



PLURALISMO JURÍDICO: SU INCIDENCIA SOBRE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Sandra A. Frustagli*
Universidad Nacional de Rosario

Sumario: 1. El plurijuridismo o pluralismo jurídico. 2. La pluralidad de normas en materia de servicios públicos domiciliarios y el necesario “diálogo de fuentes” en supuestos de antinomias. 3. Proyecciones del plurijuridismo en materia de tribunal competente y de autoridad de aplicación. 4. Conclusión.

1. El plurijuridismo o pluralismo jurídico

En la presentación al Congreso relativo al “plurijuridismo”, organizado por la Asociación Internacional de Metodología Jurídica,¹ se señalaba que el fenómeno podía ser entendido en dos sentidos: 1) como “polisistemia simultánea”, para referir al choque de numerosos sistemas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo tiempo; y, 2) como “pluralismo jurídico”, perspectiva que considera la existencia simultánea, en el seno de un mismo orden jurídico, de sistemas jurídicos diferentes aplicables a situaciones idénticas, como así también la coexistencia de órdenes jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos. Estas nociones resultan de suma utilidad para una primera aproximación al tema, que como ya puede apreciarse refiere a un problema de fuentes normativas y de relaciones entre ellas. A pesar de su falta de novedad, el tema

* Investigadora de la Carrera del Investigador Científico del Consejo de Investigaciones de la UNR, email sandraanalía.f@hotmail.com

¹ Realizado en Aix-en-Provence (Francia) entre el 4 y al 6 de septiembre de 2003.

ha recobrado vigencia en la ciencia jurídica actual por diversas causas, entre ellas pueden mencionarse la globalización económica que lleva a la recepción de modelos jurídicos extraños a los derechos nacionales, los procesos de integración regional que como en el caso de la Unión Europea dan origen a un derecho comunitario superpuesto a los estatales, y el fenómeno del multiculturalismo ligado al proceso de expansión del reconocimiento de los derechos humanos que puede conducir a la aplicación de soluciones no contempladas por el derecho estatal (piénsese por ejemplo lo que ocurre en materia de derecho indígena)².

El plurijuridismo entendido como pluralismo jurídico, en el sentido ya mencionado, puede exteriorizarse -entre otras manifestaciones³- por la coexistencia, en un mismo orden, jurídico de varios microsistemas constituidos por leyes generales y/o especiales que regulan -al mismo tiempo y en idéntico lugar- materias total o parcialmente comunes. Planteada esta situación, el problema central reside en el modo como se resolverá el conflicto de fuentes, en tanto se incrementa la posibilidad de soluciones diferentes para una misma cuestión.

Al respecto, si bien las respuestas tradicionales se basaban en la aplicación de criterios de jerarquía formal o primacía de una fuente sobre otra procurando

² Diversos trabajos refieren al fenómeno, entre otros, p. c. CIURO CALDANI, M. A., *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*, FIJ, Rosario, p. 26 y ss., en especial p. 31; CIURO CALDANI, M. A. *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1976; JAYME, E., "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de l'Haye*, T. 251, 1995; NICOLAU, N., "Las fuentes de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del Derecho Civil actual", en *Libro Homenaje al Dr. Benjamín Pablo Piñón*, Editorial Univ. Nac. del Litoral, Santa Fe, 2004, p. 207 y ss.; NICOLAU, N., "El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización", en *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, AA. VV., dirigida por Atilio ALTERINI y Noemí NICOLAU, coordinada Carlos Hernández, La Ley, 2005, p. 423 y ss.; DELMAS - MARTY, M., "Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme", conferencia pronunciada en la Universidad de Montreal, 7^a Conferencia Albert-Mayrand, en http://www.droit.umontreal.ca/fichiers/DMarty_Mayrand2003.pdf; IRTI, N., "Sul problema delle fonti in diritto privato", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, t. LV (2001-II), p. 697 y ss.

³ Ver al respecto NICOLAU, N., "Las fuentes de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del Derecho Civil actual", cit., p. 210 y ss.

el mantenimiento de la pirámide jurídica⁴, en la actualidad la complejidad de materias y valores implicados conduce a la doctrina a plantear la necesidad de encontrar otros parámetros. Así, se habla del “diálogo de las fuentes”⁵, de la “elección” de la norma por los encargados del funcionamiento⁶ o de una jerarquía material de normas⁷, como criterios posibles para superar los problemas planteados por la diversidad de fuentes.

No es esta la ocasión para profundizar sobre las múltiples reflexiones que suscita el pluralismo jurídico, pero como el fenómeno se hace presente en materia de los servicios públicos domiciliarios, pretendemos en este trabajo abordar algunas de sus implicancias dentro de ese ámbito.

2. La pluralidad de normas en materia de servicios públicos domiciliarios y el necesario “diálogo de fuentes” en supuestos de antinomias

A poco que se observe nuestro ordenamiento jurídico, se advertirá que diversas normas confluyen a regular la relación entre el usuario y la empresa prestadora de un servicio público domiciliario dando lugar a una situación de pluralismo legal que posee proyecciones diversas⁸. Así, encontramos que en materia de relación usuario-prestador de servicio público demandan aplicación las disposiciones contenidas en el artículo 42 de la Constitución Nacional,

⁴ Idem, p. 211; CIURO CALDANI, M. A., Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado, cit., p. 31 y ss.

⁵ La expresión es empleada por JAYME, E., “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, cit., p. 259, para aludir a la necesidad solucionar los conflictos del leyes a través de la coordinación de fuentes.

⁶ CIURO CALDANI, M. A., Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado, p. 32.

⁷ PUIG, P., “Hiérarchie des normes: du système au principe”, en RTDCiv., N° 4, oct.-déc. 2001, p. 749 y ss., especialmente p. 785.

⁸ En lo concerniente al estatuto de defensa del consumidor, debe advertirse que el conflicto normativo no se presenta exclusivamente en relación a los servicios públicos, por el contrario existen diversos sectores de la contratación, con regímenes legales propios (como ocurre en materia de contrato de leasing, tarjetas de crédito, servicios turísticos, seguros, servicios bancarios, entre otros) donde la problemática se plantea con similar intensidad. Para una perspectiva general de esta cuestión v. HERNÁNDEZ, C. – FRUSTAGLI, S., “A diez años de la Ley de Defensa del Consumidor. Panorama jurisprudencial”, J.A. T. 2003-IV-1541.

pero también están implicados el microsistema de defensa de los consumidores y usuarios y los microsistemas emergentes de los marcos regulatorios de los servicios públicos domiciliarios.

En lo referente a estos últimos, su origen está vinculado al proceso de privatización de servicios públicos que se consolidó en nuestro país en la década de los años '90, habiendo sido sancionados con la finalidad de regir la prestación de aquellos servicios que pasaban a ser objeto de explotación por empresas privadas. Normalmente, se hallan integrados por una ley o reglamento que sirve de marco general a la actividad y otras normas inferiores entre las cuales pueden citarse los contratos de concesión o licencia y resoluciones emanadas del poder concedente o de los respectivos entes reguladores de la actividad⁹. Dependiendo de la autoridad concedente los marcos regulatorios generales pueden poseer carácter nacional, como ocurre en materia de telecomunicaciones (Ley 19.798), gas (Ley 24.076) o energía eléctrica (Ley 24.065, aunque en este supuesto el régimen nacional resulta aplicable a la generación y el transporte de electricidad), o bien ser regionales como sucede, por ejemplo, en materia de servicios de agua y saneamiento¹⁰. A su vez, debe considerarse que estas disposiciones constituyen normas especiales en relación a las normas generales que reglan la contratación entre particulares.

Por su parte, la Ley 24.240 de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en vigencia desde 1993, constituye el núcleo del microsistema del Derecho del Consumidor. Su ámbito de aplicación comprende –entre otras relaciones- a los contratos de consumo, esto es, a los celebrados entre consumidores o usuarios y proveedores de bienes o servicios (en los términos de los artículos 1º y 2º de la ley y 1º del dec. reg. 1798/94), sujetándolos a pautas tuitivas propias, fundadas en criterios de orden público de protección¹¹. En ese contexto, el Capítulo VI de dicho cuerpo legal reglamenta en especial algunos aspectos

⁹ CICERO, N. K., “Los sistemas de protección de los usuarios de los servicios públicos”, en LL. T. 1996-C-420.

¹⁰ Al respecto debe considerarse la peculiar situación planteada en algunas zonas a partir de la rescisión de los contratos de concesión, tal lo ocurrido en Santa Fe con la empresa Aguas Provinciales y en el ámbito de Ciudad Autónoma y provincia de Buenos Aires con la empresa Aguas Argentinas, donde el servicio ha pasado a ser prestado por empresas de capital estatal.

¹¹ Sobre el particular p. v. HERNÁNDEZ, C. – FRUSTAGLI, S., “A diez años de la Ley de Defensa del Consumidor. Panorama jurisprudencial”, cit., p. 1541.

relativos a la prestación de servicios públicos domiciliarios. La protección específica viene justificada en la mayor vulnerabilidad del usuario al estar en juego la satisfacción de necesidades básicas, en un marco de explotación monopólico que limita la libertad de elección¹². Debe aclararse que la circunstancia de dedicar un capítulo especial sólo a los servicios públicos domiciliarios, no implica excluir del ámbito general de aplicación de la Ley 24.240 a los restantes servicios públicos¹³. En tal sentido, no debe soslayarse que aunque la categoría del contrato de consumo adquiere especialidad frente a la categoría del contrato tradicional regulada en los códigos Civil y Comercial, tiene a su vez un carácter genérico en cuanto abarca a un sector significativo de la contratación actual que viene caracterizada por la desigualdad estructural de uno de los sujetos, y en ese marco quedan subsumidas cualesquiera relaciones entre usuarios y prestadores de servicios públicos.

Finalmente, encontramos que el artículo 42 de la Constitución Nacional, reformada en 1994, consagra el principio protectorio del consumidor y el usuario, reconociéndoles un conjunto de derechos fundamentales y plenamente operativos en el marco de la relación de consumo. En lo referente a servicios públicos, el cuadro normativo constitucional se completa con otras pautas rectoras como la obligación de las autoridades de garantizar su “*calidad y eficiencia*”, de proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales, de establecer “*marcos regulatorios*” para los servicios, y de prever la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, así como también de las provincias interesadas, en los organismos de control¹⁴. De este

¹² LORENZETTI, Consumidores, Rubinzal Culzoni, 2003, Bs. As. p. 468; WAJNTRAUB, Protección jurídica al consumidor, Lexis Nexis Depalma, Bs. As., 2004, p. 137.

¹³ Tal como los servicios prestados por los concesionarios viales, entre otros.

¹⁴ LORENZETTI, Consumidores, cit., p. 44; CICERO, N. K., “Los sistemas de protección de los usuarios de los servicios públicos”, cit., p. 421; SUAREZ, E., “Tutela administrativa del usuario de servicios públicos: un fallo que renueva su sentido y alcance”, JA T. 2003-III-429 y ss.; PEREZ HUALDE, A., “Sistema de protección constitucional del usuario de los servicios públicos: fundamentos y dificultades”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar/artsystemadeproteccionconstitucionalusuario.pdf#search=%22marco%20regulatorio%20servicios%20p%C3%BAblicos%22>, consultado el 24/8/06, p. 4.

modo, la cláusula constitucional posiciona a los usuarios de servicios públicos en la órbita del principio protectorio reconocido.

La referida pluralidad de fuentes conduce a interrogarnos sobre sus diferentes implicancias. En tal sentido, una de las consecuencias de mayor significación es la posibilidad de encontrar reglas que proporcionan tratamientos discordantes a supuestos de hecho semejantes, siendo algunas soluciones más beneficiosas para el usuario que otras¹⁵. Frente a ello, se hace necesario conocer cuales son los criterios que han de regir la determinación de la norma aplicable en caso de colisión. En abstracto, la solución puede ser pensada en términos de jerarquía y prevalencia, como así también de coordinación de las diferentes previsiones legales. Sin embargo, en concreto, la determinación de tales criterios exige considerar diversos factores, entre los cuales se encuentran las previsiones legales relativas a la integración normativa contenida en la propia ley de defensa del consumidor y, especialmente, la naturaleza de los derechos implicados en el conflicto de leyes. Esto obliga al operador jurídico a reformular las reglas tradicionales imperantes en materia de solución de conflictos de normas (ley posterior deroga ley anterior, ley especial deroga ley general, ley especial anterior no es derogada por ley general posterior, etc.), cuya aplicación estricta e indiferenciada hace crisis en la actualidad, a pesar de su rigor lógico¹⁶.

En lo referente al primero de los factores señalados, adviértase que el artículo 3 Ley 24.240 dispone la integración de ese cuerpo legal con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas de consumo, a la vez que adopta –para el caso de duda– el criterio de la interpretación más favorable para el consumidor. Es decir, el legislador, previendo la posible colisión normativa que supone la existencia de respuestas jurídicas diversas para un supuesto de hecho determinado, se pronuncia por la aplicación preferente de la norma más tuitiva de los derechos del consumidor o usuario. No obstante, el artículo 25 del mismo cuerpo legal, parece reconocer una excepción al disponer que “Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos

¹⁵ Algunos supuestos particulares de estas regulaciones encontradas p. v. en CICERO, N. K., “Los sistemas de protección...”, cit., p. 423 y ss., y en WAJNTRAUB, J., Protección jurídica..., cit., p. 138 y ss.

¹⁶ PUIG, P., “Hiérarchie des normes: du système au principe”, cit., p. 780 y ss.

que ella contempla serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente”¹⁷. La aludida supletoriedad de la ley 24.240, ha conducido a pensar que la aplicación preferente de la regla más favorable al consumidor o usuario se excepciona en materia de servicios públicos domiciliarios, cobrando operatividad las soluciones de la ley de defensa del consumidor sólo en los supuestos de carencia de reglas en los marcos regulatorios específicos¹⁸. En nuestra opinión, ese pensamiento no puede ser admitido sin más, siendo necesario ponderar otros elementos. Es decir, que al momento de decidir sobre los alcances de la supletoriedad establecida en la última parte del art. 25, adquiere relevancia otro de los factores a considerar para decidir el conflicto normativo, esto es el carácter iusfundamental que ostentan en nuestra Carta Magna los derechos básicos reconocidos a los consumidores y usuarios de bienes y servicios, incluidos los servicios públicos. Desde esa perspectiva, la ley de defensa del consumidor debe ser entendida como norma de desarrollo y concreción del principio protectorio constitucional, situándose en el centro del microsistema del Derecho del Consumidor, y consecuentemente las reglas tradicionales utilizadas en los casos de colisión de leyes deben ceder a favor de la preferencia de aquellas normas del estatuto de defensa del consumidor que consagran soluciones más beneficiosas para el usuario, aún cuando resulten contrarias a la legislación especial¹⁹.

Esa afirmación no significa propiciar una pauta de mera jerarquía formal sino que, por el contrario, se trata de una jerarquía material o de valores²⁰, nos

¹⁷ La disposición ha sido objeto de críticas en razón de su falta de justificación, al respecto p.v. MOSSET ITURRASPE, J., *Defensa del consumidor. Ley 24240*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 53, para quien el orden público en el cual se sustenta la ley de defensa del consumidor hace inadmisibles las preeminencias de soluciones contrarias a ella.

¹⁸ Tal es la opinión que sustentan PICASSO, S. – WAJNTRAUB, J., “Responsabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios”, en JA T. 1997-I-812, aunque postulan una interpretación restrictiva de la excepción, limitada al supuesto en que la colisión de normas se presente ante una previsión clara y concreta de la ley reguladora del servicio público en cuestión, pues ante la menor imprecisión de la solución específica se inclinan por la aplicación del régimen más favorable contenido en la ley de defensa del consumidor.

¹⁹ LORENZETTI, R., *Consumidores*, cit., p. 46 y ss. En la misma línea de pensamiento se ubican también CICERO, N. K., “Los sistemas de protección...”, cit., p. 423 y ss.; VAZQUEZ FERREYRA, R., “ENARGAS, la defensa de los consumidores y usuarios, las veredas rotas y otras interesantes cuestiones”, en JA. T. 1999-II-127.

²⁰ PUIG, P., “Hiérarchie des normes: du système au principe”, cit., p. 785.

parece que ello –además de garantizar la vigencia del principio tuitivo del consumidor- torna factible también la coordinación equitativa de los intereses implicados en los distintos microsistemas normativos, posibilitando alcanzar el “diálogo de fuentes” que respeta la complejidad de cada microsistema y haciendo factible su armonización con los principios rectores del sistema normativo que expresan el ideal de justicia de una sociedad. Se advierte entonces que, en el caso que nos ocupa, la aplicación preferente de la ley de consumidor compatibiliza mejor con la necesidad de equilibrar la situación de vulnerabilidad de los usuarios frente a los monopolios de las empresas prestadoras de servicios públicos privatizados, en especial cuando se toman en consideración los fuertes cuestionamientos que han merecido los entes reguladores como órganos de control de la actividad de aquéllas²¹.

El criterio de preferencia material de la ley 24.240, en relación a la normativa sobre servicios públicos domiciliario, ya había sido sustentado por nuestra doctrina -al margen del rango constitucional que en la actualidad ostenta la tutela del consumidor- en el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (realizado en Rosario en 1994), cuando recomendó que “La legislación específica de los servicios públicos domiciliarios debe armonizarse con la Ley de Protección al Consumidor. La denominada aplicación supletoria del art. 25, ultima parte no puede significar la violación del régimen tuitivo ni el olvido de la aplicación de los principios generales del Derecho”.

Con matices, la jurisprudencia dio recepción a ese criterio en diversos pronunciamientos. Así, la idea subyace implícita en la causa “Goyena, Raúl c. Telecom Argentina”, controversia donde el usuario demandaba la indemnización de los daños derivados de la interrupción del servicio por causas imputables a la empresa, cuando se sostiene que “... el hecho de que la legislación (especial) prevea el derecho del usuario para obtener la devolución de las sumas pagadas por servicios no prestados no excluye la obligación de resarcir los daños y perjuicios, pues aquella devolución no integra el capítulo indemnizatorio...”²². Más tarde, en el caso “Ciancio, José M. c. Enargas”, causa relativa a un reclamo administrativo por el cual se pretendía la

²¹ Sobre el tema puede consultarse, entre otros, a PÉREZ HUALDE, A., "Breve reflexión sobre la credibilidad de los marcos regulatorios y de los entes reguladores", en LL. T. 1999-D-349; BENITEZ, E., "Servicios públicos domiciliarios", en GHERSI, C. y otros, Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores, Ed. Organización Mora Libros, p. 171.

²² CNFedCyC, sala I, 11/7/95, publicado en LL. T. 1995-D-382.

reparación de las veredas que habían sido afectadas por la empresa en ocasiones del plan de obras a su cargo, el tribunal entendió que “La legislación específica de los servicios públicos domiciliarios debe armonizarse con la ley de protección al consumidor 24.240 y el art. 42 de la Constitución Nacional”²³. Luego, en una causa donde la actora –con fundamento en disposiciones de la ley de telecomunicaciones que confieren competencia a la Comisión Nacional de Comunicaciones en los reclamos vinculados al tema- impugnó el acto administrativo por el cual la autoridad de aplicación local se declaró competente para entender ante una denuncia de publicidad engañosa formulada por un usuario telefónico, la Suprema Corte de Mendoza ratificó la validez del acto administrativo de la autoridad local, sosteniendo la competencia concurrente, al afirmar que “La legislación específica de los servicios públicos domiciliarios debe armonizarse con la ley de protección al consumidor 24.240 y el art. 42 de la Constitución Nacional. La denominada aplicación supletoria del art. 25 última parte no puede significar la violación del régimen tuitivo ni el olvido de la aplicación de los principios generales del derecho”²⁴.

Finalmente, resta agregar que el criterio postulado se consolida en el Proyecto de Reforma de la Ley 24.240, que actualmente cuenta con media sanción de Diputados²⁵. Esta orientación se manifiesta en varias de sus disposiciones, a saber:

2.1. En primer término, el artículo 3, previendo en general la relación del microsistema de consumo con los demás subsistemas y microsistemas, establece, en sus párrafos segundo y tercero, que “Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular las de defensa de la competencia y de lealtad comercial, debiéndose aplicar siempre la norma más favorable al consumidor.

²³ CNFedContAdm, sala II, 5/11/98, publicado en RCyS T. 1999-668.

²⁴ SCMendoza, sala 1ª, 20/12/2000, “Telefónica de Argentina S.A. v. Provincia de Mendoza”, Lexis N° 30011895; el criterio se reitera en numerosos pronunciamientos de la misma Corte, entre ellos “Telefónica de Argentina v. Provincia de Mendoza”, 03/04/2002, doc. Lexis N° 30012278, y en “Telefónica de Argentina S.A. v. Provincia de Mendoza”, 05/05/2003, JA. T. 2003-III-429.

²⁵ Expte. 1061-D-06.

Con base en la integración legislativa establecida en el párrafo anterior, las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones, sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.”

2.2. Luego, se suprime del artículo 25, el último párrafo donde – actualmente- se dispone la supletoriedad del régimen de defensa del consumidor en relación a la legislación específica de servicios públicos.

2.3. Por último, se incorpora un nuevo párrafo al artículo 31 donde se establece que “La relación entre el prestador de servicios públicos y el usuario tendrá como base la integración legislativa dispuesta por el art. 3º del presente cuerpo legal”. Surge manifiesta, en el texto transcrito, la finalidad de eliminar cualquier margen a posibles interpretaciones que condujesen a la primacía de la legislación particular.

3. Proyecciones del plurijuridismo en materia de autoridad administrativa de contralor y tribunal competente

La eficacia de los derechos constitucionales reconocidos a los consumidores depende de la efectiva tutela administrativa y judicial, en estrecha vinculación con el efectivo acceso a la justicia. En ese campo el pluralismo normativo imperante en materia de servicios públicos tiene proyecciones concretas que pueden obstaculizar la eficaz protección de los derechos de los usuarios.

Así, en lo referente a la tutela administrativa, el problema surge al momento de decidir si la competencia que los respectivos marcos regulatorios atribuyen a los entes de control específicos (CNC, ENRE, ENARGAS, etc.) para entender en la resolución de los conflictos planteados entre usuarios y empresas prestadoras, resulta excluyente, o no, de la competencia conferida a la autoridad de aplicación de la Ley 24.240 por los artículos 41 y 42, de modo tal que resulte posible hallar casos en los cuales el usuario pueda pretender legítimamente la solución de la controversia por ante la autoridad de aplicación de la Ley de Consumidor, sea ella nacional o local²⁶. Pensamos,

²⁶ A nivel nacional, la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor es la Secretaría de Coordinación Técnica (ubicada en la órbita del Ministerio de Economía y Producción) y de ella depende la Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del Consumidor. En la

conforme a lo que ya hemos expresado, que en tanto la relación usuario-empresa de servicio público constituye una relación de consumo, es posible hallarse ante supuestos de ejercicio paralelo de competencia o de ejercicio concurrente entre un ente de control específico y la autoridad de aplicación de la ley 24.240. Habrá paralelismo de competencias cuando existan órganos que ejerzan concomitantemente el poder de policía administrativa pero persiguiendo diferentes fines, siendo entonces viable el accionar paralelo de ambos²⁷. Ello supondrá escindir el contralor del servicio público tomando en consideración –por un lado- los aspectos técnicos de la prestación, que se someten al poder del ente regulador específico, y –por otra parte- los aspectos relativos a su comercialización en el mercado²⁸, sujetos a la fiscalización de la autoridad de aplicación de la Ley 24.240. En cambio, la competencia será

Ciudad Autónoma de Buenos Aires la actuación corresponde a la Dirección de Protección al Consumidor, y existen autoridades locales de aplicación que se encuentran en la órbita del gobierno provincial, aunque en algunos casos, como por ejemplo en la provincia de Buenos Aires el gobierno provincial ha delegado facultades en los municipios.

²⁷ SUÁREZ, E., “Tutela administrativa del usuario de servicios públicos: un fallo que renueva su sentido y alcance”, JA. T. 2003-III-429 y ss.

²⁸ Esta distinción se ha formulado también en otros ámbitos del Derecho del Consumidor. Así, en materia bancaria, en uno de los primeros casos donde se planteó el debate sobre la competencia entre autoridades de contralor administrativas, la Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala 4ª, en autos “Banco Caja de Ahorro S.A. v. Secretaría de Comercio e Inversiones”, del 10/02/2000, ha dicho que “el Banco Central de la República Argentina es el organismo encargado de vigilar, mediante los dispositivos adecuados, por el cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias en el desenvolvimiento de la actividad de las entidades financieras [...] Esa facultad es necesaria consecuencia de tener a su cargo el ejercicio del poder de policía bancario o financiero, que comprende la atribución de fiscalizar y hacer cumplir las normas bancarias [...] Sobre la base de lo expuesto, no es irrazonable sostener que otro organismo -en el caso la Secretaría de Comercio e Inversiones- puede estar a cargo del control de la actividad bancaria en aquello que se relacione con la atribución conferida de velar por los derechos del consumidor a la luz de las previsiones contenidas en la ley 24240. En este sentido, es menester indicar que la referida Secretaría es la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor. [...] Se le ha atribuido el ejercicio de la policía del consumo, independientemente de la repercusión que la actividad financiera de la entidad tenga en el mercado. Se centra -por el contrario- en la relación directa banco (como prestador de servicios)-cliente (como consumidor).”, en JA. T. 2000-IV-299. Si bien esa doctrina judicial se hallaba suficientemente consolidada, no puede desconocerse el criticado y peligroso precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Banco de la Nación Argentina c. Programa de Defensa de Consumidor Comercio y Cooperativas de la Provincia de San Luis”, del 28/7/2005, en LL. T. 2005-E-509. Un panorama general sobre las distintas competencias también p. v. en VÁZQUEZ FERREYRA, R., “Servicios públicos, defensa del consumidor, procedimientos”, JA, T. 2005-III-1142.

concurrente cuando ambos organismos ejercen, de modo coincidente, las mismas atribuciones en el mismo ámbito territorial y temporal.

Así, en contra de lo que podría sostenerse a partir de la simple interpretación literal de la regla de la supletoriedad del artículo 25, in fine, de la Ley de Defensa del Consumidor, lo afirmado importa negar competencia exclusiva al ente regulador, propiciando la armonización de fuentes normativas, con fundamento en el criterio de preferencia material para decidir los conflictos de normas. En tal sentido, coincidimos con quien ha sostenido que a través del ejercicio coordinado de competencias de orden federal y local, en forma paralela o concurrente, se 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 Ley 24.240, brindando de este modo vías de protección alternativas en sede administrativa²⁹.

En materia de servicio telefónico, esa línea de pensamiento ha sido sólidamente sustentada en una serie de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza. En diversas oportunidades, ese Alto Tribunal sostuvo la concurrencia de competencias entre la autoridad de aplicación local de la Ley de Defensa del Consumidor y la Comisión Nacional de Comunicaciones, en casos donde la misma aparecía cuestionada, por la empresa Telefónica de Argentina SA, ante reclamos de los usuarios sustanciados por la Dirección de Fiscalización y Control (autoridad local). Si bien cada una de las causas aludidas tiene sus propios matices, en líneas generales la competencia concurrente entre ambos organismos fue sustentada -en algunos casos- en la ausencia de disposiciones en el reglamento del servicio básico telefónico (RGCSBT) que previeran la competencia federal para la temática que había dado lugar al reclamo³⁰, o bien en la inactividad de la Comisión Nacional de Comunicaciones que habilitaba la actuación concurrente de la autoridad local a fin de no incurrir en una situación de desprotección para el usuario³¹.

²⁹ SUÁREZ, E., “Tutela administrativa del usuario de servicios públicos: un fallo que renueva su sentido y alcance”, cit., p. 429 y ss.

³⁰ Así se manifiesta en la causa fallada el 20/12/2000, “Telefónica de Argentina S.A. v. Provincia de Mendoza”, donde la denuncia del usuario se había radicado por la publicidad engañosa realizada por la empresa, Lexis N° 30011895.

³¹ Ver “Telefónica de Argentina v. Provincia de Mendoza”, 03/04/2002, doc. Lexis N° 30012278, y “Telefónica de Argentina S.A. v. Provincia de Mendoza”, 05/05/2003, JA. T. 2003-III-429.

Por otra parte, en lo referente a la tutela judicial de los usuarios de servicios públicos, se ha observado que al plantearse un conflicto entre un usuario y la empresa prestadora de algún servicio público, el acceso a la justicia puede tornarse dificultoso habida cuenta de la pluralidad de normas delimitadoras de la competencia judicial, en particular cuando se trata de servicios regulados por normas federales, como ocurre en el caso de telecomunicaciones, gas o suministro eléctrico. Resultan frecuentes las incertidumbres en orden a la determinación del fuero competente, discutiéndose si el reclamo deberá hacerse ante el fuero ordinario o el federal, y aún para quienes entienden que deberá hacerse ante la justicia federal, dentro de su ámbito se duda entre el fuero civil y el contencioso administrativo³². La disparidad de criterios imperantes en los tribunales es notoria, lo cual no es un problema menor en materia de pretensiones resarcitorias fundadas en incumplimientos contractuales de la empresa de servicios públicos, en especial si toma en consideración que en algunos casos se ha pretendido, por parte de las empresas de servicios públicos, que sólo el ente regulador resultaba competente para fijar la indemnización de los daños causados por el incumplimiento contractual.

En relación a la última cuestión mencionada, resulta paradigmático el fallo de la Corte Suprema de la Nación recaído en el caso “Angel Estrada y Cía c/ Sec. de Energía y Puertos”³³, donde se revoca parcialmente el fallo de la

³² Ver al respecto CICERO, N. K., “Una carrera de obstáculos: cómo obtener un resarcimiento económico por los perjuicios ocasionados por el corte indebido de suministro de gas”, JA. T. 1999-III-154.

³³ El fallo inicial fue dictado por la Sala 1º de la C. Nac. Cont. Adm. Fed., en fecha 15/10/99, JA. T 2001-IV-244. En la causa, la empresa Angel Estrada S.A. había solicitado al ENRE que, conforme la cláusula 5.2, 2º párrafo, sub anexo 4 del contrato de concesión de EDESUR, ésta le resarciera los perjuicios sufridos a consecuencia de la baja tensión y los cortes reiterados de suministro de energía eléctrica ocurridos entre el 23 de noviembre de 1993 y el 7 de enero de 1994. El ente sostuvo que para el caso de interrupciones del suministro de energía eléctrica, la distribuidora debía pagar las multas previstas en el contrato de concesión como única y total reparación; en cambio, por las alteraciones en los niveles de tensión, la responsabilidad comprendía el pago, a los usuarios, de las multas y la reparación de los daños provocados como consecuencia directa e inmediata de dichas alteraciones. Agregó que, por el incumplimiento respecto de la calidad del servicio en las fechas comprendidas en el reclamo, ya se había aplicado multa a EDESUR mediante la resolución ENRE 79/94, cuyo importe debía ser acreditado sobre la facturación de los usuarios. En consecuencia, rechazó la pretensión de la empresa usuaria. Se interpuso recurso de alzada ante la Secretaría de Energía y Puertos, que confirmó la decisión del ENRE. Interpuesto recurso judicial, la Cámara revocó las resoluciones. En relación a

Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal en relación a la competencia del ENRE para cuantificar los daños, argumentándose que “...la determinación y condena al pago de los daños y perjuicios eventualmente derivados del incumplimiento del contrato celebrado con el usuario debe considerarse fuera de la jurisdicción especial atribuida al Ente Nacional Regulador de la Electricidad por el art. 72 de la ley 24.065”. Agregando, luego, que “... de manera general, la expresión ‘toda controversia’ contenida en el artículo citado debe entenderse como circunscripta a toda controversia válidamente sustraída por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios. En particular, la administración de los remedios ordinarios, esto es, el poder para dirimir el reclamo de daños y perjuicios planteado por el usuario con sustento en el derecho común, resulta extraño a las atribuciones conferidas al ente regulador por el art. 72 de la ley 24.065. Ello es así porque tal poder no guarda relación con los motivos tenidos en mira por el legislador al crear el ente en cuestión, [...]”

Retornando al tema de la competencia federal o provincial, pensamos que la resolución de los conflictos que la cuestión genera debe hacerse desde la perspectiva de asignar a la relación usuario-empresa prestataria de servicios públicos la naturaleza de una relación de consumo, conforme ya se expresara. Esto implica afirmar que es una relación de derecho privado, aunque pueda tener alguna incidencia de derecho público dada por el carácter del servicio

lo sostenido por EDESUR sobre la limitación de responsabilidad, el Tribunal entendió que “No se desprende de la ley 24.065, interpretada juntamente con la LDC 24.240 y los principios de protección de los derechos de los usuarios y consumidores consagrados en los arts. 42 y 43 CN, ninguna cláusula de limitación de las responsabilidades de las distribuidoras de energía eléctrica respecto de los daños y perjuicios que pudieren causar a sus usuarios como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que les incumben como prestatarias del servicio público.”. En cambio, en relación a la competencia del ente regulador para fijar la indemnización en sede administrativa, sostuvo que “Dado que el art. 72 ley 24.065 faculta al ENRE para intervenir en toda controversia que se suscite con respecto a la provisión de energía eléctrica, dicho ente tiene competencia para resolver sobre la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios reclamada por un usuario a una empresa prestadora con motivo de los perjuicios que le ocasionó el irregular cumplimiento del servicio a cargo de aquella -reiteradas bajas de tensión e interrupciones de suministro- así como también para pronunciarse sobre el alcance de la responsabilidad contractual de la empresa respecto del usuario”. Ver los interesantes comentarios de BERSTEN, H., “Facultades de los entes para resolver conflictos”, en JA. T. 2001-IV-267 y de CICERO, N. K., “El caso Ángel Estrada: La procedencia de la indemnización por privación de suministro del servicio eléctrico y el rol del ente regulador”, en JA. T. 2001-IV-271.

implicante de un interés público, pero ello no puede llegar a desnaturalizar su esencia.

De ahí que, aunque se postula mayoritariamente que tratándose de servicios públicos nacionales la competencia para decidir las controversias originadas en incumplimientos contractuales corresponderá a la justicia federal civil y comercial³⁴, creemos que no puede soslayarse la necesidad de coordinar las razones que conducen a determinar la regulación por el gobierno federal de los servicios públicos de alcance nacional³⁵ con las razones que sustentan la protección al usuario de los mismos. Precisamente, su situación de vulnerabilidad ante empresas monopólicas y las necesidades básicas satisfechas por el servicio constituyen pautas que no deberían ser ignoradas al momento de decidir un conflicto de competencia en relación a los servicios públicos. En ese sentido, se ha llegado a sostener que cuando el recurso a la jurisdicción federal significara en los hechos una gravosa dificultad material y económica para el usuario –pudiendo ser equiparado a una denegación de justicia- la competencia de los tribunales ordinarios resulta incuestionable³⁶. A nuestro juicio, los conflictos meramente contractuales planteados entre usuarios y prestadores de servicios públicos –en tanto negocios de consumo sujetos con preferencia por las disposiciones de la ley nacional 24.240- deberían sujetarse a la competencia de los tribunales ordinarios, nos parece que la solución no afecta la finalidad de dar regulación única a los servicios públicos que se busca al hacerlos materia de una ley federal; pero mientras así no sea reconocido cuando menos deberá tenerse presente el criterio de no truncar el acceso a la justicia de los usuarios imponiéndoles la competencia federal en cualquier circunstancia.

La pauta propiciada ha sido consagrada en una sentencia de la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, sala II, iniciada con la acción sumarísima promovida

³⁴ Ver la síntesis que formula CICERO, N. K., “Una carrera de obstáculos: cómo obtener un resarcimiento económico por los perjuicios ocasionados por el corte indebido de suministro de gas”, cit., p. 160, aunque la autora también deja en evidencia la falta de criterios uniformes en orden a la atribución de competencia.

³⁵ Esas razones son explicadas con claridad en el trabajo citado en la nota anterior, p. 159.

³⁶ Este es el criterio que subyace en los autos "Parisi, Ricardo J. v. Telefónica de Argentina S.A.", Cám. Fed. De General Roca, LL. T. 1993-D-12.

contra la empresa de telefonía básica pretendiendo la restitución del servicio público telefónico respecto de ciertas líneas –que habían quedado inoperantes por el robo de cables-; el juez de primera instancia se declaró incompetente, razón por la cual los actores apelan la decisión, en ese marco la alzada expresa que *“la competencia federal rationae materiae que se sostiene no puede avalarse, porque no está en juego la aplicación de las disposiciones que regulan el servicio público nacional de telecomunicaciones sino que se trata del incumplimiento de la empresa telefónica en el restablecimiento del servicio que se encuentra en el marco de una relación jurídica de derecho común”*³⁷. Cabe señalar también que, sin cuestionarse la competencia, han existido otros supuestos donde la pretensión de reparación de los daños causados por el incumplimiento de la empresa de servicios públicos fue sustanciada en la justicia ordinaria³⁸.

4. Conclusión

El pluralismo jurídico en materia de servicios públicos no es un fenómeno que vaya a ser erradicado de nuestro ordenamiento, lejos de ello algunas de las causas de su actual vigencia permiten pronosticar su crecimiento en el futuro. Pese a ello, es fundamental que los operadores jurídicos tengan en claro que, cualquiera sea el criterio a emplear para superar las problemáticas que el fenómeno plantea, nunca podrán derivar en un desconocimiento de los principios rectores del orden jurídico que implique el incremento de los niveles de desigualdad e injusticia económico-social.

³⁷ Autos “Donet, E. J. y otros c. Telecom Argentina Stet France- Telecom SA”, del 10/8/2004, en LL Litoral T. 2005-678, con nota de Marcelo GELCICH.

³⁸ Ver en tal sentido CNCiv., sala I, 01/11/2005, Risso Domínguez, Carlos J. v. Aguas Argentinas S.A., documento Lexis N° 35002912, aquí se sostuvo que “Procede resarcir por daño moral al damnificado del corte del suministro de agua potable que no fue debidamente intimado de pago, conforme a la reglamentación que dispone el art. 75 resolución ETOSS. 83/1998, pues resulta indudable que la ausencia del líquido vital provoca una serie de inconvenientes en la vida normal de las personas. que se agravan cuando la irregularidad se prolonga en el tiempo.”; también CCC. San Isidro, sala 1ª, 01/08/2003, “Ulrich, Lilian I. v. Aguas Argentinas S.A.”, JA T. 2004-I-139.