cumplir con el deber constitucional y legal de buscar equilibrar la desigualdad existente, compensando el poder monopólico con un mayor control del mismo, por lo que no pueden (ni deben) asumir un papel de terceros imparciales prescindentes.³¹

e) Tutela sustantiva del usuario de servicios públicos.

²⁸ Los principales Entes Reguladores de Servicios Públicos y su norma de creación son: la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) -decreto 1185/90-; el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) -art. 50 de la ley 24.076-; el Ente Nacional Regulador de la Electricidad -art. 54 de la ley 24.065- y el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS) -Anexo I de la ley 23.696 y decreto 999/92-.

²⁹ CICERO, NIDIA KARINA, *Servicios Públicos: Control y Protección*, p. 75 y sgtes., Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

³⁰ CICERO, op. cit., p. 76 y 77.

³¹ GORDILLO, op. cit., Tomo 2, Cap. VI-22.

La misma consagra *los derechos que le asisten a los usuarios de los servicios públicos*. Como abrevia en la misma axiología y marco jurídico general que la tutela sustantiva del Consumidor, está contenida tanto en el art. 42 de la Constitución como en la ley 24.240, amén de lo que establezcan los Marcos Regulatorios.

Esto significa, ni más ni menos, que todos los derechos reconocidos a favor de los consumidores comprenden también a los usuarios de servicios públicos. Los derechos reconocidos con carácter general en el art. 42 CN tienen como destinatarios a los “*consumidores y usuarios de bienes y servicios*”, además de las previsiones que alcanzan de manera especial a los usuarios de servicios públicos, contenidas en los párrafos segundo y tercero de dicho artículo.

Lo manifestado es igualmente aplicable a las disposiciones contenidas en la ley 24.240 y al resto de las normas de carácter general integrantes del marco normativo del consumo: todos aquellos derechos reconocidos, principios jurídicos establecidos y mecanismos de tutela determinados a favor de los consumidores, también deben alcanzar a los usuarios de los servicios públicos, sin perjuicio de las disposiciones específicas contenidas en cada Marco Regulatorio de dichos servicios.

Cabe poner de manifiesto que, en el caso de la ley 24.240, partiendo del alcance y aplicación antedichos, el legislador ha dedicado el Capítulo VI de la ley (arts. 25 a 31), a determinar en particular diversas previsiones tuitivas a favor de los usuarios de servicios públicos domiciliarios³².

El artículo 25, último párrafo, al que más adelante nos referiremos, establece cómo se aplican estas disposiciones especiales, cuando los servicios públicos domiciliarios cuentan con legislación específica y sus prestadores son controlados por los organismos contemplados en ella.

Debemos también destacar a los diversos Marcos Regulatorios de cada servicio, los cuales fueron creados por la regulación pública puesta en práctica a partir del proceso privatizador, a fin de establecer normas que satisficieran de un modo más específico la necesidad común de usuarios y prestadores de contar con “reglas de juego” que tuvieran en cuenta las particulares modalidades y vicisitudes de cada servicio. En ese sentido, puede decirse que dichos marcos son un plexo normativo específico que regula los derechos y obligaciones de los protagonistas de cada servicio³³ conformado principalmente –entre otros- por una ley marco, el contrato de concesión o licencia para poder operar en la actividad, y toda la normativa reglamentaria emanada de cada ente (reglamentos de servicio o del usuario³⁴, procedimientos para efectuar, tramitar y resolver los reclamos presentados por el usuario, regímenes sancionatorios o de penalidades, etc.)

³² Ver arts. 23 a 26 quater de la ley 5.547 de defensa de los consumidores de la Prov. de Mendoza (t.o. 2002).

³³ Ver DROMI, ROBERTO, *Empresas Públicas (De Estatales a Privadas)*, pag. 74, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

³⁴ Pieza fundamental de los diversos marcos regulatorios, el Reglamento de Servicio o del Usuario rige las relaciones entre los prestadores del servicio y los usuarios, estableciendo sus derechos y el alcance de los

Así como también se manifiesta en el fallo comentado, no desconocemos que en varios casos no se ha cumplido el mandato constitucional de que los marcos regulatorios fueran establecidos a través de la legislación, lo que ha incidido en la actuación de los entes involucrados, toda vez que en dichos casos, los marcos se han conformado a través de reglamentos emanados de la Administración Central, con autoridades regulatorias dependientes de la misma.³⁵

En conclusión, como hemos descripto hasta aquí, la tutela normativa de los usuarios se integra en un verdadero “Estatuto de los Servicios Públicos”, entendido como cuerpo normativo en cuya cúspide se halla la Constitución Nacional (art. 42 y 43), y que se complementa con normas de diversas naturaleza y jerarquía, entre las que cabe destacar la ley de Defensa del Consumidor, los marcos regulatorios específicos de los servicios públicos y en particular, los reglamentos del usuario.³⁶

f) Tutela adjetiva. Reclamos ante los Entes Reguladores.

La misma comprende la tutela en sede administrativa y judicial de los usuarios de los servicios públicos.

Respecto de la tutela administrativa, en lo que se refiere específicamente a la actuación de los diversos Entes Reguladores, diremos que existen dos niveles de desarrollo de la misma.

El primero surge del ejercicio por parte de la autoridad regulatoria de la facultad de contralor que integra su núcleo de competencias. Persigue el desarrollo de una labor permanente de fiscalización del grado de eficiencia con que el licenciatario y/o concesionario presta el servicio, del nivel de calidad del servicio que se brinda al usuario, del mantenimiento que debe realizarse sobre las instalaciones afectadas al servicio, y del funcionamiento del circuito de atención de los reclamos formulados por el usuario ante las empresas prestadoras, entre otros ejemplos, todo ello conforme los parámetros reglamentarios y contractuales que han sido estipulados al respecto.

El segundo nivel, se relaciona con la atención en forma directa de las necesidades del usuario, ya sea a través de la satisfacción de las consultas formuladas por éste, brindándole el correspondiente asesoramiento, como a través de la recepción y tramitación del reclamo formulado,

mismos. Asimismo, dichos reglamentos deben prever las distintas situaciones en las que puede verse involucrado un usuario de un servicio público, la conducta debida en cada caso por el prestador, los recursos por reclamos disponibles y las sanciones aplicables al prestador por la inobservancia de esos reglamentos (cf. CNFedContAdm., Sala I, 5/9/95, “*Edenor S.A. c. Estado Nacional (Secretaría de Energía)*”, SJDA, 5/7/96)

³⁵ Ver la comparación efectuada por GORDILLO entre las dos formas de creación de los marcos regulatorios: legal (el caso de la distribución de energía eléctrica y de gas natural) y reglamentaria (telecomunicaciones) y sus consecuencias prácticas, en GORDILLO, AGUSTÍN, op. cit., Tomo 2, Capítulo VI-8 y sgtes.

³⁶ Cf. CICERO, NIDIA KARINA, *Los sistemas de protección de los usuarios de los servicios públicos*, LL, 1996-C, 420 y sgtes, y *¿Un fallo menor?*, JA 1999-II, 134.

de acuerdo al procedimiento específico estipulado, a fin de solucionar el planteo de la controversia suscitada entre el prestador y el usuario del servicio.

Dicha actividad integra el núcleo de las denominadas “facultades jurisdiccionales” que han sido otorgadas al Ente Regulador. Si bien ello es asimilable en la práctica a la potestad de resolver conflictos existentes entre las partes (concesionarios y/o licenciatarios, usuarios u otros interesados), con el posterior control judicial suficiente de lo actuado, la puesta en práctica de dicha potestad, no deja de constituir una “facultad administrativa de resolver conflictos en sede administrativa, sujeta a revisión judicial plena”.³⁷

Resulta claro que el derecho del usuario a formular reclamos ante la autoridad administrativa no sólo goza del reconocimiento y protección de toda la tutela normativa del consumidor en general y del usuario de servicios en particular, sino que, atento su fin (solucionar los conflictos del usuario y posibilitar el control social sobre la gestión de las prestatarias) el mismo no puede ser restringido ni disminuido por reglamentación o requisito alguno.

g) La tutela normativa del consumidor y los usuarios de los servicios públicos domiciliarios.

Hemos visto que, si bien la tutela normativa del consumidor abarca a los usuarios de servicios públicos, la materia particular de los mismos ha impulsado una regulación específica para cada uno de ellos.

No obstante ello, debe dejarse en claro que los principios del art. 42 CN son operativos y de aplicación inmediata en aquel ámbito, lo cual –desde ya- debería reflejarse en el texto y en el espíritu de las normas integrantes de cada uno de los marcos citados.³⁸

Empero, sin perjuicio de lo expuesto, y a los fines de prodigar una mayor tutela a los usuarios, dentro de las normas contenidas en la ley 24.240, el capítulo VI (arts. 25 a 31) prevé especialmente la situación de los usuarios de servicios públicos domiciliarios, atento el carácter imprescindible y esencial de estos servicios³⁹.

³⁷ GORDILLO, op. cit., Tomo 2, Cap. VI-23.

³⁸ Ello no siempre es así, toda vez que, mientras la filosofía del derecho del consumidor y de la ley 24.240 gira en torno de la protección de consumidores y usuarios, la filosofía de las reglamentaciones específicas de los servicios públicos, nacidas al amparo de una prioridad gubernamental de radicar inversiones, dar “seguridad jurídica” a los capitales transnacionales, y afianzar una economía de mercado, han puesto muchas veces el acento en “asegurar” la prestación del servicio y en garantizar una “razonable retribución” para el operador, a fin de incentivar nuevas inversiones en cada sector. Ver MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 55.

SICARO y SALABERREN afirman respecto de la provincia de Buenos Aires, que por muchos años se han sancionado legislaciones protectoras inaplicables a los usuarios, ya que la posición preponderante ha sido la de resistir normas que trabaran o lesionaran el desenvolvimiento empresarial, argumentando que dichas normas tuitivas, de dictarse y aplicarse, resultarían incompatibles con una economía de mercado (SICARO, EDUARDO y SALABERREN, ROBERTO, *Servicios Públicos. Regulación. Control. Fallas Regulatorias*, JA 2001-II, 1308).

³⁹ Ver MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI, op. cit., p. 151 y LOPEZ, JUSTO, *La huelga en los “servicios esenciales”*, ED, 137-918, citado por los primeros en su nota 1.

Ahora bien, ¿cómo se articula la interpretación y aplicación de toda la normativa tutelar del consumidor contenida en la LDC, con la particular tutela contenida en la regulación propia de cada servicio público domiciliario?

Al respecto, el artículo 25 (último párrafo) de dicha norma establece: “*Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente*”.

El mismo estipula un tratamiento diferencial dentro de la regla general que contiene toda la normativa de la ley 24.240, ya que dispone que sus disposiciones se aplicarán supletoriamente. Como no hay servicio público (domiciliario o no) que no tenga normas específicas (legales o reglamentarias) y un organismo administrativo de control, parecería –como insinúa inicialmente FARINA–, que el Capítulo VI estaría de más, lo cual (según el entender del propio autor) no es así, toda vez que supletoriedad no implica inaplicabilidad, ya que se deberá aplicar la ley 24.240 cada vez que no existan en la regulación específica, normas tuteladoras expresas de los derechos de los usuarios o cuando la misma se halle en conflicto o colisión con los derechos otorgados por la LDC.

40

De no ser así, el usuario quedaría huérfano de la tutela sustantiva básica del consumidor, con raigambre constitucional, sujeto a merced de disposiciones reglamentarias violatorias del espíritu y contenido del art. 42 CN, claramente inconstitucionales.⁴¹

En este punto del análisis cabe recordar que, en virtud del artículo 65 de la ley, sus disposiciones son de orden público, por lo que en su vigencia o aplicación se encuentran comprometidos intereses superiores, en beneficio de la comunidad toda. Por ello, no puede concebirse (como señala MOSSET ITURRASPE) un orden público “limitado” que ceda ante disposiciones en contrario (máxime ante marcos regulatorios reglamentarios y por ende de menor jerarquía) que se contrapongan al espíritu e intención de la ley 24.240.

Por ello –siguiendo a este último autor– es dable hablar de “núcleos duros” dentro de la ley de defensa del consumidor, aludiendo a normas básicas cuyo apartamiento no es razonable ni jurídico, por estar en juego la esencia tuitiva del régimen legal de orden público.⁴²

Sin embargo, con realismo, debe advertirse la disociación o diferencia de criterio existente muchas veces entre los diversos ordenamientos jurídicos, lo que dificulta la tutela administrativa del usuario en la práctica.⁴³

⁴⁰ FARINA, op. cit., p. 218.

⁴¹ C.CivyCom. Rosario, sala 3º, 28/2/97, “*Moriconi, Marcelo v. Banco Argencoop*”.

⁴² MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 53 y 54.

⁴³ ELSA B. BENITEZ, y GRACIELA L. LOVECE., en “*Derechos de los Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios: Ley 24.240*”, JA 1996-II, 964, plantean, por caso, la existencia de determinadas cláusulas contenidas en los reglamentos de prestación de servicios públicos con un carácter abusivo que hace que entren las mismas en colisión con lo dispuesto en los artículos 37,38 y 39 de la ley 24.240 (cláusulas ineficaces). Así, por ejemplo, las condiciones reglamentarias impuestas en materia de intereses punitivos,

Es dable destacar que la jurisprudencia ha establecido la necesidad de que la legislación específica de los servicios públicos domiciliarios se armonice tanto con la ley 24.240 como con el art. 42 CN⁴⁴, no dando por ende lugar a ciertas interpretaciones que han sostenido que la regulación específica de un servicio excluía la tutela general de los consumidores de la ley 24.240.

Seguimos por ello aquí el criterio expresado por NIDIA K. CICERO⁴⁵, quien plantea que el camino más viable es el que señala una armonización todas las normas que atañen a los usuarios de servicios públicos, partiendo de las ideas directrices fijadas en la Constitución Nacional y la ley de defensa del consumidor y sin olvidar la aplicación de los principios generales del derecho y especialmente del más elemental de ellos, que reza que el derecho debe equilibrar las desigualdades existentes. Recuerda asimismo la autora que la ley de defensa del consumidor plantea en su art. 3° como criterio interpretativo, uno que integra sus previsiones con las normas generales y especiales aplicables a la relación de consumo.

IV. Pensamientos Intermedios.

La interrelación armónica y efectiva que debe suscitarse en toda la tutela normativa del usuario de servicios públicos, debe traslucirse en una eficiente tutela administrativa de éste, debiendo por tanto resolverse los reclamos interpuestos por ante los Entes Reguladores no sólo en un tiempo razonable, sino aplicando y haciendo valer todas las disposiciones aplicables (vgr. Constitución Nacional, ley 24.240 y Marcos Regulatorios) para resolver las cuestiones planteadas, teniendo como principio valorativo rector la regla del artículo 3° de la ley 24.240 (in dubio pro consumidor).

Pero ¿cuál es el verdadero ámbito de la tutela adjetiva del usuario? ¿puede el usuario de servicios públicos en determinados casos procurar la solución de sus conflictos por ante la autoridad de aplicación (nacional o local) de la ley 24.240? ¿son los Entes Reguladores las únicas autoridades administrativas con competencia para tramitar y resolver reclamos de usuarios de servicios públicos?

Estos planteos, a los que alude el fallo que nos ocupa, son motivados a su vez por una cuestión previa y crucial: el sistema de protección de los derechos de los usuarios a través de autoridades regulatorias independientes, ¿está en crisis? ¿ha funcionado debidamente desde la implementación del proceso de reforma del Estado?

fórmulas de devolución del crédito a favor de los usuarios, disposiciones sobre los costos del control de las unidades de medición, a menudo entran en la categoría jurídica antes indicada.

Ante dicha circunstancia, el reclamo administrativo sería hartamente dificultoso pues se produciría una situación difícil de revertir en sede administrativa mediante el reclamo ante el ente regulador (ya que el mismo en varias ocasiones ha sido precisamente quien ha dictado la cláusula pasible de impugnación), ya que éste último sería juez y parte en la cuestión. Es por ello que en dichos casos, las autoras proponen entablar la acción judicial en forma directa.

⁴⁴ ver "*Ciancio, José M. v. Resolución 184/97 -ENARGAS-*", CNacContAdmFed, sala II, 5 de noviembre de 1998, JA 1999-II, 127.

⁴⁵ CICERO, *Los sistemas de protección...*, LL, 1996-C, 420 y sgtes.

Desde ya, la postura crítica frente a estos interrogantes que trasluce el pronunciamiento judicial en la causa, hace necesaria la búsqueda del mayor grado de protección posible para el usuario de servicios públicos, al menos en sede administrativa.

V. Sustanciación de reclamos de usuarios: ¿pueden intervenir diversas competencias administrativas ?

a) La Competencia Administrativa.

Entendido como el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer, el concepto de competencia da la medida de las actividades que conforme al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo. Son pues, las actividades que dicho órgano puede legítimamente realizar.⁴⁶

Conforme a lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Ley 19.549), la competencia de los órganos administrativos “será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia”.

Ello significa que la Administración en general, no puede obrar sin que el ordenamiento lo autorice en forma expresa o razonablemente implícita.⁴⁷ El apotegma, entonces, es que “debe entenderse prohibido lo no permitido”, rigiendo así en la materia el principio de especialidad.⁴⁸

La competencia es obligatoria (debe ser ejercida por los órganos administrativos que la tengan atribuida)⁴⁹ y, como consecuencia de ello, es improrrogable (salvo que esté permitida la delegación o sustitución)⁵⁰.

b) Ejercicio de competencia de manera no exclusiva. Diversos supuestos.

De acuerdo a lo visto, podemos afirmar inicialmente que la atribución de una determinada competencia a un órgano administrativo, trae como consecuencia que éste la ejerza de manera exclusiva, no existiendo posibilidad de un múltiple ejercicio de la competencia, compartido con otros órganos.

⁴⁶ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1 (Parte General), Cap. XXII-5 y 8, 8° Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003; ESCOLA, HÉCTOR, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, p. 83, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

⁴⁷ Ver CSJN, Fallos 254:56 y 307:198 y CNFedContAdm, Sala III, 16/4/85, “Cambios Teletour”.

⁴⁸ HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, p. 64 y ss., Astrea, 5° Edición, Buenos Aires, 2000.

⁴⁹ CNFedContAdm, Sala IV, 30/11/93, “Montes de Oca”, LL, 1994-D, 238.

⁵⁰ Véase en igual sentido los arts. 2° y 33° de la ley 3909 (Mendoza) de Procedimiento Administrativo.

Cabe recordar, empero, que la competencia puede distribuirse basándose en el principio de la especialización, atendiendo de esta forma la misión que se le ha determinado y a la materia o problemática que atiende el órgano u ente.

Por ello, la Constitución y las leyes respectivas han conferido a determinados sujetos estatales una serie de atribuciones para la realización de sus cometidos propios. Así, dichos órganos pueden realizar todos aquellos actos que se encuentren vinculados a los fines que han motivado su creación.⁵¹

Pero sucede que, al clasificarse la competencia desde cuatro posibilidades o parámetros diferentes (por materia, grado, territorio y tiempo)⁵², la consiguiente diversidad en la asignación de competencias que se suscita, comienza a posibilitar el otorgamiento de competencias, previendo su ejercicio de manera no exclusiva, bajo alguna modalidad de ejercicio conjunto (paralelismo, concurrencia, colaboración, etc.).

Es conveniente recordar que la competencia en razón de la materia se refiere a las actividades o tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano; que en razón del grado alude a la posición que ocupa un órgano dentro de la ordenación jerárquica de la administración; que en razón del territorio comprende el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de la función y, por último, que en razón del tiempo abarca los casos en que un órgano tiene determinadas facultades concedidas sólo durante un lapso determinado.⁵³

De modo enunciativo, veremos algunos supuestos que pueden darse en el marco del derecho del consumo.

1. Ejercicio conjunto de competencia.

Ocurre cuando la norma atributiva de competencia prevé su ejercicio por dos o más órganos administrativos de manera común, siendo necesario el concurso de dichas voluntades en plano de igualdad, a fin de posibilitar el dictado del acto administrativo en cuestión⁵⁴.

Un ejemplo es la determinación conjunta (respecto de la atribución de Bandas de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico de la República Argentina) por parte de la Secretaría de Comunicaciones y de la entonces Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, de la “determinación de los límites máximos a establecer para la concentración de frecuencias por un mismo titular por procesos de fusión, cesión, compra o transferencias de las mismas” (decreto 764/2000, Anexo IV, punto 2.2.)

⁵¹ MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La Competencia Administrativa*, en la obra colectiva *Procedimiento Administrativo*, p. 183, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

⁵² MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, p. 605 y sgtes, 5° Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

⁵³ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3 (El Acto Administrativo), Cap. VIII-25, 5° Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000.

2. *Ejercicio concurrente de competencia. El artículo 42 de la ley 24.240.*

Denominaremos así al ejercicio coincidente de las mismas atribuciones por parte de al menos dos órganos, en un mismo espacio territorial y temporal.

Un claro ejemplo del ejercicio concurrente de facultades es el previsto en el artículo 42 de la LDC⁵⁵. Es conveniente detenernos un momento en la determinación del alcance de este artículo, dada su íntima vinculación con una de las principales temáticas abordadas por el fallo (coordinación de competencias federal y locales).

Cabe recordar, pues, que FARINA plantea al respecto que, teniendo las autoridades locales facultades de aplicar las sanciones previstas en la ley de defensa del consumidor, la autoridad nacional no puede intervenir en forma “excluyente” cuando la autoridad local resuelva intervenir por hechos que ocurran exclusivamente en el ámbito de su jurisdicción.⁵⁶

Por ello, es dable suponer que las funciones de control y vigilancia se darán en forma conjunta, sucesiva o independiente por parte de los organismos nacional y provincial, concluye el autor citado, sin perjuicio de señalar el despropósito de que ocurrida una infracción exclusivamente en el ámbito de una provincia se aboquen a su conocimiento ambas autoridades.⁵⁷

MOSSET ITURRASPE⁵⁸, que también interpreta el artículo de marras, de modo de propender al respeto por el federalismo y las competencias provinciales reconocidas por la propia norma, opina que el artículo 42 otorga a la autoridad nacional una suerte de “supercompetencia”, dado que no obstante el lugar de comisión de los hechos, podrá actuar en forma concurrente respecto de las funciones de vigilancia, contralor y juzgamiento, lo que no parece perseguir el logro de los fines señalados, en desmedro de nuestra organización federal, dado el avance que significa entender en

⁵⁴ Es frecuente la asignación conjunta de competencia, a nivel, por ejemplo, de Secretarías de Estado, originándose un único acto administrativo (lato sensu), con el respectivo número de registro correspondiente a cada órgano actuante.

⁵⁵ El mismo dice: “La autoridad nacional de aplicación, sin perjuicio de las funciones que se encomiendan a las autoridades locales de aplicación en el artículo 41 de la presente ley, podrá actuar concurrentemente en la vigilancia, contralor y juzgamiento de la misma, aunque las presuntas infracciones ocurran exclusivamente en el ámbito de las provincias o de las Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”.

⁵⁶ FARINA, op. cit., p. 358.

⁵⁷ FARINA, op. cit., p. 359. Al respecto, el autor plantea diversas alternativas a fin de que un eventual conflicto de competencia originado en las atribuciones otorgadas por el artículo 42, arrojen como resultado tornar en letra muerta los objetivos sustantivos de la ley.

Así, menciona la opción del damnificado acerca de que autoridad debe intervenir, pudiendo la nacional, en caso de ser elegida, designar un delegado que requiera la colaboración de la autoridad local o bien delegar en ella las funciones a realizar.

También señala el hecho de que, si es la autoridad local la que estuviere actuando en el caso, la actuación de la autoridad nacional debe realizarse en forma concurrente, pero en función coadyuvante. Del mismo modo, por respeto a la autonomía provincial, debe interpretarse la situación opuesta (que fuere la autoridad nacional quien hubiere iniciado el procedimiento administrativo previsto en la ley 24.240)

⁵⁸ MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 157.

forma concurrente en el juzgamiento de infracciones, aspecto que se encontraría reservado a la competencia provincial.

Por ello, es sumamente crítico de la falta de mayor explicitación acerca de la facultad concurrente instituida, motivo por el cual -en el mismo sentido- FARINA aconseja la celebración de convenios multilaterales entre la Nación y las Provincias, a fin de evitar conflictos de competencias en el ejercicio de dicha “facultad concurrente”.⁵⁹

Nos parece interesante recordar⁶⁰ por último que, en materia de lealtad comercial, respecto del ejercicio concurrente de facultades por parte de la autoridad de aplicación nacional contemplado en el artículo 16 de la ley 22.802⁶¹, sin perjuicio de las funciones encomendadas a las autoridades locales en la materia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expedirse al respecto en la causa “Cencosud S.A.”⁶².

En tal sentido, la Corte interpretó que el ejercicio de la prerrogativa administrativa de manera concurrente implicaba que los organismos involucrados podían dirigirse en forma autónoma contra el controlado, a fin de verificar el efectivo cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley, sin contar necesariamente con la colaboración del otro.

De ese modo, estimó la CSJN en el caso que los gobiernos locales pueden instrumentar medidas de control en ejercicio del poder de policía económico que la propia Constitución otorga (a través del artículo 75, inc. 17 y 125 CN) y que dichas facultades pueden ejercerse conjunta o simultáneamente sobre un mismo objeto o una misma materia sin violar por ello principio jurídico alguno.

A modo de corolario, creemos que el sentido de la interpretación de las facultades concurrentes en materia de defensa del consumidor debe ser unívoco: si se busca la protección del consumidor, debe allanarse el camino a la interpretación de la norma que más beneficie su tutela; por ello, en vez de propugnarse un ejercicio simultáneo de competencias que daría lugar a una multiplicidad de procesos que terminarían haciendo vanos los fines tuitivos de la ley 24.240 para con los consumidores residentes en las jurisdicciones locales, debe perseguirse la posibilidad de que la actividad de los organismos de control sea coordinada.⁶³

⁵⁹ FARINA, op. cit., p. 360. Como veremos mas adelante, siguiendo en cierto modo este criterio, la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) implementó un sistema de convenios de colaboración a suscribir con las provincias, a los fines del ejercicio de su competencia propia en los respectivos ámbitos locales

⁶⁰ Ello es debido a la similitud de fines perseguidos por las leyes 22.802 y 24.240, aunados en un único objetivo: la defensa del consumidor y del usuario.

⁶¹ Dicho artículo tiene una alcance similar al del artículo 42 de la ley 24.240, ya que prevé el ejercicio concurrente de facultades aunque “las presuntas infracciones afecten exclusivamente al comercio local”.

⁶² CSJN, C. 1052. XXXVI, “Cencosud S.A. s/ ley 22.802 c/ Secretaría de Industria y Comercio -Expte. 064-2509/97”, fallo del 17 de abril de 2001.

⁶³ Creemos que las actuales políticas que se van implementando en la materia por parte de las autoridades nacionales buscan precisamente un accionar coordinado entre los órdenes nacionales y provinciales a fin de fortalecer la protección de los usuarios en todo el país, apoyando la tarea específica de cada repartición provincial. Ver al respecto, *Buscan darles más protección a los consumidores del interior*, Clarín del 23

3. Ejercicio coordinado de competencia.

Hemos incluido aquí supuestos de puesta en práctica de la competencia de dos o más órganos en forma coordinada, ya sea porque la previsión normativa y/o la interpretación jurisprudencial así lo ha considerado (ejercicio “paralelo” de competencias) o porque los organismos involucrados han “coordinado” entre sí el ejercicio de determinados aspectos de la competencia de uno de ellos, a título de colaboración, a través de la previa celebración de convenios de dicha índole.

3.1. Ejercicio paralelo de competencia.

Ocurre cuando la competencia de ambos organismos es de igual naturaleza (vgr. fiscalización y control), pero es ejercida en forma paralela, dado que la finalidad del ejercicio de las atribuciones de cada órgano responde a sus misiones y funciones específicas.

Precisamente, USLENGHI⁶⁴ se refiere a estas cuestiones en materia de defensa del consumidor, concluyendo en puede haber concomitancia de organismos que ejerzan policía administrativa, pero que lo hacen en función de los cometidos que le han sido asignados y con finalidades diferentes, siendo entonces admisible el accionar paralelo de ambas competencias.

Además, como bien señala STIGLITZ⁶⁵, el artículo 43 LDC establece las facultades y atribuciones de la autoridad de aplicación nacional “sin perjuicio de las funciones específicas”, lo que precisamente alude a las atribuciones de control que detentan en razón de sus fines otros organismos encargados de poner en práctica una determinada especie del poder de policía.

De este modo, sobre una misma actividad, un aspecto de ella (ej., su faz técnica) puede ser fiscalizado por un organismo administrativo, en razón de su función específica y otro (ej., el aspecto de su comercialización) por un ente distinto.

Algunos ejemplos de lo dicho pueden verse en relación con:

- las competencias de la Subsecretaría de Combustibles y de su similar de Comercio e Inversiones, en relación con el gas licuado envasado o contenido en garrafas.⁶⁶

de junio de 2003 y *Síntesis de los Nuevos Lineamientos de las Políticas de Consumo*, presentados por la Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del Consumidor en la 31ª asamblea ordinaria del Consejo Federal del Consumo (COFEDEC), celebrada en Buenos Aires los días 18 y 19 de junio de 2003, disponible en <http://www.consumidor.gov.ar>.

⁶⁴ USLENGHI, ALEJANDRO, *El control judicial en el régimen de la ley 24.240*, en Primeras Jornadas Internacionales de Política y Derecho del Consumo, ps. 34 y 35, Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, Buenos Aires, 1999.

⁶⁵ Ver STIGLITZ Y STIGLITZ, op. cit., p. 339 y los ejemplos citados en su nota 4.

⁶⁶ CNacContAdmFed, sala IV, 25/3/97, “*Algas S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones*”, JA 2000-III, síntesis. Allí se dijo que “Conforme a lo dispuesto en la resolución conjunta 23/94 de la Secretaría de Industria y Comercio y de Energía, la primera de las nombradas está suficientemente habilitada para el ejercicio de las tareas de fiscalización y control del proceso comercializador del gas envasado. En la

- Id., respecto de la Dirección General de Regulación de Servicios Turísticos y la Dirección Nacional de Comercio Interior, respecto de la prestación de servicios turísticos.⁶⁷
- Id., respecto del Banco Central de la República Argentina y la Secretaría de Comercio e Inversiones, respecto de la actividad bancaria.⁶⁸

Un particular supuesto en esta especie lo configura el ejercicio paralelo de competencias con respecto a la prestación de un servicio público (por ej., el servicio de telefonía básica), por parte de la autoridad de aplicación de la ley 24.240 y el ente regulador con competencia específica (en el caso, la CNC).

Ello implica dividir la prestación del servicio público involucrado en dos aspectos: uno de tipo “técnico u operativo”, relativo a la prestación del servicio, que tiene por objeto poder brindar el servicio en óptimas condiciones para su recepción por parte de los usuarios del mismo, y otro aspecto referido a la comercialización del mismo.

La primera etapa se encontraría sometida al poder de policía federal referido al servicio público de marras, puesto en cabeza del ente regulador específico, con competencia nacional (“policía del servicio público privatizado”), y la segunda etapa sería objeto de fiscalización y contralor por parte de la autoridad de aplicación de la LDC, ya fuere ésta de índole nacional o local (“policía del consumo”).

Partiendo de la necesidad de interpretar en forma armónica la legislación específica existente en materia de servicios públicos junto con la tutela existente tanto en la Constitución Nacional como en la LDC, a través de la supletoriedad dispuesta por el artículo 25, in fine LDC, los aspectos relativos a la comercialización del servicio público (vgr.: oferta y/o publicidad del servicio), que en general no se encuentran contemplados en forma específica por los marcos regulatorios, no sólo se rigen por lo preceptuado en la ley 24.240 al respecto, sino que a los efectos

mencionada resolución se distinguen perfectamente dos campos en el ejercicio del control de la actividad; por una parte, aquel de los procesos técnicos y de seguridad, y por el otro, lo concerniente al de comercialización. para el primero se confirió atribuciones a la Subsecretaría de Combustibles, en tanto que para el segundo lo fue la Subsecretaría de Comercio e Inversiones”.

⁶⁷ CNacContAdmFed, sala I, 8/7/99, “*Sabor Tour S.A. v. Secretaría de Comercio e Inversiones*”, JA 2000-I, 429, con nota de CICERO, NIDIA KARINA, *La Defensa del Consumidor y los Servicios Turísticos*. Allí se afirmó que “Tratándose del control de la prestación de servicios turísticos, debe distinguirse la actividad que llevan a cabo la Dirección General de Regulación de Servicios Turísticos y la Dirección Nacional de Comercio Interior, pues mientras que la primera interviene en ejercicio del poder de policía sobre la actividad que desarrollan las personas que se dedican a ejercer la industria del turismo, la Dirección nacional de comercio Interior interviene para dar cumplimiento con la Ley de Defensa del Consumidor y haciendo mérito del derecho del consumidor” (voto en disidencia del Dr. Licht).

⁶⁸ CNacContAdm, sala IV, 10/2/2000, “*Banco Caja de Ahorro S.A. v. Secretaría de Comercio e Inversiones*”, con nota de STIGLITZ, GABRIEL A., *Control de la Actividad Bancaria y Defensa del Consumidor*, JA 2000-IV, 299. En dicho pronunciamiento se estableció que el BCRA ejerce el poder de policía financiero y la autoridad de aplicación de la LDC el poder de policía del consumo, pudiendo ambos imponer sanciones a las entidades financieras, dentro de sus respectivas competencias. En este sentido, ver también USLENGHI, art. cit., p. 34 y 35.

del ejercicio del poder de policía quedan bajo la órbita de la autoridad de aplicación de la LDC, independientemente de que el sujeto fiscalizado sea un concesionario o licenciataria de servicios públicos.⁶⁹

Debe tenerse aquí presente lo señalado en la causa “*Volkswagen*”⁷⁰, en relación con el artículo 25, in fine LDC, en el sentido de que “los marcos regulatorios establecen las obligaciones que pesan sobre las empresas prestatarias de servicios públicos y rigen las consecuencias de su incumplimiento; pero esas regulaciones específicas pueden no contemplar soluciones para determinados casos, y es ante ese vacío o insuficiencia, que el caso es cubierto en relación a la protección de los usuarios, por la ley 24.240” con lo cual, se está indicando su aplicación supletoria para casos no previstos en normativas específicas.

Por ende, en dichos supuestos, la que actúe a los fines de la defensa de los consumidores en sede administrativa será la autoridad de aplicación pertinente, en vez del ente regulador.

Cabe poner de manifiesto que, entre otras reparticiones, además de la Dirección de Fiscalización y Control en la provincia de Mendoza, también la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha implementado este ejercicio paralelo de competencias.⁷¹

3.2. *Los convenios de colaboración.*

Mediante los mismos dos órganos acuerdan el desarrollo de diversas funciones por parte de uno de ellos, correspondientes a la competencia específica del otro, ayudando de ese modo el primero al segundo para dotar de una mayor eficacia y eficiencia a su gestión, a través de un logro más acabado de sus fines.

Dicho acuerdo de colaboración generalmente conlleva por parte del organismo colaborador la ejecución de diversas tareas o aportes complementarios de índole general, amén de llevar a cabo determinados cometidos propios de la competencia administrativa correspondiente al organismo que recibe dicha “colaboración”.

Desde ya que el organismo requirente de dicha colaboración conserva la competencia asignada, sin resignación alguna de la misma.

⁶⁹ Desde ya que no ofrecen duda alguna aquellos casos en que la empresa prestadora del servicio público, al margen de su actividad específica, comercializa entre sus usuarios algún producto relacionado con su actividad (ej: artefactos de electricidad, aparatos de telefonía o detectores de la presencia de monóxido de carbono, etc.), ya que allí estamos en presencia de una “relación de consumo” con los alcances del artículo 42 CN y 1° de la ley 24.240, siendo en dicho ámbito perfectamente competente la autoridad de aplicación de dicho texto legal.

⁷⁰ CnacContAdmFed, Sala II, 14/4/98, “*Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados v. Secretaría de Comercio e Inversiones –Disposición DNCI 2381/96 – Causa n° 6.654/97*”.

⁷¹ A partir del 14 de julio de este año, dicha repartición recepciona reclamos de usuarios del servicio telefónico relativos –entre otros- a cuestiones de oferta o publicidad, planes de llamadas de larga distancia,

Dichos convenios son celebrados por los entes intervinientes, a fin de establecer: a) las obligaciones correspondientes a cada parte; b) la clase y alcance de la colaboración que realizará el ente “colaborador”; c) el origen y cuantía de los aportes que sean necesarios para llevar adelante la colaboración, etc.

La implementación de este tipo de convenios y el desarrollo de esta modalidad de ejercicio de parte de la competencia originaria correspondiente a un ente determinado, adquiere fundamental importancia en materia de servicios públicos, sobre todo respecto del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los Entes Reguladores, a los fines de la recepción y tramitación de los reclamos que formulen los usuarios de cada servicio.⁷²

De esta manera, se trata de lograr una mayor descentralización en la operatoria de iniciar la sustanciación de dichos procedimientos, posibilitando que el usuario que reside en zonas alejadas vea facilitado el trámite de marras, a través de la recepción de su trámite de reclamo por parte de representantes de los entes ubicados tanto en las oficinas comerciales de las prestadores que concentren una mayor cantidad de usuarios⁷³, como en otras oficinas públicas (municipios, dependencias provinciales, etc.)

Otro procedimiento que persigue el mismo objetivo es el que se conoce como “*ventanilla única*”, el cual consiste en la habilitación de una oficina en la que puedan efectuarse reclamos relativos a todos los servicios públicos domiciliarios. A tal efecto, los entes reguladores correspondientes (CNC, ENRE, ENARGAS y ETOSS), envían personal idóneo que brinda asesoramiento y recibe reclamos, buscando –dentro de una misma jurisdicción territorial– acercar materialmente los entes a los usuarios, para facilitar la posibilidad de reclamar y hacer así más efectiva la tutela administrativa de los usuarios de servicios públicos.⁷⁴

Un ejemplo de lo dicho se dio a través de los acuerdos celebrados en el área de las telecomunicaciones.

3.2.1. Los convenios celebrados en materia de Telecomunicaciones.

Al respecto, la entonces Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNT) aprobó a través de la resolución n° 342/94-SOPyC (B.O. 15/7/94), un modelo de Convenio Específico a ser

etc. Ver *Desde hoy, los usuarios de servicios públicos tienen otro sitio para reclamar*, Clarín del 14 de julio de 2003.

⁷² Debe tenerse presente que si bien existen hoy numerosos medios de acceso para la formulación de reclamos tanto ante las Empresas prestatarias como ante los Entes reguladores (fax, teléfono, correo electrónico, carta, etc.), resulta fundamental poder otorgarle al usuario en ambos casos la posibilidad de formular su reclamo en forma personal, a los fines de un óptimo ejercicio de su facultad de reclamar.

⁷³ Ver CICERO, op. cit., p. 95 y 96.

⁷⁴ Ver CICERO, op. cit., p. 95.

celebrado por la CNT y los Estados Provinciales y la entonces Municipalidad de Buenos Aires, el cual luego fue siendo suscripto por las diversas jurisdicciones aludidas.⁷⁵

Los objetivos fundamentales perseguidos por el convenio de referencia son:

- a) facilitar los trámites que deben realizar los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, y
- b) el otorgamiento de la mayor participación posible a los Estados Provinciales en dicho servicio, teniendo en cuenta que se trata de un servicio de jurisdicción nacional, y respetando el régimen jurídico instituido para la privatización de la ex ENTEL y las normas y reglamentaciones de los servicios en competencia.⁷⁶

Por ello, se previó cumplimentar dichos objetivos a través de diversos cursos de acción a cargo de las provincias que colaborasen con la gestión de la CNT, a saber: asignación del espacio físico necesario en su jurisdicción para el funcionamiento de la delegación provincial de la CNC, aporte del personal y recepción de las exposiciones y quejas de los usuarios por deficiencias en la prestación del servicio telefónico por medio de las siguientes vías: personal, telefónica, postal, telegráfica, fax, télex, etc⁷⁷.

En concordancia con ello, la autoridad regulatoria se comprometió –entre otros ítems- a: abrir una delegación provincial, designar un funcionario responsable, e informar periódicamente a la Provincia sobre el estado de los trámites planteados ante la CNC en el marco del convenio.

c) Coordinación de competencias federales y locales. Los servicios públicos interprovinciales.⁷⁸

Se hace necesario considerar aquí una circunstancia que forma parte del proceso valorativo que efectúan los magistrados al resolver la cuestión de marras: la existencia de un servicio público interprovincial y la naturaleza jurídica de los organismos intervinientes, hablan de un eventual ejercicio concomitante de competencias de índole federal y local.

En concreto, debe meritarse los márgenes de actuación que pueden caberle en los hechos descriptos supra, tanto a un ente regulador con jurisdicción nacional, como a un organismo provincial investido de las facultades contempladas en el artículo 43 de la LDC.

Habiendo acogido nuestra Carta Magna la forma federal de estado, ello importa una relación entre poder y territorio, descentralizándose políticamente el primero de acuerdo al segundo. Dicho poder es ejercido por la estructura de órganos que en su conjunto se denominan

⁷⁵ El mismo fue aprobado por la provincia de Mendoza, por decreto provincial 1483/85.

⁷⁶ Resolución 342/94-SOPyC (Considerandos tercero y séptimo).

⁷⁷ Cláusulas segunda y tercera del convenio de marras.

⁷⁸ Ver al respecto BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, ps. 112 y ss., 577 y 601, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1980; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina (comentada y concordada)*, ps. 324 y s., 493 y ss., 1ª Ed., La Ley, Buenos Aires, 2001; PISERCHIA, RAÚL OSCAR, *Las concesiones de servicios públicos en la Reforma del Estado*, LL, Diario del

“gobierno federal” (art. 1° CN), abarcando la tríada de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, en el orden nacional. Por ende, dicha estructura tripartita, organizada por la constitución federal, es trasladada en sus lineamientos básicos a los gobiernos provinciales, organizados a su vez por sus constituciones respectivas.

Dentro de la estructura constitucional de nuestro estado federal, se desarrollan tres relaciones vertebrales entre aquel y los estados provinciales. Ellas son: a) de subordinación (que marca la supremacía federal, reflejada en los arts. 5° y 31° CN); b) de participación (las provincias tienen el derecho de colaborar en la formación de decisiones del gobierno federal, lo que se ha institucionalizado a través de la composición bicameral del órgano congreso, con la cámara de senadores, cuyos miembros representan a las provincias); y c) de coordinación (delimita las competencia propias del estado federal y de las provincias, mediante el reparto de las mismas).

Las provincias son históricamente preexistentes al estado federal, lo cual implica que todo aquello que la constitución federal no atribuye al estado federal, se considera reservado a los estados provinciales, por cuanto ellas no lo han delegado, todo lo cual se ve reflejado en el art. 121: “*Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*”. La Constitución, como instrumento de formación y estructura del federalismo, posibilitó dicha delegación.

En el reparto de competencias resultante, se distinguen competencias exclusivas del gobierno federal (vgr. arts. 75, 99 y 116 CN), de las provincias (arts. 121 y 122 CN) y competencias concurrentes, cuyo ejercicio es común al estado federal y a las provincias (vgr. art. 125 concordado con el 75, inc. 18 CN).

Precisamente, dentro de las primeras cabe destacar la contenida en el art. 75, inc. 13 CN, respecto de la facultad de reglar el comercio interprovincial, por lo que dicha materia se trata plenamente de jurisdicción federal.

Dicho artículo (conocido como “cláusula comercial”) ha sido tomado del artículo 1°, sección VIII, parágrafo § 3., de la constitución estadounidense⁷⁹, y en él el vocablo “comercio” ha sido interpretado tanto por la Corte norteamericana como por nuestro máximo tribunal, con un sentido mucho más amplio, incluyendo la comunicación (mensajes de telégrafo, transmisiones de radio, el uso del correo, los servicios telefónicos), la energía eléctrica, el gas, etc., todo ello dentro del marco interestadual.⁸⁰

25/4/97; ZIULU, ADOLFO G., *La cláusula comercial y su influencia en el derecho público provincial*, JA 2003-I, fascículo n. 10, entre otros.

⁷⁹ Ver CORWIN, EDWARD S., *La Constitución Americana y su actual significado*, p. 39 y ss., Ed. Kraft, 1942.

⁸⁰ Ver MARTINEZ PERONI, JOSÉ L., *La cláusula comercial*, en AA. VV., *Atribuciones del Congreso de la Nación*, p. 232-233, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986 y CSJN, Fallos 154:104 (1929), *The United River Plate Telephone Cía. Ltda. Unión Telefónica c/ Provincia de Buenos Aires*; 188:247 (1940), *Roca Hnos. y Cía. c/ Prov. de Santa Fe* y 304:1186 (1982), *Provincia de Buenos Aires c/ ENTEL*, entre otros.

Como vemos, la prestación de los servicios públicos queda sujeta al orden federal, siendo sus normas de igual carácter, cuando asumen carácter interprovincial. Ello sucede cuando el suministro de energía eléctrica, gas natural o las telecomunicaciones, requiere –a los fines de concretar la provisión de los mismos- la existencia e interconexión de una o varias redes troncales que atraviesan el territorio de varias provincias (vgr. así sucede con los sistemas de transporte y distribución de gas o electricidad, lo que hace que hasta el sistema de conexión domiciliaria existente en el ámbito local, se encuentre vinculado a la red de transporte interprovincial).⁸¹

Esto asegura que en la práctica, por cada servicio público con dicho carácter, haya una regulación única en todo el territorio y no una por cada provincia involucrada, ocasionando así una anarquía en la organización de dicho servicio.⁸²

Empero, lo visto no obsta a que en materia de servicios públicos: a) deba cumplirse cabalmente –en el marco de las relaciones de participación a que hacíamos antes referencia- con el mandato del art. 42 CN, en lo referido a la participación en los organismos de control de las provincias interesadas; y b) subsista el poder de policía local, el cual puede ser ejercido (cfe. lo ya expresado en el presente) de manera “paralela” por el organismo provincial de defensa del consumidor, en aquellas materias no contempladas de manera específica en los marcos regulatorios a favor de las autoridades regulatorias, respetando el ámbito propio de competencia de ambos órganos, considerando en cada caso los fines específicos perseguidos por ambos.⁸³

VI. El caso “Telefónica de Argentina S.A.”

a) Los precedentes existentes y el fallo en cuestión.

La causa que nos ocupa no debe ser vista en forma aislada, sino que forma parte de una serie de pronunciamientos emanados de la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, los que inclusive son reseñados por el fallo, en la mayoría de los cuales se ha declarado (según los antecedentes de cada caso) la competencia de la Dirección de Fiscalización y Control de la provincia, para entender en denuncias efectuadas por usuarios del servicio telefónico, y ejercer el poder de policía local correspondiente. De ese modo, se rechazó en dichos casos la incompetencia planteada en cada oportunidad por la Licenciataria del servicio básico telefónico, respecto de la autoridad local.

A título de ejemplo, traemos a colación tres sentencias dictadas sobre el particular:⁸⁴

⁸¹ A *contrario sensu*, cuando el servicio se presta exclusivamente en una jurisdicción, sin interconexión, la regulación será local. Véase CICERO, NIDIA K., *Una carrera de obstáculos: como obtener un resarcimiento económico por los perjuicios ocasionados por el corte indebido del suministro de gas*, JA 1999-III, 154.

⁸² Ver nota anterior.

⁸³ Ver GELLI, op. cit., p. 745. En este supuesto se trataría de cuestiones “en las que, en sus pertinentes esferas, son competentes la Nación y las Provincias” (COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos Administrativos*, Tomo I, p. 119, La Ley, Buenos Aires, 2002.

⁸⁴ Como todas ostentan la misma carátula (“*Telefónica de Argentina S.A. v. Provincia de Mendoza s/ acción procesal administrativa*”), las identificaremos por su fecha de dictado.

- Con fecha 20/12/2000, se entendió competente al órgano provincial citado para controlar la publicidad realizada por la empresa Telefónica de Argentina S.A., en el ámbito de la provincia de Mendoza.⁸⁵
- Luego, con fecha 3/4/2002, se entendió a su vez competente a la aludida Dirección para ejercer su facultad de control sobre el cumplimiento de la obligación a cargo del prestatario del servicio telefónico de suministrarle al usuario en forma gratuita, y en tiempo oportuno, detalle de la facturación emitida, cuando así se lo solicitare, a fin de suplir la inactividad de la Comisión Nacional de Comunicaciones, quien no habría respondido al reclamo del usuario afectado en el particular.⁸⁶
- Con posterioridad al fallo que comentamos, el mismo Tribunal interviniente dispuso, con fecha 24/6/2003, que el organismo provincial de marras resulta competente para entender en el reclamo formulado por un usuario por exceso en la facturación (vgr.: se le pretende cobrar llamadas internacionales que dice no haber realizado), habiendo también tramitado la denuncia por ante la CNC y habiendo la denunciada procedido a refacturar el servicio depurándolo, pero no habiendo acompañado constancia, en las actuaciones administrativas, de que se hubiere resuelto el mismo.⁸⁷

Liminarmente, puede señalarse que, con el fin de buscar la protección efectiva, concreta y real del usuario, el alto tribunal pone de resalto los fines y la competencia con que se encuentra investida la Dirección de Fiscalización y Control, a fin de hacer posible aquella finalidad principal buscada, máxime cuando no se ha contado en sede judicial con probanzas que demostrasen que al usuario se le hubiera dado una respuesta concreta a su reclamo, en el ámbito del ente regulador actuante.

En ese entendimiento, creemos que en el primer caso reseñado, referido a la fiscalización de la publicidad que lleve a cabo el prestador del servicio telefónico, la actuación del organismo provincial encuadraría en el supuesto que categorizáramos como de “ejercicio paralelo de competencias”, ya que, interpretando armónicamente el art. 25 LDC, estaríamos hablando de supuestos contemplados por dicha norma tuitiva, pero no en forma explícita por el marco regulatorio del servicio telefónico, por lo que allí sería dable hacer jugar la supletoriedad que dispone la norma.

La presente sentencia, versa en cambio, acerca de tópicos que encuentran previsión y tratamiento en la normativa específica del servicio telefónico (Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico –RGCSBT-, aprobado por resolución 10.059/99-SC)⁸⁸, por lo que

⁸⁵ La Ley Gran Cuyo 2001-429.

⁸⁶ La Ley Gran Cuyo 2002-689.

⁸⁷ Fallo disponible en www.DiarioJudicial.com (Edición del 8/8/2003).

⁸⁸ En el RGCSBT actualmente vigente, el artículo 8 establece el derecho del usuario a que se le exhiba la información sobre la que está basada la factura, y a la entrega gratuita por una única vez, del detalle de

siguiendo la clasificación que nos hemos atrevido a esbozar, ya no sería posible hablar de ejercicio paralelo de competencias, pues habría coincidencia en la materia sobre la que se ejercería la competencia tanto del órgano local de aplicación de la LDC, como del ente regulador.

Estaríamos pues ante un eventual supuesto de ejercicio concurrente de competencias, donde la CNC no sería la única autoridad de aplicación, sino que (como se desprende del presente fallo y el resto de la jurisprudencia reseñada) el poder de policía local podría ejercerse del modo previsto en el art. 41 de la LDC, ante la falta de respuesta del ente regulador ante el reclamo concreto del usuario afectado.

Como puede apreciarse, lo que se plantea como materia de fondo es un modelo alternativo y/o subsidiario de control de los prestatarios por parte de los organismos detentadores del poder de policía en materia de consumo.

b) La realidad y su percepción por el juez.

¿Cuál es la realidad percibida por el decidente a través de los considerandos del fallo? Desde ya, sobre la misma se yergue una mirada crítica, ya que se describe un estado de virtual indefensión del usuario, ante lo que fallo enuncia como el “fracaso (al menos parcial) del sistema de los entes reguladores”.

Numerosas voces suscriben la idea enunciada, en el entendido de que en lo cotidiano, frente al concreto ejercicio por parte de las prestadoras del servicio del poder fáctico que les ha conferido la situación de “privilegio” que detentan en virtud de las condiciones monopólicas que inviste la concesión o licencia otorgada, el usuario no halla en el Estado el grado de protección y amparo suficiente que exige la situación aludida.

Así, por ejemplo, PISERCHIA postula que, ante la concentración de poder originada en el desplazamiento del poder de policía a los entes reguladores de nivel nacional, su burocratización y la vorágine de actuaciones iniciadas, se pierde el sentido de inmediatez y eficacia que debe tener la resolución de los problemas de los usuarios. VENTURA, a su vez, partiendo de la base de que uno de los fines principales de los entes es la resolución de conflictos entre las empresas y los usuarios, concluye que la experiencia ha demostrado que en la práctica no siempre se ha conseguido el objetivo establecido, ya fuere por una falta de decisión del poder político, o bien por la ausencia de una necesaria autonomía de los mismos.

llamadas de la factura reclamada; los artículos 15 a 23 estipulan diversas previsiones relativas a la facturación del servicio y la información que la misma debe contener. Finalmente, el Título II (De los reclamos), Capítulo I (Reclamos por Facturación), estipula en los arts. 24 a 30 el procedimiento para la interposición y sustanciación de dichos reclamos por ante la prestataria, previendo en particular el artículo 28, in fine, para el caso de no considerar satisfecho su reclamo, el derecho del usuario a requerir la intervención de la “Autoridad de aplicación” (la CNC), de conformidad con lo dispuesto sobre el particular en los arts. 35 a 38 del RGCSBT.

A su turno, CICERO, plantea la necesidad de fortalecer a los entes de control, bregando por la “necesidad de garantizar la excelencia técnica, la independencia y la autonomía” de los mismos, ya que en caso contrario no podrá consolidarse un paradigma regulatorio que resulte confiable para los sujetos regulados y “protectorio para los usuarios”. VAZQUEZ FERREYRA nos recuerda, asimismo, que si el órgano competente no ejerce eficazmente el control, no sólo se afectan los derechos individuales sino que se agravia el interés público en general, menoscabando la calidad de vida del habitante. El autor trae también a colación las conclusiones generadas, por caso, en el 3° Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, en donde se señaló que más allá de la evaluación que pueda hacerse de los procesos de privatización, existe en la sociedad una “intensa disconformidad” respecto al control estatal de la firmas prestadoras.⁸⁹

Bueno es recordar aquí el pensamiento de GORDILLO, acerca de la total indefensión en que se encuentra el usuario telefónico en particular, no existiendo respecto de dicho servicio el ente constitucional requerido en el art. 42 CN, y el deseo de ver fallos que hicieran realidad la tutela del mencionado usuario, frente a los “gigantes de servicios públicos monopólicos”⁹⁰

GHERSI no trepida en señalar que del análisis del Reglamento del Servicio Telefónico surge claramente que el mismo está creado para proteger los intereses de las empresas, en detrimento de los usuarios, no siendo en este aspecto dicho reglamento “nada sutil”. BENÍTEZ se pregunta porqué los Entes no obligan a las concesionarias a ajustar su accionar a los designios de la ley, y en su caso, quien debe exigir a los entes regulatorios que cumplan con la función para la que fueron creados. MOSSET ITURRASPE nos habla también del alto grado de ineficacia de los entes reguladores, la necesidad de reorganizarlos y de su inadecuación estructural para su función específica⁹¹

CALOGERO, analizando el art. 25 LDC, opina que la supletoriedad allí impuesta en materia de servicios públicos, priva al usuario de un valioso instrumento de protección legal, lo que se traslada a la protección concreta del usuario, ya que a su juicio, los Entes no suplen la actividad que la autoridad de aplicación de la LDC garantiza en relación a un área estratégica de la sociedad, siendo su actividad inocua y dejando al usuario en completa desprotección. Concluye la autora en que los entes se han transformado en compartimentos estancos cubiertos de una pátina de excesivo tecnicismo, símbolo de la impotencia del hombre común para defenderse.⁹²

Para no cansar al lector con tantas apreciaciones coincidentes, tan sólo recordaremos que PEREZ HUALDE, luego de expresarse en similares términos a los antes vertidos, no sólo señala la

⁸⁹ Véase PISERCHIA, art. citado, Cap. XVI.; VENTURA, ANDREA F., *Apuntes sobre los entes reguladores*, JA 2001-IV, suplemento del fascículo n. 10, p. 11 y ss; CICERO, NIDIA K., *El caso Ángel Estrada*, JA 2001-IV, 248; VAZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., *Enargas, la Defensa de los Consumidores y Usuarios, las veredas rotas y otras interesantes cuestiones*, JA 1999-II, 131, en especial su nota 6.

⁹⁰ Ver notas de AGUSTÍN, *El usuario y la estrategia judicial telefónica*, LL 1996-B, 520 y *Ley de Defensa del Consumidor*, LL 1997-C, 845.

⁹¹ GHERSI, CARLOS A., *Responsabilidad de empresas telefónicas*, p. 115, Ed. Hammurabi, 1994; BENITEZ, ELSA, *SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*, en GHERSI, CARLOS A. (director), *Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores*, p. 171, Organización Mora, 1994; MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 59.

incapacidad de respuesta adecuada de los marcos regulatorios y la impotencia de los entes reguladores, sino que es la propia gente quien ya “no cree en estos instrumentos”. Los propios “jueces mas especializados en Derecho Administrativo” aplican al concesionario o licenciatario de servicios con corrección y técnica impecable, el régimen jurídico elaborado específicamente para los consumidores, porque “tampoco creen en la eficacia de los marcos regulatorios ni de sus entes, carentes de la independencia deseable”.⁹³

¿Qué debe hacer, entonces, se pregunta el Tribunal, el organismo provincial encargado de hacer cumplir con las disposiciones de la LDC, y de velar por los consumidores y usuarios, cuando estos últimos no reciben respuesta satisfactoria a su reclamo?

Esto implica no cumplir con el derecho del usuario a un “trato equitativo y digno” que prescribe el art. 42 CN, lo que debe ser respetado tanto por el prestatario como por el ente regulador interviniente, resolviendo de manera rápida y eficaz el conflicto del usuario; también se violan la disposiciones específicas contenidas en el Capítulo VI de la LDC y su reglamentación, así como el artículo 5° del RGCSBT, en cuanto establece que el *cliente* “tiene derecho a ser tratado por los prestadores con cortesía, corrección y diligencia, y a obtener respuesta adecuada y oportuna a su requerimiento”.

Es entonces que los magistrados, reivindicando el derecho a la participación que les reconoce a las provincias interesadas el artículo 42 CN, y la vigencia práctica de un federalismo real en la distribución de competencias entre la Nación y las Provincias, se preguntan ¿sólo debe limitarse la provincia a receptor a través de la delegación provincial de la CNC “las exposiciones sobre los reclamos y quejas de los usuarios por deficiencias en la prestación del servicio” y esperar el informe periódico de la CNC del estado de los trámites planteados⁹⁴, estando de ese modo la totalidad del ejercicio del poder de policía en manos del ente con jurisdicción nacional, quedando la competencia local atada de pies y manos frente a la eventual ineficiencia del regulador, ejerciendo una competencia parcial sólo a título de colaboración?

De no hacerse nada al respecto, siguiendo la consideración del Tribunal, se desprenderían entonces dos consecuencias inmediatas de ello: a) un virtual peligro de indefensión del usuario, ante ineficacias, retardos o incumplimientos de los entes en su labor de atender la solución de conflictos planteados por aquellos, ya que no tendrían en principio otra vía de tutela administrativa; b) le quedaría sólo expedita al usuario la posibilidad de acudir a la justicia federal cuando dichas cuestiones (de acuerdo con la valoración que se explicita en los considerandos del fallo) pueden ser resueltas por las autoridades respectivas de aplicación de la LDC.

El usuario, frente a esta realidad, recurre o bien al Defensor del Pueblo, quien se ha constituido en un canal alternativo para atender este tipo de reclamos, o a las agencias locales de

⁹² CALOGERO, MARÍA DE LOS ANGELES, *Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial*, p. 342 y ss., Gowa Ediciones, 2000.

⁹³ PEREZ HUALDE, ALEJANDRO, *Breve reflexión sobre la credibilidad de los marcos regulatorios y de los entes reguladores*, LL 1999-D, 349.

⁹⁴ Ver convenio de colaboración aprobado por decreto 1483/95, cláusulas 3ª, inciso e) y 4ª, inciso f), respectivamente.

protección de consumidores y usuarios, en cuyas listas de reclamos ocupan una importancia cualitativa creciente los reclamos efectuados en materia de servicios públicos.⁹⁵

Debemos decir que, en relación con lo expuesto, se evidencia en los últimos tiempos la construcción desde el poder público, de una red de control sobre los prestadores de los servicios públicos, a implementarse especialmente en el interior del país, con el concurso tanto de las autoridades nacionales y provinciales de Defensa del Consumidor, propendiendo a la aplicación del sistema de ventanilla única (allí donde haya representación de los entes reguladores) o a la habilitación de nuevos lugares de recepción de los reclamos que se formulen. Esto habla claramente de una voluntad de los organismos gubernamentales nacionales y locales que detentan el poder de policía en materia de consumo de revitalizar su rol en todo lo concerniente a los servicios públicos.⁹⁶

c) La tutela del usuario como directriz de la resolución del caso.

Atento el panorama fáctico descripto, el Alto Tribunal de la provincia se hace eco del mismo y, estima que, sin renunciar a la imparcialidad que debe presidir el discernimiento del magistrado al resolver el caso, debe necesariamente tener presente el “marco sociológico y axiológico” de la cuestión, esto es, que el usuario está en una situación de inferioridad frente a los operadores de los servicios públicos, y que todo el plexo normativo del derecho del consumo (estatuto de los servicios públicos incluido) posee una finalidad protectora de aquel, buscando equilibrar esa situación de inferioridad.

Creemos que de este modo se ha desarrollado en el caso una labor delimitadora de nuevas fronteras en el derecho, partiendo de un juicio de valor surgido a la luz del transcurso de más de una década desde la privatización de los principales servicios públicos domiciliarios, lo que permite un análisis de la efectividad concreta de los mecanismos protectorios ideados por la regulación de los servicios públicos.⁹⁷

VII. Pensamientos Finales.

⁹⁵ Ver *Reclamos Telefónicos y Telefónica lidera el ranking de reclamos*, La Nación e Infobae del 12/8/03.

⁹⁶ Véase *Más control a privatizadas, Los derechos de los usuarios de los servicios y Desde hoy, los usuarios de servicios públicos tiene otro sitio para reclamar*, Clarín del 20 y 27 de junio, y del 14 de julio de 2003, respectivamente.

⁹⁷ Hemos aprendido que el resultado de la labor de los magistrados, traducido en sus resoluciones, en tanto marca un sentido concordante, conforma a la jurisprudencia como fuente del Derecho. Así, las decisiones de los tribunales van marcando la presencia de un conjunto de principios y doctrinas comunes contenidas en aquellas. De dicho conjunto se desprende una norma o regla general basada en la existencia de un núcleo ideal genérico, idéntico, común a una serie de casos.

De allí la fundamental importancia de la labor del juez, quien conociendo la realidad, y tomando contacto con el caso y problemática a resolver, toma una posición desde lo axiológico y pasa a ser protagonista de los actos de interpretación de la norma, desde la “realidad” que vive el consumidor todos los días, precisamente para lograr su transformación. Véase AFTALIÓN, ENRIQUE R., VILANOVA, JOSÉ Y RAFFO, JULIO, *Introducción al Derecho*, pags. 642 y sgtes y 769 y sgtes, Ed. Abeledo Perrot, 3ª Edición, Buenos Aires, 1999.

Del análisis efectuado, pueden distinguirse nítidamente dos posturas.

La primera de ellas postula un control sobre las licenciatarias o concesionarias de servicios públicos acotado a la labor y competencia de los entes reguladores específicos, con una interpretación restrictiva del artículo 25, último párrafo de la LDC, admitiendo solamente la aplicación de la LDC en forma supletoria, rechazando por ende no sólo una integración armónica de la legislación específica de cada servicio con la tutela normativa del consumidor, sino también todo ejercicio paralelo o concurrente de competencia por parte del organismo de defensa del consumidor correspondiente.

En lo que se refiere puntualmente al servicio telefónico, se sostiene su jurisdicción nacional y su carácter de servicio interprovincial, por lo que dentro del reparto de competencias entre la Nación y las provincias, en virtud de lo establecido por el art. 75, inc. 13 CN, todo lo relativo a dicha actividad constituye competencia exclusiva del gobierno federal, ejercida por el Congreso de la Nación.

En ese mismo sentido, se destaca que los artículos 1º y 2º del RGCSBT, en consonancia con la supletoriedad establecida en el art. 25 LDC, dejan en claro que, sin perjuicio de que las relaciones entre los prestadores del Servicio Básico Telefónico y sus clientes, se encuentren regidas con carácter general por el Reglamento de tarifas y en particular por el correspondiente contrato, en caso de discrepancias o dudas en la interpretación de alguna de las cláusulas del RGCSBT, prevalecerán las disposiciones de la Ley 19.798 (Ley Nacional de Telecomunicaciones) y de la Ley 24.240, en ese orden.

Asimismo, se recalca que el artículo 3º del RGCSBT establece que la CNC es el organismo facultado para resolver en sede administrativa los reclamos de los clientes.

Por el contrario, la segunda postura, que es sostenida en el pronunciamiento de tarifas, propende a un desarrollo sistémico de la defensa y tutela del usuario de servicios públicos, tanto en su faz sustantiva como adjetiva. Por ello, propicia una interpretación del referido artículo 25 LDC, que persiga una integración armónica de las normas y principios generales del derecho del consumidor contenidos en la Constitución Nacional y la ley 24.240, con la normativa de cada servicio, de modo de posibilitar la aplicación plena y permanente de dichas normas y principios.

Al propio tiempo, sin desconocer la raigambre federal de las normas específicas en juego, y las competencias correspondientes al Gobierno nacional, esta posición elabora una tutela administrativa que, a través del ejercicio coordinado de competencias de orden federal y local, en forma paralela o concurrente, busca el mayor grado de protección del usuario del servicio, a través de la resolución de conflictos y ejercicio de controles por parte de la autoridad provincial de aplicación de la LDC, brindando de este modo vías de protección alternativas en sede administrativa.

En particular, respecto de los supuestos planteados como ejercicio concurrente de competencias federales y locales, cabe recordar que: a) la Corte provincial interviniente ha entendido competente a la Dirección de Fiscalización y Control con la salvedad de que en dichos casos, habiéndose iniciado la actuación administrativa por ante el ente regulador en cuestión, no se acreditó en sede judicial la resolución del reclamo del usuario⁹⁸ y b) las temáticas involucradas encuentran tratamiento en las normas específicas del servicio.

Es por ello que, a fin de evitar los problemas que señalábamos anteriormente respecto del ejercicio de competencias de modo concurrente⁹⁹, estimamos conveniente y saludable la labor que viene siendo desarrollada tanto por la Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del Consumidor como por el Consejo Federal del Consumo (COFEDEC), en el sentido de elaborar un proyecto de modificación del artículo 25 LDC, buscando reformular la aplicación supletoria de la ley en materia de servicios públicos y brindar consecuentemente una mayor protección en sede administrativa al usuario de los mismos.¹⁰⁰

El nuevo diseño resultante de la tutela sustantiva y adjetiva del usuario permitiría no sólo su fortalecimiento, sino el ejercicio de manera coherente de las facultades de control y resolución de controversias contempladas tanto en la LDC como en cada marco regulatorio de servicios públicos, en el marco de un Estado Federal donde la Nación y las Provincias no compitan, sino colaboren entre sí, en el ejercicio de las atribuciones concurrentes¹⁰¹.

Como señala Gordillo, aprendamos de los errores¹⁰². Evaluando los sucesos y el tiempo transcurrido, mejoremos los aspectos deficitarios de la gestión de las autoridades regulatorias, perseveremos en sus logros y dotemos en definitiva al poder público del control necesario y suficiente, pero eficaz por sobre todo, para que todos los organismos administrativos de control “estén cerca de los consumidores, abiertos al pueblo, sensibilizados y ágiles, con capacidad para prevenir y sancionar, y con autoridad como para actuar disuasivamente, poniendo tranquilidad y equidad en el mercado”.¹⁰³

⁹⁸ Recuérdese que en el fallo “*Telefónica de Argentina S.A. c. Provincia de Mendoza*”, de fecha 3/4/2002, citado en nota 85, se entendió competente al órgano provincial de protección de los consumidores, a fin de suplir la inactividad del ente regulador.

⁹⁹ Ver notas 56 a 59.

¹⁰⁰ Véase *Síntesis de los Nuevos Lineamientos.....*, ya citados en nota 63.

¹⁰¹ Quizás la armonización y coordinación de funciones entre los distintos niveles de gobierno podría encausarse a través de la celebración de convenios interjurisdiccionales que ya no prevean solamente la colaboración de las provincias en la ejecución de algunas funciones propias de la competencia del ente regulador nacional (recepción de reclamos, por ejemplo), sino también un sistema de fiscalización compartida que brinde una nueva alternativa de tutela al usuario, sobre la base del reconocimiento de la existencia de potestades concurrentes en materia de control de la prestación de servicios públicos.

¹⁰² “Siempre se aprende del error, y solamente del error” (*Las duras lecciones de la abogacía*, nota de AGUSTÍN, en *Doctrina Judicial*, Tomo 2001-3, p. 941)

¹⁰³ MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Nuevos Derechos de los Consumidores y Usuarios*, en AA. VV., *La reforma de la Constitución*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1994.