

La Plata, 23 de noviembre de 2012

VISTO Las facultades conferidas por el artículo 55 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Ley 13.834, el artículo 22 del Reglamento Interno de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, las actuaciones N° 578/11, 1849/11, 2900/12, y 3488/12, y

CONSIDERANDO

Que el artículo 55 de la Ley Suprema Provincial, establece que: *“el Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes... Supervisa la eficacia de los servicios públicos que tenga a su cargo la Provincia o sus empresas concesionarias.”*

Que en virtud del mencionado mandato constitucional, la Ley 13.834 también otorga facultades específicas al Defensor del Pueblo, para entender y supervisar la eficacia de los servicios públicos.

Que la Constitución Nacional en su artículo 42, reconoce una serie de derechos a los usuarios y consumidores de bienes y servicios, asegurando el acceso de los ciudadanos al control y participación de los aspectos regulatorios de los servicios públicos.

Que este mismo artículo, ha establecido como política de Estado en la Carta Magna, el reconocimiento de derechos de índole fundamental a los usuarios y consumidores, aun cuando se trate de servicios públicos privatizados, exigiendo a su vez regulación estatal, y vigilancia de su calidad y eficiencia.

Que dicha norma, encuentra su correlato en el artículo 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que expresa: *“Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los*

*riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a **una información adecuada y veraz...***”.

Que en tal dirección, la doctrina es conteste al entender como servicio público *“...a toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal”*. (Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo” Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. T. II Pág. 55).

Que asimismo, tal como afirma el Dr. Juan Farina, en su obra “Defensa del Consumidor y del Usuario” (4°ed. Astrea, 2009), “los usuarios de servicios públicos domiciliarios son los más necesitados de protección (en sus derechos), pues estos servicios son prestados por empresas del Estado, por concesionarios o por grandes empresas privadas que tienen un monopolio legal o de hecho, y prestan servicios, muchos de ellos esenciales para la vida diaria”.

Que ha de tenerse presente, a su vez, por las características o cualidades del servicio y del proveedor, que el consumidor o usuario se encuentra sujeto a esta relación y esa sumisión fáctica le garantiza al prestador su poder de imposición, generándose una desigualdad que corresponde proteger a través de mecanismos institucionalizados de garantía de derechos, como lo es el Defensor del Pueblo.

Que dentro de las funciones principales de esta Institución, se encuentra el deber de **garantizar el derecho a ser oído** de aquellos habitantes que participan en relaciones de consumo con proveedores de servicios públicos, así como también corresponde a este organismo la obligación de vigilar la **observancia del deber** que tienen las proveedoras de suministrar **información cierta, clara y detallada**.

Que en este entendimiento, debe destacarse que el Defensor del Pueblo fue diseñado por el Legislador Constituyente provincial, como un instrumento de participación ciudadana, y que la realización de audiencias públicas previas a la variación de las condiciones de prestación de los servicios públicos constituye un claro avance en la calidad democrática provincial.

Que consideramos a la **audiencia pública** como una herramienta que se enmarca dentro de las acciones posibles que tienen los ciudadanos para hacer valer sus derechos y que debe interpretarse en función de los principios vectores emanados de las normas de jerarquía superior y propios del sistema republicano, cuyo objetivo será el de equiparar la desigual relación de fuerzas entre las partes intervinientes.

Que especialmente debe destacarse que los legisladores han sancionado la Ley 13.569, que instaura como práctica el instituto de la audiencia pública, como instancia participativa en el proceso de decisión tanto administrativa como legislativa.

Que aunque la normativa propia de los servicios públicos no prevea la obligatoriedad de la celebración de estas audiencias, las mismas resultan igualmente imperativas en función de la aplicación de la normativa de rango constitucional y de orden público, como lo es la Ley de Defensa de Consumidor, N° 24.240.

Que esta Ley viene a formar parte de un ordenamiento jurídico que intenta equilibrar un contexto factico condicionante y potencialmente lesivo, y en virtud de lo establecido por su art. 3º, resulta aplicable a las relaciones de consumo, la norma que resulte **más favorable a los intereses de los usuarios**.

Que la norma bajo examen, en su parte pertinente dispone que expresamente *“...Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el*

futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. 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.”

Que por su parte, el Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, Ley 13.133, en su artículo 1, establece: “... las bases legales para la defensa del consumidor y del usuario según los términos del artículo 38° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y tiene por objeto establecer las reglas de las políticas públicas y los mecanismos administrativos y judiciales para la efectiva implementación en el ámbito provincial...b) de las normas de protección consagradas en la Ley Nacional de Defensa del Consumidor y disposiciones complementarias, sin perjuicio de las competencias concurrentes de la Autoridad Nacional de Aplicación.”

Que como correlato hay que mencionar el **deber de información** que tienen las proveedoras para con la parte débil de la relación de consumo, por aplicación del Estatuto de Derechos de Consumidores y Usuarios.

Que la publicidad de los actos y del procedimiento, se halla establecida en la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), ratificada por nuestro país por ley 24.759 e incorporada a nuestro derecho interno, que establece: “...entre las medidas preventivas tendientes a promover y fortalecer el desarrollo de mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, se encuentran: a) la implementación de sistemas que aseguren, entre otras cuestiones, la publicidad de los contratos que celebre el Estado parte (...); b) la implementación de mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción (ver art. III, incs. 5 y artículo 11)”

Que existe dentro de esta sociedad de consumo, una “subordinación estructural” en la que ambos polos de la relación de consumo, a saber, consumidor/ usuario – proveedor, no se encuentran en pie de igualdad; por el contrario, existe una subordinación, desde el punto de vista material, psicológico y cognoscitivo de la parte débil de la relación, el consumidor o usuario.

Que a fin de equiparar esta disparidad inicial, el ordenamiento jurídico dota de derechos a esta parte frágil y de obligaciones al proveedor para intentar un equilibrio en la relación, que desde sus orígenes presenta una inequidad evidente.

Que este desequilibrio se observa en todas las relaciones de consumo, y el mismo se exagera cuando nos encontramos frente a usuarios de servicios públicos domiciliarios en función del monopolio que suele presentarse.

Que es por ello que, en este tipo de nexos jurídicos, debemos maximizar los recaudos y agudizar los controles porque la población jurídicamente afectada y eventualmente vulnerada, no solo se ve debilitada por la falta de información sino que además ve coartado su derecho de elección.

Que la necesidad de fijar la audiencia pública se ve determinada no solo porque el deber de información así lo indica, sino porque los habitantes de la provincia se ven forzados a mantener esa relación de consumo con la concesionaria del servicio sin ninguna posibilidad de manifestar su acuerdo o desacuerdo con las condiciones del servicio.

Que por lo expuesto, la audiencia pública se transforma en la única posibilidad dentro del marco regulatorio de los servicios públicos que posee el usuario habitante de esta provincia para poder ejercer sus derechos y expresar su opinión respecto de un servicio al que se ve obligado a consumir.

Que por otra parte, resulta el medio idóneo, que posibilita brindar tutela eficiente a una colectividad de usuarios, en virtud de las particularidades y la

masividad que el servicio público posee. Desde esta arista, la audiencia importa una herramienta de **publicidad y participación**, hábil para informar a la población y asignar **transparencia** al proceso de modificación de las tarifas.

Que con relación a la prestación del servicio público de agua potable y desagües cloacales, el artículo 88 inc. "d" del Decreto 878/03, convalidado por la Ley 13.154, establece dentro de las misiones y funciones del OCABA "organizar y aplicar un régimen de Audiencias Públicas a fin de proteger los derechos de los usuarios".

Que la misma línea se presenta para el caso del servicio de energía eléctrica, cuando la Ley 11.769, dentro del marco regulatorio del servicio eléctrico de la provincia de Buenos Aires le otorga al órgano de control la facultad de celebrar audiencias públicas (Art. 68, Ley 11.769).

Que de los casos expuestos, la voluntad del legislador es clara en cuanto a la nítida intención que la población participe activamente en la construcción de la relación contractual a la cual se encuentra sometida.

Que a pesar de ello, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires no se ha llevado a cabo el procedimiento de las audiencias públicas, al momento de elevar las tarifas de los servicios públicos.

Que en ese sentido por decreto por Decreto 245/12, del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, se establece un aumento del valor del metro cúbico para la prestación de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales, sin establecer un mecanismo previo de información a la comunidad bonaerense.

Que como consecuencia esta Defensoría, dictó la Resolución 25/12, por la cual se recomienda al Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires (OCABA), hacer efectivo el artículo 88 inc. "d" del Decreto 878/03, convalidado por la Ley 13.154,

con el objeto de organizar y aplicar el régimen de Audiencias Públicas previsto, a fin de proteger los derechos de los usuarios.

Que esto se fundamenta doctrinariamente en la tesis que sostiene que, los entes reguladores de los servicios públicos no se encuentran limitados a convocar a audiencia pública en los casos preceptivamente impuestos por las leyes o reglamentos aplicables, sino que tendrían la obligación de observar este procedimiento en todos aquellos casos en que fuera necesario conferir oportunidad de defensa a los afectados por el acto o proyecto de que se trate. (Conf. “Las audiencias públicas”, Máximo J. Fonrouge, pág. 3).

Que, la jurisprudencia siguió este criterio al considerar que “...en el art. 42 de la Constitución vigente se otorga a los usuarios de los servicios públicos una serie de derechos que resultan operativos y cuya concreción aparecería razonablemente canalizada a través del procedimiento de la audiencia pública”. (C.N.Fed. Contencioso Administrativa, Sala IV, in re “Youssefian, Martín c/ Sec. de Comunicaciones, del 6/11/97, Consid. V, 3er. pfo.).

Que por su parte, en la causa N° 13419, “Negrelli, Oscar Rodolfo y otro/a C/ Poder Ejecutivo y otro S/Amparo”, el Juez en lo Contencioso Administrativo del Juzgado N° 1 del Departamento Judicial de La Plata, resolvió en forma conteste con lo solicitado por esta Defensoría, que “... la previa celebración de una audiencia pública constituye un principio de raigambre constitucional, al sostener que, aunque la relación jurídica entre el usuario y la concesionaria del servicio se rige por el marco regulatorio vigente y el contrato de concesión del servicio, esas normas deben interpretarse en función de los principios vectores emanados de las normas de jerarquía superior, en tanto tiendan a equiparar la dispar relación de fuerzas entre las partes, siendo éste su principal cometido.”

Que en esta misma causa, la Cámara Contencioso Administrativa de La Plata, recientemente ha dictado un pronunciamiento en el que “Exhorta a la administración (Absa y Poder Ejecutivo) para que, en ejercicio de la potestad tarifaria -

ordinaria, y máxime extraordinaria-, se articulen expresamente mecanismos de gestión transparentes que garanticen a los usuarios el preaviso de la medida con razonable antelación, la debida información previa, la ponderación de la tarifa en los sectores más desprotegidos, y el escalonamiento y segmentación progresivo del aumento para mitigar el impacto en los usuarios y para que estos últimos puedan prever, con debida información y tiempo adecuado, el efectivo cumplimiento de pago de la tarifa”.

Que asimismo, en esta oportunidad se sostuvo que “podemos colegir entonces que la posición de la parte demandada (Provincia y ABSA) implicaría desplazar resguardos jurídicos esenciales para la protección del usuario, justamente cuando es el Estado quien asume y gerencia el suministro del servicio, eliminando un recaudo establecido –y no derogado- cuando la actividad se hallaba en cabeza de un concesionario privado... El requisito de la audiencia pública surge así como presupuesto de validez de la revisión extraordinaria del cuadro tarifario... La noción de audiencia pública –como se viene mencionando- se encuentra íntimamente ligada a los derechos de incidencia colectiva, y a su protección, por ser un instrumento, instituto, técnica o procedimiento, que posibilita la concreción de los recaudos del debido procedimiento administrativo para los titulares de situaciones jurídicas colectivas o bien de la defensa e intervención de los ciudadanos.”

Que con referencia al servicio público de energía eléctrica, la Resolución 244/12 del Ministerio de Infraestructura de la Provincia de Buenos Aires, dispone la modificación de la tarifa del servicio eléctrico brindado por la empresa EDELAP S.A., desde el primero de julio del corriente; y la Disposición 435/12, autoriza no sólo incrementos que oscilan entre los 4 y los 12 pesos por mes, según el nivel de consumo de los usuarios de La Plata, Berisso, Ensenada, Brandsen, Magdalena y Punta Indio, sino también el cambio en la facturación del servicio pasando de ser bimestrales a ser emitidas cada 30 días, ambas aplicadas sin llevarse adelante un mecanismo de participación ciudadana.

Que debido a los aumentos de tarifas de los servicios públicos que mencionáramos, sin la celebración de audiencia pública, deviene necesario dictar el

presente acto administrativo en protección de los derechos e intereses de los usuarios bonaerenses, por encontrarse la problemática en análisis dentro del ámbito de la incumbencia del Defensor del Pueblo (art. 27 de la Ley 13.834).

Por ello,

**EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE
LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
RESUELVE**

ARTICULO 1º: RECOMENDAR al Ministerio de Infraestructura de la Provincia de Buenos Aires y a las empresas concesionarias de servicios públicos que presten los mismos en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, que ante eventuales aumentos tarifarios y/u otro cambio en la prestación del servicio, se sirvan utilizar el procedimiento de la audiencia pública, con el objeto de asegurar el derecho constitucional a la información de todos los usuarios.

ARTICULO 2º: RECOMENDAR a los Organismos de Control de las empresas concesionarias de servicios públicos que presten los mismos en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, que arbitren los medios y/o medidas necesarias para garantizar y asegurar el debido derecho a la información de todos los usuarios, ante posibles aumentos tarifarios así como ante cualquier otro cambio en la prestación del servicio, implementando efectivamente el procedimiento de la audiencia pública o similar que considera pertinente a tal fin.

ARTICULO 3º: Registrar, comunicar, notificar. Cumplido, archivar.