



**Estudio del Contrato de Concesión del
Servicio Público de Energía a
Distribuidores Cooperativos en la
Provincia de Córdoba y sus implicancias
jurídicas actuales.**

Mario Javier Medina

Legajo VABG5810

Córdoba, Abril de 2019



**Estudio del Contrato de Concesión del
Servicio Público de Energía a
Distribuidores Cooperativos en la
Provincia de Córdoba y sus implicancias
jurídicas actuales.**

Carrera de Abogacía

Mario Javier Medina

Legajo VABG5810

Córdoba, Abril de 2019

Resumen.

El Contrato de Concesión del Servicio Público de Distribución de Energía a Distribuidores Cooperativos es el acuerdo legal a través del cual el estado de la Provincia de Córdoba –a partir de principios de la década pasada- permite a las cooperativas, que en general ya lo venían haciendo desde hacía más de cuarenta años, la distribución y comercialización de energía eléctrica a la población de aproximadamente el 70% del interior del territorio cordobés.

Luego de transcurridos quince años de su vigencia ininterrumpida, los cometidos propuestos inicialmente desde el sector público en pos de delinear un sistema moderno y eficiente, junto con algunas de las cláusulas particulares que sustentarían un programa de control adecuado, parecen no haberse materializado; en parte debido a factores ajenos a la responsabilidad de las partes, pero también causado por la falta de una estricta observación de la normativa corriente que debían cumplir las prestatarias, o por decisiones políticas del gobierno que, sin cuestionar su mérito y conveniencia, afectaron de algún modo las condiciones originales de la contratación.

Tales circunstancias han derivado progresivamente en una situación que limita el funcionamiento de las concesionarias -llegando a comprometer seriamente la continuidad de aquellas cuya posición de mercado es de por sí desventajosa- y en general pone en riesgo la estabilidad de un sistema que a su vez se ha visto afectado por las sucesivas controversias de la realidad política y económica del país.

Este Trabajo Final de Graduación tiene el objetivo de explorar en profundidad desde el derecho público y el derecho privado -en lo concerniente al régimen cooperativo y del consumidor-, la problemática planteada por la evolución irregular de la ejecución continuada del contrato, reconocer en consecuencia las debilidades jurídicas a las cuales han quedado expuestas las cooperativas eléctricas, y proponer las acciones que se debieran seguir para evitar efectos de magnitud que pudieran comprometer la estabilidad de estos actores sociales.

PALABRAS CLAVE: CONTRATO DE CONCESIÓN – COOPERATIVAS – SERVICIOS PÚBLICOS – DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA – RESPONSABILIDAD CIVIL.

Abstract.

The Public Service Concession Agreement of Energy Distribution to the Cooperatives Distributors is the legal means through which the state of Córdoba Province –from the beginning of the last decade- allows to those cooperatives that in general already had been making for more than forty years, the distribution and commercialization of electricity supply to the population of approximately 70% of the interior of the province.

After fifteen years of its uninterrupted term, the goals initially proposed from the public sector to delineate a modern and efficient system, along with some of the particular clauses which welfare a control program right, they seem to have not materialized; in part due to factors other than the responsibility of the parties, but also caused by the lack of a strict observation of the common normative which had to meet borrowers, or political decisions of the Government which, without calling into question its merit and convenience, somehow affected the original conditions.

Such circumstances have led progressively to a situation that restricts the operation of the concessionaires -coming to seriously compromise the continuity of those whose market position is disadvantageous-, and in general put at risk the stability of a system which, in turn, has been affected by the successive controversies of the political and economic reality of the country.

This Final Graduation Work aims to explore in depth from the public and private law point of view -with regard to the cooperative scheme and consumer-, the problem raised by the irregular evolution of the continued implementation of the contract, consequently recognize legal weaknesses which have been exposed service cooperatives, and propose actions that they should follow to avoid effects of magnitude that could compromise the stability of these social actors.

KEY WORDS: CONCESSION AGREEMENT – COOPERATIVES – PUBLIC SERVICES – ENERGY DISTRIBUTION – CIVIL LIABILITY.

Índice

INTRODUCCIÓN.	7
CAPÍTULO 1: LOS SERVICIOS PÚBLICOS.	13
Introducción.	13
1.1 Breve reseña de su evolución histórica.	13
1.2 El paradigma actual.	15
1.3 Caracteres de los Servicios Públicos.	17
1.4 Regulación y Control.	18
1.5 Régimen Nacional de la Energía Eléctrica.	22
1.6 El Servicio Público de Electricidad en la Provincia de Córdoba.	24
Conclusiones Parciales.	25
CAPÍTULO 2: EL SISTEMA COOPERATIVO.	29
Introducción.	29
2.1 ¿Qué es una Cooperativa?	29
2.2 El marco legal.	31
2.3 Las Cooperativas de servicios públicos.	32
2.4 La sujeción a la ley de Defensa al Consumidor.	34
2.5 Las Cooperativas en Córdoba y la garantía constitucional.	37
Conclusiones parciales.	40
CAPÍTULO 3: EL CONTRATO DE CONCESIÓN.	43
Introducción.	43
3.1 Generalidades del Contrato de Concesión de Servicios Públicos.	44
3.2 Cuestionamiento del Derecho Cooperativo a la figura de la Concesión.	45
3.3 Particularidades sobrevinientes de la concesión cooperativa de energía.	47
3.4 Análisis de las cláusulas contractuales.	48
3.4.1 Objeto del Contrato y Alcance de la Concesión.	48
3.4.2 “Por cuenta...”	49
3.4.3 “... y riesgo”	51
3.4.4 Plazo de la Concesión.	52
3.4.5 Plan de Gestión y contabilidad por Centro de Costos.	53
3.4.6 Distribución de Responsabilidades.	54
3.4.7 De las inversiones e instalaciones.	55
3.4.8 Servidumbres y meras restricciones, y Uso de Inmuebles de Dominio Público.	56

3.4.9 Obligaciones de la Concesionaria.	56
3.4.10 Obligaciones del Concedente.....	58
3.4.11 Régimen y Cuadro Tarifario.	58
3.4.12 Estabilidad Tributaria.	60
CAPÍTULO 4: UN FALLO RELEVANTE.	61
Introducción.....	61
4.1 Resumen del Fallo.....	61
CONCLUSIONES FINALES.....	65
Corolario.	70
Referencias.....	73

INTRODUCCIÓN.

El tema central que propone el presente trabajo es abordar uno de los aspectos más relevantes que hacen al desempeño actual de las cooperativas responsables de la prestación del servicio público de distribución y comercialización¹ de la electricidad en aproximadamente el setenta por ciento del territorio del interior de la Provincia de Córdoba: el *Contrato de Concesión del Servicio Público de Energía a Distribuidores Cooperativos*, y los riesgos jurídicos que asumen las concesionarias durante su ejecución.

Este instrumento legal que posibilita a estas entidades la prestación de ese servicio, y el cual puede entenderse a su vez como un acuerdo de adhesión, ha sido suscripto en forma individual por cada una de ellas con el gobierno provincial hace ya más de quince años. Durante ese tiempo, su ejecución y desarrollo ha sufrido distintas variaciones que en alguna medida demoraron el cumplimiento y/o distorsionaron algunos de sus propósitos fundamentales. A su vez, existen en esa norma particular una serie de compromisos pendientes que aún no han sido materializados.

La pregunta entonces que intentará responder este análisis puede formularse del siguiente modo: ¿cuáles son las debilidades jurídicas a las que han quedado expuestas las Cooperativas prestadoras del servicio público de electricidad en la provincia de Córdoba frente al estado de ejecución del contrato de concesión, y cuáles son las acciones recomendadas para eliminarlas o atemperar sus efectos?.

En tal sentido, se analizará el contrato y el marco legal de la energía eléctrica provincial, a la luz de los avances que la doctrina y la jurisprudencia han alcanzado en la interpretación del derecho cooperativo, para poder comprender la real dimensión que la ley le ha asignado a estas empresas de la economía social en nuestro país.

Se plantea también estudiar las características especiales que tienen los denominados “servicios públicos”, las propiedades de los contratos con el estado, y las

¹ Se discutirá más adelante que la figura de comercialización que el marco legal regulatorio de la electricidad le asigna a los prestadores cooperativos puede no ser apropiada a la naturaleza jurídica de estas entidades de la economía social.

responsabilidades a las cuales quedan sujetas las empresas prestatarias; determinar las obligaciones a cargo de las Cooperativas que surgen del contrato de concesión, y analizarlas en el marco jurídico de convenios colectivos, normas y resoluciones de los organismos involucrados en la prestación del servicio de energía y de la seguridad e higiene en el trabajo; evaluar el impacto jurídico de los anexos comprometidos y que aún no han sido provistos; definir y valorar las consecuencias jurídicas actuales y potenciales, y las posibles acciones correctivas, estimando además fortalezas y debilidades de las Cooperativas respecto del gobierno provincial para una posible renegociación del convenio bajo estudio.

En referencia al marco metodológico utilizado para el presente trabajo, se postula que el tipo de investigación es principalmente de tipo descriptivo, cuyo objeto es delimitar y definir las diferentes problemáticas jurídicas que plantean en la actualidad la normativa vigente, el contrato de concesión, y su estado de ejecución. En palabras de Yuni y Urbano (2014), se trata de conocer una realidad compleja y dependiente de fenómenos de distinta naturaleza, cuya información se obtiene de una observación comprensiva e integradora. Se adopta para ello una lógica inductiva y una estrategia cualitativa, que permitirá elaborar las distintas variables dentro de las cuales se desenvuelve la temática propuesta. La realización de este tipo de estudio requiere el conocimiento previo del área que se analiza, lo cual este autor considera modestamente logrado con su experiencia como dirigente cooperativo y su involucramiento personal en la cuestión abordada. No obstante resulta ineludible apelar a fuentes de información primaria como el mismo contrato de concesión y el marco regulador nacional y provincial, como también utilizar fuentes secundarias provistas por la jurisprudencia y las distintas interpretaciones doctrinarias que varios juristas destacados promueven.

Siguiendo con Yuni y Urbano (2014), en la observación descriptiva “*el investigador no necesita partir de una hipótesis explícita previa; solo basta con que defina los aspectos del campo de observación que van a ser objeto de su atención*”. No obstante, a priori se considerará que el problema jurídico más relevante que enfrentan las cooperativas es el de la responsabilidad civil subjetiva, generada por un desproporcionado riesgo operativo resultante del incumplimiento de varias cláusulas de control y obligaciones derivadas de la normativa vigente a las que remite el

Contrato de Concesión, sumando en algunos casos la falta de documentación probatoria respecto de los Anexos I, IX y X al momento de la firma de ese instrumento legal, que permita definir concretamente el ámbito espacial y la clasificación de los bienes bajo la supervisión de las prestatarias.

El diseño del Contrato de Concesión surge a principios de este siglo, y es fruto de acuerdos previos entre el gobierno provincial y las dos federaciones de cooperativas eléctricas con representación en la Provincia, que obedecieron a la creciente preocupación de éstas ante el cambio de paradigma en la administración de los servicios públicos que se planteaban desde el orden nacional, y que comenzaba a configurarse en nuestro ámbito local a partir de la sanción de las leyes que promovían la modernización del estado, la prestación eficiente, la protección del rol de usuario como status privilegiado, y la incorporación de capital privado al sector público. Este instrumento recoge entre sus cláusulas aspectos ya delineados en leyes y resoluciones que obligaban por sí a los operadores de aquel momento, tanto en lo que se refiere al derecho de la energía eléctrica como a las responsabilidades en el ámbito de los derechos administrativo, laboral, de seguridad e higiene, y a las normas regulatorias específicas de los entes de control.

Más allá de lo que parece ser un simple relevamiento de obligaciones a cumplir, la importancia del estudio a desarrollar radica fundamentalmente en procurar fortalecer una visión reflexiva e integradora de la realidad que nace a partir de los términos que impone la concesión, en relación con el marco legal público y cooperativo en el que se proyecta, y las restricciones económicas crecientes a las que se ven sujetas las concesionarias. Esta situación no prevista ha originado la actual coyuntura en la que se hace necesario por parte de todos los actores involucrados rever en profundidad todo el sistema de prestación y acordar las salidas más convenientes para un desarrollo del servicio sustentable en el tiempo.

Como complemento, se aconseja que las concesionarias deberán elaborar un plan de gestión –y vale remarcar que el mismo es parte de las obligaciones comprometidas en el Contrato- que contenga las acciones necesarias para verificar la normativa vigente, identificar y acondicionar las instalaciones que pudieran estar fuera de norma, diseñar procedimientos escritos que contemplen procesos periódicos para controlar la seguridad de las instalaciones operativas, como también para diseñar tareas de

operación segura, registrar la totalidad de los riesgos asumidos y comprobar que la responsabilidad civil objetiva esté cubierta por la contratación de seguros adecuados.

No se puede dejar de señalar, y fuera del plano jurídico al que debe remitir el presente estudio, que deberán también evaluar si los costos corrientes y no corrientes asociados a la puesta en ejecución del plan propuesto pueden ser absorbidos por el actual esquema tarifario a través del compromiso de una gestión eficiente, y de no ser así, considerar las opciones de renegociación del contrato en cuestión con el estado provincial, ya dentro de un marco político y a través de las entidades de segundo orden que las nuclean, para modificar tales condicionamientos.

El análisis de la problemática planteada comenzará a partir de los antecedentes previos al proceso que posteriormente se conocería como de *Modernización del Estado* provincial, cuyo inicio puede corresponderse con la sanción de la ley 7.850 de Reforma del Estado en Noviembre de 1989, espejo de lo planteado a nivel nacional un par de meses antes con la promulgación de las leyes 23.696 de Reforma del Estado y 23.697 de Emergencia Económica. A partir de allí se sientan las bases de la nueva corriente descentralizadora y privatizadora de servicios, y que derivaría once años después en el actual esquema de estado concedente y controlador, con la sanción de las leyes 8.835, 8.836 y 8.837. Es a raíz de ello que las cooperativas eléctricas celebran con el ejecutivo provincial los contratos de concesión que reformulan su rol de acuerdo a la nueva realidad, y cuya ejecución motiva el presente estudio.

El tema se abordará fundamentalmente desde la doctrina y la legislación vigente y las resoluciones de los organismos de control. Respecto de la relación con el estado y el Contrato de Concesión, no existen antecedentes judiciales en la Provincia, más allá de la jurisprudencia de orden federal de la cual habrán de extraerse algunos conceptos sentenciales que puedan aplicarse a la problemática bajo estudio, en especial a la relación de las prestadoras con los usuarios. No obstante, resultará oportuno examinar en particular un fallo reciente en el cual una de las cooperativas ha sido condenada al pago de una indemnización por daños a los deudos de una persona fallecida por electrocución.

Resumiendo, el análisis tiene un tinte eminentemente jurídico, más allá de aspectos administrativos, económicos o de gestión que pudieran surgir. Cabe además aclarar

que las conclusiones en la disciplina del derecho por lo general no resultan categóricas, y tienen un carácter integrador que frente a una realidad determinada se construyen a partir del estudio de un conjunto de normas, doctrina y jurisprudencia aplicables al caso, para derivar en la mejor proposición posible, aunque siempre con un margen de discusión. El caso exige el estudio de la realidad operativa, en su sentido más amplio, de las cooperativas y de su relación con el estado concedente, para contrastarla con los derechos y obligaciones que propone el marco teórico pertinente, y a la luz de los acuerdos celebrados en el contrato de concesión, enumerar los incumplimientos y sus posibles consecuencias jurídicas, como también las alternativas de solución.

CAPÍTULO 1: LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Introducción.

Cabe iniciar el proceso analizando en profundidad las características fundamentales que definen a los servicios públicos en general, para señalar luego las particularidades que presenta el sistema de prestación de la energía eléctrica. Se reseñará brevemente la evolución de la relevancia que les ha correspondido dentro de las funciones del gobierno a lo largo de nuestra historia republicana y como los sucesivos cambios políticos y sociales fueron transformando su modo de gestión.

Seguidamente se postulará la importancia que han cobrado a partir de la reforma constitucional de 1994 y su estrecha relación con los objetivos esenciales del Estado, sin dejar de remarcar los antecedentes que en la materia incorporó en 1987 la Constitución de la Provincia de Córdoba.

Finalmente se señalarán aquellos aspectos más significativos en función del presente estudio y de la problemática a abordar, en especial la naturaleza y el alcance de la actividad controladora del gobierno, que servirán como base para la estructura del andamiaje legal contra el que evaluaremos los derechos y obligaciones contenidas en la concesión que nos ocupa desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

1.1 Breve reseña de su evolución histórica.

En los albores del sistema liberal adoptado por la Constitución Nacional de 1853 y luego ratificado con la incorporación de Buenos Aires en 1860, los servicios públicos no tenían un lugar preponderante entre las funciones del Estado. Si bien la doctrina nacional adoptaba ya en aquel entonces la visión francesa que cimentaba las bases del nuevo Derecho Administrativo, y que promovía a la Administración como responsable de llevarlos adelante en forma directa o a través de concesionarios

fuertemente controlados, la jurisprudencia y la clase política en general adoptaban el sistema estadounidense, más proclive a postular que se trataban de servicios privados de interés público, ejecutados por particulares y usualmente en condiciones monopólicas, que por ello debían o podían merecer un régimen jurídico especial. (Gordillo, 2006).

A mediados del siglo XX se produce una profunda modificación del régimen político imperante hasta entonces, y la conceptualización jurídica y social de los servicios de transporte, energía, agua y telecomunicaciones, cada vez con mayor incidencia en la rutina diaria de los ciudadanos y en el desarrollo de la comunidad, no fueron la excepción, adoptando entonces de modo más marcado la inspiración del modelo constitucional francés ya señalada (Sacristán, 2008). Los nuevos postulados de independencia económica, soberanía política y justicia social, sumados a la poca capacidad que hasta ese momento había demostrado el Estado para controlar el poder monopólico -que en algunos casos más resonantes como los ferrocarriles y las telecomunicaciones, obedecían a capitales extranjeros- plantearon la pauta nacionalizadora del nuevo constitucionalismo social que puede resumirse en el texto de la carta magna federal reformado en 1949 que rezaba *“Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa cuando una ley nacional lo determine”*². Esta reforma nacional habilitaba en la cláusula quinta de sus disposiciones transitorias la modificación de las constituciones provinciales. Es así que la Provincia de Córdoba incorpora el mismo año, y por mandato del poder político dominante, en su ley fundamental la norma *“Los servicios públicos pertenecen originariamente, según su naturaleza o característica, a la Provincia o a las Municipalidades, y no podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. El Estado organizará y controlará su administración.”*³.

Los servicios públicos fueron entonces considerados como factores estratégicos para el desarrollo económico y social, y el Estado debía hacerse cargo de su prestación directa para evitar la distorsión que el interés privado pudiera ocasionar a tales

² Art. 40, párrafo 3º, Constitución de la Nación Argentina de 1949.

³ Art. 43, párrafo 2º, Constitución de la Provincia de Córdoba de 1949.

objetivos. Las empresas prestadoras, ahora estatales, comenzaron a resignar eficiencia en pos de satisfacer las metas políticas que se planteaban desde el gobierno. No obstante, en el sector energético la estrategia fue distinta y apuntó al desarrollo de nuevos emprendimientos en el sector público que potenciaran la explotación de los recursos naturales hasta ese momento desaprovechados (Ghía, 2012).

Si bien ambas reformas fueron dejadas sin efecto por el gobierno de facto en 1955, la corriente nacionalista perduró durante casi cincuenta años, a pesar de la sucesión de gobiernos pertenecientes a distintos proyectos políticos. Pero el aumento de los costos de producción y la falta de inversión fueron deteriorando el nivel de las prestaciones, y provocaron el fracaso en el cumplimiento de aquellas metas de crecimiento y desarrollo que habían justificado adoptar el sistema que ahora entraba en crisis (Ghía, 2012).

1.2 El paradigma actual.

El debate sobre la dimensión del Estado y la deficiencia de las empresas públicas de servicios ya estaba planteado cuando en la segunda mitad de 1989 se sancionan a nivel nacional las leyes 23.696 de Reforma del Estado y 23.697 de Emergencia Económica. Ambas normas en conjunto, más allá de haberse gestado con una vigencia transitoria, postulaban jurídicamente dos pilares fundamentales en materia de servicios públicos: la privatización de las empresas públicas y los organismos prestatarios, y la eliminación de los subsidios del tesoro nacional que distorsionaban el sistema tarifario.

El Estado redefine las funciones que debía cumplir para satisfacer los intereses de la república, volviendo a confiar la prestación de los servicios públicos a operadores particulares a través de concesiones y licencias, sustituyendo la “economía del Estado” por la “economía de mercado” y acentuando la nota del contratista privado colaborando en el logro del bien común. A su vez se da origen de este modo a la necesidad de establecer un ámbito de control adecuado dentro del cual arbitrar las obligaciones y armonizar los intereses del Estado concedente, las empresas concesionarias, y los usuarios (Dromi, 1998).

En la Provincia de Córdoba un camino similar venía siendo allanado desde antes de la reforma nacional. La enmienda de la constitución provincial en 1987 introdujo específicamente para el tema en cuestión la siguiente norma: “*Los servicios públicos corresponden originariamente, según su naturaleza y características a la Provincia o a los Municipios; pueden prestarse directamente, o por medio de cooperativas o sociedades de economía mixta, y por particulares. En el control de su prestación participan los usuarios según lo establecen las leyes u ordenanzas respectivas.*”⁴. En forma resumida expone los mismos principios que luego serán revalidados en el texto nacional. En Noviembre de 1989 se sanciona la ley 7.850 de Reforma del Estado (en cierto modo emulando a la mencionada ley nacional 23.696 sancionada tres meses antes), y a partir de allí se sientan las bases del nuevo paradigma de descentralización y privatización de servicios.

Nuestra Provincia termina por amoldarse a esta realidad de transformación de las funciones del Estado y la prestación de los servicios públicos en el año 2.000, con la sanción de las leyes 8.835 Carta del Ciudadano, 8.836 Modernización del Estado, y 8.837 Incorporación de Capital Privado al Sector Público. En la Carta del Ciudadano se establecen los fundamentos y principios que regirán de ahora en más el funcionamiento del Estado provincial (emulando en cierta manera la Carta del Ciudadano del Reino Unido), se enumeran ampliamente todos los derechos del ciudadano cordobés en su relación con aquel, y en particular se señalan aquellos relacionados con la obtención de servicios públicos eficientes y el vínculo con las empresas prestatarias, además de establecer varias normas afines con procedimientos administrativos y de tratamiento y arbitraje de los derechos del consumidor (Lardone, 2001). También se crea el Ente Regulador de Servicios Públicos (ERSeP) como un ente autárquico que “*tendrá como cometido la regulación de todos los servicios públicos que se presten en el territorio provincial, con excepción de los de carácter nacional y los municipales que no excedan el ámbito de un solo municipio o comuna.*”⁵.

La ley de Modernización del Estado establece -entre otras consideraciones que hacen al modelo propuesto para la reinversión de la función pública- los requisitos, gestión,

⁴ Art. 75, Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987.

⁵ Art. 22, Ley Provincial 8.835 Carta del Ciudadano.

derechos y deberes de los prestadores de los servicios públicos; dispone además cuales son los principios y rubros que deberá incluir el sistema tarifario, y el contenido mínimo de los títulos habilitantes y contratos de concesión. Otra particularidad que es dable contemplar en el trabajo que nos ocupa, es la que señala que “*Los contratos de concesiones de servicios públicos se regirán por sus respectivas disposiciones convencionales y supletoriamente por las normas y principios de la concesión de obra pública*”⁶, y a su vez “*La ley (nacional) N° 17.520 modificada por su similar N° 23.696 será de aplicación supletoria en la Provincia, con las modificaciones introducidas por la presente ley.*”⁷.

1.3 Caracteres de los Servicios Públicos.

Todo este plexo legal tanto nacional como provincial fija y controla los caracteres esenciales que le son atribuibles a cualquiera de los servicios definidos como públicos. Éstos son los de Continuidad, Regularidad, Uniformidad, Generalidad y Obligatoriedad, además de los de Calidad y Eficiencia.

La *Continuidad* está referida a la disponibilidad del servicio cada vez que la necesidad que debe cubrir así lo requiera. No se admitirá la paralización o la no prestación del servicio, excepto las del caso fortuito o fuerza mayor. Los derechos de huelga y lock out patronal se ven restringidos en pos de asegurar la continuidad del servicio, más aún en aquellos que son esenciales (salud, transporte, educación, etc.).

La *Regularidad* indica que la prestación deberá ser acorde con las normas, reglamentos y especificaciones técnicas acordadas por la autoridad de aplicación. Niveles de energía suministrada o los horarios y cantidad de servicios en materia de transporte hacen a la regularidad del servicio prestado.

La *Uniformidad* asegura a todos los usuarios recibir el mismo servicio en igualdad de condiciones, sin depender de la zona o a quién se deba prestar, ni ningún tipo de discriminación.

⁶ Art. 71, Ley Provincial 8.836 Modernización del Estado.

⁷ Art. 69, Ley Provincial 8.836 Modernización del Estado.

La *Generalidad* significa, al decir de Dromi, “que el servicio se establece para satisfacción de una necesidad general o colectiva” (Dromi 1998, pág. 537). El servicio debe prestarse para todos los habitantes sin exclusión alguna.

La *Obligatoriedad* forma parte de la carga pública que la prestataria asume al ser concesionaria del servicio, y es la contraparte del derecho del usuario a hacer uso del mismo, que debe ser garantido por el Estado.

Finalmente, *Calidad* y *Eficiencia*, referidos expresamente en el art. 42 de la Constitución Nacional, exigen a la prestataria brindar el servicio no solo en las condiciones definidas por el ente de contralor respectivo, sino también teniendo en cuenta la manera apropiada de cumplir con el fin último de la prestación -que no es otra cosa que la satisfacción de la necesidad del usuario y el bien común- a la vez de imponer la administración de los recursos disponibles de la mejor manera para cumplir con el objetivo propuesto.

1.4 Regulación y Control.

Al decir de María Verónica Tarzia, el carácter programático del art. 42 de la Constitución Nacional aludido durante las sesiones de la Convención Nacional Constituyente de la última reforma -que se emparenta además con otras cláusulas constitucionales ya existentes desde el principio y que en conjunto asignan contenido al mandato regulador de la nueva norma- no significa en modo alguno falta de obligatoriedad, sino que confiere a la actividad legislativa y administrativa la posibilidad de adecuarse a las circunstancias de cada momento histórico, y cita como ejemplo que la enmienda no introdujo concepto alguno sobre quien debía ejercer la prestación de los servicios públicos⁸. Sostiene la autora además que los derechos y garantías previstos en este artículo “fueron percibidos como instrumentos idóneos para solucionar las *fallas de mercado* que los sectores liberales reconocen” (Tarzia, 2016).

⁸ Tarzia alude específicamente a los incisos 18 y 19 del art. 75 que otorgan un rol importante al Congreso Nacional en la promoción del progreso socioeconómico del país y el desarrollo humano, y que le asignan contenido al mandato regulador del art. 42.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que en modo alguno se puede inferir que la Constitución Nacional después de la reforma determine el tipo de ente -estatal o privado- que deba prestar los servicios públicos ni la necesidad de condiciones monopólicas para ello, ya que “el constituyente de 1994 ha contemplado los servicios públicos poniendo el acento en el interés y en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, tal como resulta de manera elocuente, por lo demás, del primer párrafo del citado art. 42; y ha dejado librado al criterio del legislador –siempre que se asegure la calidad y eficiencia del servicio bajo un marco regulatorio adecuado y con organismos de control pertinentes- determinar la naturaleza de la persona o personas –estatal, pública, mixta o privada- que tendrán a su cargo la prestación del servicio y las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo”⁹.

Los mercados perfectos son muy escasos o prácticamente se podría decir que no existen. La distorsión más común que presentan es la de los monopolios, que en algunos casos surgen inevitables, como cuando el Estado promueve monopolios legales y monopolios naturales¹⁰. Como recién se ha señalado, éstos han sido previstos en el texto constitucional, de modo tal que la protección de consumidores y usuarios de bienes y derechos; la obligación de las autoridades a proveer a la calidad y eficiencia de los servicios públicos, a controlar los monopolios naturales y legales, y establecer los marcos regulatorios adecuados; y la confirmación que ofrece a la acción de amparo como herramienta rápida y expedita para la protección de estos nuevos derechos y garantías¹¹, terminan por configurar en forma definitiva las características a las que estarán sujetas y deberán observar las prestatarias –de naturaleza estatal o privada- para el desempeño de sus funciones. Esta intensa regulación administrativa que restringe en particular la libertad de industria para estos casos tiene por objeto corregir la ausencia de mercado (Sacristán, 2008).

⁹ C.S.J.N., “NSS S.A. c/ GCBA s/ proceso de conocimiento”, Fallos 337:858 (2014).

¹⁰ Sacristán expone que más allá de los monopolios que nacen como defectos o vicios de la competencia, a los cuales se debe combatir, existen situaciones donde el Estado concede exclusividades de mercado temporarias para asegurar el recupero de las inversiones realizadas por un particular (monopolios legales), o cuando por razones de eficiencia se prescinde de la competencia ya que resulta antieconómico que hubiere más de una empresa prestando el mismo servicio (monopolios naturales).

¹¹ Arts. 42 y 43 de la Constitución de la Nación Argentina.

En línea con lo argumentado, y en el mismo fallo citado más arriba, la Corte confirma “que al respecto no puede dejar de considerarse que la Constitución Nacional, con el objeto de la protección de los derechos de consumidores y usuarios, impone a las autoridades el deber de proveer a la calidad y eficiencia de los servicios públicos y dispone que la legislación establecerá los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”¹².

En función de lo expuesto, se infiere que la regulación de los servicios públicos nacionales han de establecerse por ley, y que el legislador nacional deberá también definir los organismos de control que serán los encargados de observar los niveles de calidad y eficiencia de los servicios en orden a la protección de los derechos de usuarios y consumidores, que se presumen la parte más débil en su relación con las diferentes prestadoras. En este punto la doctrina ha iniciado un interesante debate para discutir si los actuales entes reguladores creados por los marcos regulatorios de los diferentes servicios definidos como públicos cumplen con el mandato constitucional del artículo 42. Quienes expresan que estos organismos son inadecuados para ejecutar convenientemente las funciones específicas de control establecidas por la norma, sostienen que tales facultades son atribuidas sobre competencias delegadas por las Provincias al Estado Nacional, y por tanto son de carácter federal; es por ello que el citado precepto establece –según esta postura– que la legislación deberá proveer a la participación de las provincias interesadas en tales organismos. Concurrentemente también las asociaciones de usuarios y consumidores son investidos con el derecho de controlar la calidad y eficiencia de la prestación, porque esencialmente un servicio resultará de orden e interés público cuando su finalidad sea la de contribuir al desarrollo de la vida digna de todos los ciudadanos –y en especial los más postergados–, destinatarios singulares del estado social de derecho adoptado definitivamente por la ley suprema después de la última reforma. Concluye que el depositario de la responsabilidad material de llevar adelante el servicio público es el Poder Ejecutivo, y ya sea que lo haga en forma directa o indirecta, es parte de la relación a la cual se debe controlar. De este modo pueden interpretarse las afirmaciones de la Corte Suprema en las palabras recién vistas. Ahora bien, los entes

¹² C.S.J.N., “NSS S.A. c/ GCBA s/ proceso de conocimiento”, Fallos 337:858 (2014).

reguladores han sido conformados de manera tal que, si bien autárquicos, son quienes imparten las regulaciones y especificaciones técnicas que deberán materializar las políticas públicas establecidas por la Administración, y que por consiguiente deberán ser acordes a la calidad y eficiencia esperadas. En consecuencia, se encuentran bajo la tutela administrativa del Poder Ejecutivo, y por tanto carecen de la necesaria autonomía funcional, de organización y de gestión, para llevar adelante el control adecuado; dependen y son parte de la administración a la cual también se debe controlar (Pérez Hualde, 2017).

En el ámbito de la Provincia de Córdoba, la Constitución reformada en 1987 referencia en el art. 75 el control de los usuarios en la prestación de los servicios públicos en forma ambigua, remitiendo a sus leyes regulatorias. No obstante se debe tener presente que la función ejecutiva del Estado provincial –que incluye a los servicios públicos– queda sujeta al control judicial establecido en el art. 178, con el único requisito de haber agotado la vía del reclamo administrativo.

Con la sanción de la ley 8.835 Carta del Ciudadano se crea el Ente Regulador de Servicios Públicos (ERSeP) y se definen su jurisdicción, alcance, composición y competencias. El organismo es creado “*en el ámbito del Poder Ejecutivo provincial [...] tendrá carácter de organismo autárquico [...] y capacidad para actuar pública y privadamente*”¹³. Está dirigido por seis directores nombrados por el Poder Ejecutivo, dos de ellos a propuesta de los partidos políticos de oposición y uno a propuesta de las asociaciones de usuario¹⁴; los cargos de presidente y vicepresidente deberán ser elegidos anualmente “*entre los miembros representantes del Poder Ejecutivo*”¹⁵; y “*los miembros del Directorio serán removidos de sus cargos por el Poder Ejecutivo, previo sumario sustanciado por la Fiscalía de Estado*” por incumplimiento grave de sus deberes, por condena por delitos dolosos o incompatibilidad sobreviniente¹⁶.

Por su parte, la ley 8.836 de Modernización del Estado, en su Capítulo 6 destinado a formular las políticas atinentes a los servicios públicos, establece que “*los servicios públicos podrán ser prestados directamente por organismos provinciales, municipales o por prestadores privados que hayan sido habilitados por la Autoridad*

¹³ Art. 21 de la Ley Provincial 8.835.

¹⁴ Art. 26 de la Ley Provincial 8.835.

¹⁵ Art. 27 de la Ley Provincial 8.835.

¹⁶ Art. 29 de la Ley Provincial 8.835.

de Aplicación para operarlos mediante concesión, licencia, permiso o autorización. [...] Los prestadores públicos y privados estarán sometidos al contralor del ERSEP”¹⁷.

Como ente regulador, el ERSeP tiene a su cargo el dictado de la normativa ordenatoria de los servicios, que en el caso de la energía eléctrica tiene por objeto instrumentar el marco regulatorio definido en el Capítulo 1 del Título III de la ley 8.837 y en su Decreto Reglamentario 797/01. Además ejerce “*el control y aplicación de sanciones, la solución de conflictos entre las partes del sistema, el estímulo de la calidad y eficiencia de los prestadores y la aplicación de los incentivos relativos a la actividad regulada, de conformidad con las políticas sectoriales*”¹⁸. Entre sus competencias más relevantes para el presente trabajo debemos citar el control del cumplimiento de las obligaciones y nivel de prestación de servicios por parte de las concesionarias, y aprobar las modificaciones, revisiones y ajustes de los cuadros tarifarios y precios de los servicios¹⁹.

Al respecto de precios y cuadro tarifarios, ya el primer intento de reforma del Estado Provincial de la ley 7.850 definía tres pilares para su control: “*el precio, tarifa o peajes de los servicios y funciones dados en concesión serán fijados en condiciones de razonabilidad, sobre la base de: el interés del usuario, la naturaleza de la prestación y el beneficio del concesionario*”²⁰. Luego este concepto será confirmado y desarrollado con mayor detalle en la citada ley 8.836 estableciendo que el sistema tarifario estará basado en los principios de eficiencia económica, suficiencia financiera, igualdad, transparencia, y simplicidad²¹. Este tema particular será abordado con más detalle más adelante.

1.5 Régimen Nacional de la Energía Eléctrica.

En virtud de la instrumentación de esta nueva concepción del quehacer estatal, que entre otros objetivos promovía el funcionamiento eficiente de los servicios públicos a

¹⁷ Art. 46 de la Ley Provincial 8.836.

¹⁸ Art. 24 de la Ley Provincial 8.835.

¹⁹ Art. 25 de la Ley Provincial 8.835.

²⁰ Art. 27 de la Ley Provincial 7.850.

²¹ Art. 50 de la Ley Provincial 8.836.

través de la incorporación de capital privado de riesgo, se va dando forma a la transformación del sector eléctrico. En Noviembre de 1989 se suscribe entre el gobierno nacional y veinte provincias –entre ellas Córdoba– el Pacto Federal Eléctrico, cuyos aspectos más relevantes son la conceptualización del servicio público de electricidad y de las etapas que lo componen, el acuerdo de los ámbitos de competencia de los estados nacional y provinciales, y la postulación de los principios que deberán regir en la definición de los precios tarifarios (Barreiro, 2002).

Posteriormente, con el dictado del Decreto 634/91 y la sanción de la Ley Nacional 24.065, que conjuntamente con la Ley Nacional 15.336 vienen a conformar el Régimen de la Energía Eléctrica, se establecen los principios básicos definitivos y el marco regulatorio nacional necesario para la reconversión y desarrollo de las actividades involucradas, definidas entonces como de *generación, transporte y distribución*. Los contenidos fundamentales de la transformación apuntan a liberar al mercado cada uno de tales segmentos según sus posibilidades, favorecer la convergencia de intereses objetivos entre productores y consumidores, rescatar el valor del precio como índice de eficiencia, y establecer un sistema de regulación de aquellas actividades monopólicas residuales que vinculen la oferta y la demanda de electricidad (Barreiro, 2002).

Cabe destacar que hasta aquí la reglamentación descripta resulta aplicable al ámbito de competencia nacional. Pero las definiciones que contienen tanto en lo referente a la modernización del Estado y la valorización de los servicios públicos en orden a su calidad y eficiencia, como las que configuran el servicio eléctrico, son independientes del entorno de aplicación, y en consecuencia terminan siendo el modelo a seguir por las provincias en sus respectivas jurisdicciones. De hecho el art. 98 de la Ley 24.065 –Régimen de la Energía Eléctrica– invita a éstas a “*adherir al régimen de la presente ley*”, buscando fortalecer de este modo el esquema de distribución de competencias y la homogeneidad del servicio, comprometido como ya se viera desde la firma del Pacto Federal Eléctrico.

1.6 El Servicio Público de Electricidad en la Provincia de Córdoba.

El Capítulo 1 del Título III de la ley 8.837 de Incorporación de Capital Privado al Sector Público define en quince artículos la estructura del mercado provincial de la energía eléctrica y su marco regulatorio. Ratifica la jurisdicción del gobierno provincial “*sobre los servicios de transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica en todo el territorio provincial, los que se regirán por las normas de la presente ley y la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo, sin perjuicio de las atribuciones de la Nación en la materia*”²², en un todo de acuerdo con el Pacto Federal Eléctrico mencionado supra. Es necesario notar que se integra en el ámbito provincial la actividad de la *comercialización* –junto a los de *transporte* y *distribución*– en un modo más categórico y separado de las restantes que en su par nacional, donde se la relaciona en modo estrecho y prácticamente se la confunde con la distribución.

Define que “*la distribución y el transporte de energía eléctrica, incluyendo su transformación, destinados a atender las necesidades de los usuarios, constituyen servicio público*”²³, y que el Estado Provincial será el encargado de otorgar los títulos habilitantes a las empresas prestadoras, según los requisitos y condiciones de la ley y su reglamentación. Confirma a su vez que la *generación* de electricidad es una actividad considerada de interés general, desregulada, y sujeta al régimen nacional, aunque en aquellos casos que esté “*vinculada con la distribución a localidades eléctricamente aisladas, será considerada como servicio público, a los fines de la aplicación del presente marco regulatorio*”²⁴.

Estipula que las empresas prestatarias deberán estar constituidas en el País como sociedades anónimas o cooperativas de usuarios, con domicilio en el territorio provincial. Incorpora a las Cooperativas que ya estaban prestando el servicio eléctrico como actores preferentes en la distribución, proponiendo otorgar concesiones por un tiempo no menor a los diez años, a la vez de asignarles el título único que comprende también la comercialización hasta tanto el Poder Ejecutivo establezca la

²² Art. 25 de la Ley Provincial 8.837.

²³ Art. 26 de la Ley Provincial 8.837.

²⁴ Art. 27 de la Ley Provincial 8.837 *in fine*.

desregulación definitiva de este segmento²⁵. No obstante, reserva el derecho del PE para cancelar la autorización de aquellas cooperativas que no se adecuen en tiempo y forma a la nueva reglamentación, pudiendo ser absorbidas o reemplazadas por cooperativas vecinas.

Cabe señalar que estas disposiciones referentes a las cooperativas existentes en el interior provincial fueron reglamentadas en el marco de la negociación entre el gobierno y las federaciones FACE y FECECOR, quienes habían presentado una serie de reclamos respecto de la nueva legislación (Lardone, 2001). Del convenio resultante las federaciones puntualizaron haber acordado que las nuevas concesiones para todas las cooperativas que ya estuvieran prestando servicios tendrían una vigencia de 35 años, un período de adecuación tarifaria de 4 años, mantener la propiedad de las instalaciones afectadas, y haber establecido la necesidad de fijar tarifas rurales y calidad específicas²⁶.

Conclusiones Parciales.

La primera conclusión a la que el presente trabajo ha de arribar es la de sostener que el Servicio Público, en palabras de Pérez Hualde, *“es una institución jurídico-político-económico-social que contiene sus propios principios y un régimen de naturaleza específica, [... que] tiene profundas raíces en el orden justo y equitativo que se propone la Constitución Nacional; concretamente, en la justicia social prevista en el art. 75 inc. 19”*, y agrega que en la fórmula “equitativa y solidaria” impuesta también por la ley suprema, este instituto se inscribe antes en la obligación de equidad que en la virtud de solidaridad, sin negar que ambas están comprometidas en el cumplimiento de su finalidad (Pérez Hualde, 2017).

Ya se ha visto que la Corte Suprema ratifica que la Constitución impone a las autoridades el deber de proveer a la calidad y eficiencia de las prestaciones, a la vez que deposita en el legislador la responsabilidad de establecer las condiciones bajo las

²⁵ Art. 30 de la Ley Provincial 8.837.

²⁶ Nota enviada por las federaciones a sus afiliadas el 10/05/2001 con motivo de la rúbrica del Convenio de Adecuación y Transformación del Sector Eléctrico Cooperativo de la Provincia de Córdoba entre el Poder Ejecutivo y las federaciones FACE y FECECOR.

cuales se deberán desarrollar los servicios públicos, siempre que se asegure un marco regulatorio y organismos de control adecuados.

Respecto de estos últimos, se ha citado a parte de la doctrina que pone énfasis en que tales entidades supervisoras debieran ser totalmente independientes de todos quienes tienen la responsabilidad de cumplir con las pautas que ordena la ley fundamental, incluyendo al Poder Ejecutivo Nacional.

En la Provincia de Córdoba, ámbito en el que se desenvuelve el objeto de este estudio, la diferenciación entre control y regulación no resulta tan clara, y deriva en un sistema donde la vigilancia tiene por único sentido que las empresas prestatarias no tomen ventaja de su situación monopólica, a la vez de asegurar el cumplimiento de las directivas políticas del gobierno y las especificaciones técnicas del marco regulatorio. Frente a posibles situaciones de conflicto entre usuarios o prestadores y el poder administrador, y que puedan estar relacionadas con el mandato constitucional referido a la finalidad de los servicios públicos que se resumen en la calidad y eficiencia, solo existe la posibilidad de dirimirla en la justicia contencioso administrativa.

Este corolario asume una importancia singular para el sistema cooperativo en el momento de analizar el precio de la concesión. La ley de Modernización del Estado establece que, sin perjuicio de los principios de igualdad, transparencia y simplicidad que deberá guardar el sistema tarifario en beneficio de los usuarios, y asegurando la atención de la demanda de servicios, el importe cobrado por la prestación deberá posibilitar a las concesionarias la recuperación de sus costos operativos y financieros y asegurar una utilidad razonable, dentro del marco de una gestión eficiente.

Las distintas coyunturas políticas y crisis económicas que en nuestro país se han venido sucediendo en todo el período de tiempo que cubre este trabajo, cuanto menos han forzado al gobierno provincial a adoptar ulteriores disposiciones cuyas prioridades se centraban en morigerar el impacto político y social de los aumentos tarifarios a los cuales obligaban las circunstancias descriptas, autorizando incrementos de precios menores a los solicitados por las prestadoras.

En este contexto, las cooperativas se vieron exigidas una y otra vez a rever la ecuación económica de la prestación, resignando en múltiples casos el cumplimiento de metas y objetivos estrechamente vinculados con las obligaciones asumidas ante la concedente, y por lo tanto exponiéndose a un eventual crecimiento del riesgo operativo de carácter subjetivo que difícilmente pudiera ser cubierto por contrato de seguro alguno.

En el actual marco legal y doctrinario en el que se desenvuelven las concesiones de los servicios públicos y que se analizara precedentemente, y sin perjuicio de la existencia o no de responsabilidad concurrente del Estado concedente ante los perjuicios que pudiera sufrir un tercero en ocasión de la prestación del servicio concesionado –tema por demás interesante aunque fuera de este estudio–, la concesionaria es la responsable primaria y directa de su accionar en ocasión del cumplimiento del contrato. La discutible insuficiencia tarifaria regulada por el Estado y la supuesta imposibilidad de cumplir por ello la totalidad de la normativa vigente no obstan para interrumpir el nexo causal de la prestataria en la producción del daño, si tal situación no fuera denunciada previamente ante los organismos de control. La necesaria buena fe en la ejecución de los contratos, y su cualificación técnica y experimentada que presume la concesión asignada, obligan al concesionario a advertir convenientemente al Estado sobre la irregularidad que plantea su ejercicio regulador; la falta de ejercicio de esa facultad solo es atribuible a su propia conducta discrecional, y lo compromete de forma absoluta en la reparación del daño (Pérez Hualde, 2017).

En el caso que nos ocupa, este trance continúa hasta hoy, y compromete aspectos esenciales del servicio, que los actores deberán abordar en toda su magnitud económica y legal. Para ello, no solo habrán de examinarse las posibilidades y oportunidades que para esa empresa brinda el marco regulatorio normativo, sino también se deberán contextualizar las características del contrato de concesión bajo estudio, cuestión que se abordará más adelante.

CAPÍTULO 2: EL SISTEMA COOPERATIVO.

Introducción.

Las asociaciones cooperativas, al igual que las mutuales, han venido sosteniendo un impulso progresivo, en parte por el apoyo de algunos gobiernos más proclives al protagonismo colectivo, o aun en circunstancias políticas desfavorables por la relevancia que les es propia en el desarrollo social, como complemento de la iniciativa privada clásica y capitalista, sobre todo en las áreas que comprometen el interés público, como es la de los servicios. En Córdoba, y a partir de la reforma de su carta magna en 1987, las cooperativas adquieren relevancia constitucional a través del artículo 36. El cumplimiento estricto de la Ley 20.337 de Cooperativas como el de las normas y regulaciones que emanan del INAES no solo les dan solidez jurídica, sino que también fortalecen su competitividad y referencia social. Éste es uno de los aspectos que merecen ser cubiertos en el informe.

Habremos de considerar algunos problemas actuales que debe enfrentar el derecho cooperativo, como el debate doctrinal acerca del carácter público o privado de las cooperativas concesionadas para prestar un servicio público; y cuál es el alcance de la ley de defensa del consumidor para regular su accionar.

2.1 ¿Qué es una Cooperativa?

De acuerdo con la definición aprobada por la Alianza Cooperativa Internacional, una cooperativa es una asociación autónoma de personas unidas voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones comunes en materia económica, social y cultural mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática. Sostiene en forma incuestionable un orden de valores tales como ayuda mutua, responsabilidad, democracia, igualdad, equidad, y solidaridad, y se desarrolla en base a principios como los de la adhesión abierta y voluntaria, el control democrático, y la

participación económica de sus miembros, promoviendo además una organización autónoma e independiente, comprometida socialmente con la comunidad y fomentando su desarrollo sostenible.

El cooperativismo nació, podría decirse en forma oficial y sin voluntad de negar intentos previos para la génesis de este tipo empresario, en la localidad inglesa de Rochdale en 1844, en un contexto de crisis provocada por la revolución industrial que fuera sostenida a su vez por un sistema capitalista que privilegiaba la ganancia como fin principal y motor del crecimiento personal. Un grupo de tejedores desocupados, sufrientes de los vaivenes económicos del mercado e imbuidos por la doctrina socialista, impulsaron una nueva forma asociativa bajo las consignas de la solidaridad y el bienestar común, cuyo objetivo se orientaba a forjar una distribución equitativa de los beneficios del trabajo frente al modelo de lucro y explotación exacerbada que parecía imperar globalmente. El experimento no tarda en arrojar resultados positivos y se disemina velozmente en toda Europa.

Nuestro país comienza a transitar por esta experiencia a finales del siglo XIX y de la mano de los primeros inmigrantes transoceánicos. La Sociedad Cooperativa de Seguros Agrícolas de Pigüé en 1898, y más tarde El Hogar Obrero en 1905, fueron las primeras expresiones de este movimiento. Rápidamente este modelo asociativo se configuró como la herramienta idónea para formular una respuesta auto gestionada por los habitantes de zonas rurales de todo el territorio nacional –lejanas también de las políticas del Estado y el interés de las empresas privadas– para la atención de necesidades básicas para el desarrollo de sus comunidades, fundamentalmente en el campo de la electricidad y la comercialización del producto de las economías regionales.

Tal se adelantara en el capítulo uno, el siglo XX sorprende a nuestro país con servicios -públicos, o privados de interés general, según la denominación de entonces- a cargo de prestatarias privadas y con un distendido cuando no deficiente control estatal. Las primeras cooperativas de servicios comienzan a surgir entonces en algunos casos como respuesta a los excesos de los concesionarios privados y que el gobierno no corregía, o directamente por la ausencia del interés de ambos para llevar adelante las prestaciones en zonas no redituables (Cracogna 1992).

Las cooperativas ponen su foco en desarrollar un servicio eficiente y adecuado a las necesidades de sus asociados. Éstos, en su doble rol de usuario y propietario, participan activamente en el control de la administración y en la formulación de los objetivos sociales. Ello contrasta en forma significativa con el modelo de las empresas tradicionales, cuyo interés principal -más allá de aceptar que deberá estar conformado por la responsabilidad social y la disposición de aportar al desarrollo de la comunidad- es el lucro, y para las cuales el usuario se confunde y fusiona con el mercado.

En tal sentido, uno de los aspectos esenciales de una cooperativa es la restricción para obtener rédito económico alguno de su actividad; cualquier tipo de excedente entre los costos del servicio prestado y lo abonado por los socios deberá ser devuelto a éstos en proporción a su consumo individual. Esta característica sirve para que la doctrina que estudia el derecho cooperativo en nuestro país sostenga enfáticamente la singularidad de la naturaleza jurídica de estas organizaciones, diferente de las asociaciones y de las sociedades civiles y comerciales (Cuesta, 1981).

2.2 El marco legal.

La cooperativa es una persona jurídica privada, y como tal se encuentra regulada en general en el Título II de la Parte General del Código Civil y Comercial de la Nación. Allí se definen en forma genérica y supletoria sus atributos, efectos de la personalidad jurídica, funcionamiento, y los modos de disolución y liquidación. Cabe remarcar la norma que obliga a las personas físicas responsables de la administración de estas organizaciones intermedias –y entre ellas por supuesto las cooperativas– obrar con la debida “lealtad y diligencia”²⁷, cuestión no menor que no ha tenido suficiente énfasis en la legislación especial.

²⁷ Art. 159 del CCCN: “Deber de lealtad y diligencia. Interés contrario. Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia.

No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieren por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación.

Las disposiciones particulares que rigen a estas entidades solidarias están regidas de manera especial por la Ley Nacional 20.337. Sin entrar en mayores detalles sobre el plexo legal sancionado en Mayo de 1973, y que ha tenido muy pocas reformas, se pueden destacar la definición de sus caracteres jurídicos; de los requisitos y reglas propias para su funcionamiento, capitalización y constitución; de los contenidos de sus estatutos; de la conformación y atribuciones de los órganos de gobierno, administración y fiscalización; y de las prohibiciones específicas (no pueden transformarse en sociedades comerciales o asociaciones civiles, cuestión que a su vez avala a quienes manifiestan que las cooperativas tienen una naturaleza jurídica particular).

También establece el organismo que actúa como autoridad de aplicación, y sus atribuciones y competencia. Actualmente es el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES), que depende del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. De esta manera las cooperativas, junto a las mutuales, se diferencian una vez más de las asociaciones intermedias y sociedades comerciales, saliendo del ámbito de control de la Inspección General de Justicia para ser directamente fiscalizadas y controladas por la entidad mencionada en primer término. Desde hace más de diez años, el INAES ha sostenido una política de promoción constante de estas asociaciones vinculadas con la economía social, que más allá de ser una de las funciones que la ley 20.337 le asigna, ha sido una de las banderas del signo político que condujo el país hasta el año 2015, y se espera sea continuada por la actual gestión.

2.3 Las Cooperativas de servicios públicos.

Dromi postula que una cooperativa concesionada para prestar un servicio público se convierte por ello en una cooperativa pública, y por lo tanto queda comprendida dentro del ámbito de las personas públicas, sometida a un régimen especial de derecho público, y tiene concedidas potestades o facultades de poder público inherentes a su competencia prestacional, para lo cual ejercen función administrativa.

Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica”.

Colaboran supletoriamente en la realización de los fines del Estado, y en consecuencia el acto cooperativo emanado de una cooperativa pública debe reunir los requisitos y elementos que para el acto administrativo exige la ley de procedimientos administrativos (Dromi, 1998).

Contra esta postura -también compartida por Gordillo, quien las denomina entidades públicas no estatales- se pronuncian algunos autores afines al derecho cooperativo. Sostienen que la ley 20.337 y la ley de sociedades 19.550, normas especial y supletoria que rigen el funcionamiento y control de las cooperativas, son cuerpos legales de fondo que convierten a estas entidades en sujetos de derecho privado, aún cuando presten un servicio público mediante concesión. Ninguna empresa privada, societaria o personal, bajo esta circunstancia se convierte en sujeto de derecho público, y las cooperativas no tienen porque ser la excepción. Esto no menoscaba de forma alguna su sujeción a las normas del derecho administrativo que les cabe en función de las facultades y obligaciones que derivan del contrato de concesión (Cracogna, 1992).

El Código Civil y Comercial parece avalar esta interpretación; la nueva normativa incorpora en el art. 147 como personas jurídicas privadas a cooperativas y mutuales, que si bien eran consideradas como tales por la doctrina mayoritaria, no eran mencionadas expresamente en el art. 33 CC. En consecuencia, quedan excluidas de *“las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter”*, a las que hace referencia la última parte del inciso a) del art. 146. Según los *“Fundamentos del Anteproyecto”* del CCyC, esta definición sirve para contemplar a las empresas del Estado y también a las denominadas personas jurídicas públicas no estatales, regidas por leyes especiales, como los partidos políticos, las asociaciones sindicales y diversas entidades profesionales (Boretto, 2015).

2.4 La sujeción a la ley de Defensa al Consumidor.

Existe una controversia planteada desde las cooperativas acerca del alcance que la ley de defensa del consumidor tiene sobre las operaciones que aquellas llevan adelante con sus asociados.

En un documento que las federaciones FECESCOR y FACE Córdoba enviaran en setiembre de 2017 al Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES), órgano fiscalizador de cooperativas y mutuales en nuestro país, solicitando al órgano de aplicación definido por la ley 20.337 se expida sobre el asunto, el sector cooperativo provincial de servicios públicos propone la existencia de un diferenciamiento marcado entre un socio de una cooperativa que utiliza los servicios brindado por ella, y el consumidor al que hace referencia el Art. 1 de la ley 24.240.

Sostienen, resumidamente, que la relación de consumo en el marco de un sistema económico con fines de lucro expone al consumidor a un vínculo desigual con el proveedor, comúnmente la parte más fuerte, que exige normas de amparo y protección. Esta contraposición de intereses que caracteriza a la relación consumidor-proveedor, no tiene lugar cuando los usuarios del servicio se organizan en una cooperativa, toda vez que los asociados reúnen simultáneamente la condición de dueños y clientes de la prestataria, y el vínculo que se establece de este modo no puede ser analizado como una relación de consumo, sino como el acto cooperativo al que hace referencia la ley 20.337.

En línea con lo expuesto, Cracogna explica que el Acto Cooperativo, instituido por el Art. 4º de la Ley 20.337²⁸, constituye una forma particular de actuación que las cooperativas llevan a cabo para el cumplimiento de su objeto social, que no es otro que la prestación de servicios a sus asociados. Su naturaleza excluye toda actividad lucrativa, y los socios –a través de los órganos institucionales previstos en la ley especial- son los que deciden democráticamente (un asociado, un voto) como ha de proceder la cooperativa en sus actividades. Así, el vínculo contractual entre la cooperativa y el asociado queda subsumido en dicho acto cooperativo como vehículo de expresión del interés común, y en alguna forma diferente a lo que sucede en la

²⁸ Art. 4º Ley 20.337: Son actos cooperativos los realizados entre las cooperativas y sus asociados y por aquéllas entre sí en el cumplimiento del objeto social y la consecución de los fines institucionales.

actividad comercial corriente, donde los intereses entre proveedor y consumidor compiten entre sí. En virtud de ello, desaparece el presupuesto básico que motiva la defensa del consumidor y que consiste en la protección de éste ante los excesos en los que puede incurrir el proveedor en búsqueda de mayor beneficio, lucro o ganancia (Cracogna, 2013).

El mencionado documento aporta además jurisprudencia específica que apoya esta posición. En particular, menciona el fallo dictado en apelación por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I Circunscripción Judicial de la Provincia de Neuquén, posteriormente confirmado por el TSJ, en autos “ACUDEN c/ CALF s/ D. y P. Res. Contractual Particulares” (Exp. N° 473646/2013), que en el considerando III del voto unánime expone que *“el asociado a una cooperativa es ya un sujeto protegido por la propia organización que conforma, dado que los asociados, a la vez usuarios de los servicios de la cooperativa, se organizan y se prestan a sí mismos dichos servicios, siendo ellos dueños y gestores de las cooperativas [...] precisamente esta circunstancia es la que da lugar en el campo jurídico a la teoría del acto cooperativo entendido como la relación que tiene lugar entre la cooperativa y sus asociados con motivo de la realización de su objeto social”*. Más adelante contradice la conclusión de Cracogna respecto de la inaplicabilidad de la Ley 24.440, al decir que *“nada impide que el asociado de la cooperativa obtenga una doble protección, la brindada por su calidad de asociado del ente cooperativo y la proveniente del régimen general de protección para consumidores, en tanto estas últimas sean compatibles con las primeras”* pero reafirma la vigencia de la normativa cooperativa concluyendo que *“se trata de integrar ambos regímenes jurídicos, en pos de una protección plena del asociado de la cooperativa pero sin convertir al acto cooperativo en un relación de consumo”* y que *“los actos jurídicos de interrelación entre el asociado y la cooperativa deben ser analizados como actos cooperativos, a la luz de su legislación específica”*.

El veredicto referido apela a la integración de otros tres fallos relevantes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentencia del 24/11/2009 de la causa “Lago Castro c/ Cooperativa Nueva Salvia” (Fallos 332:2614), señala que no puede resolverse la cuestión entre la cooperativa (en ese caso de trabajo) y el asociado sin tener en cuenta *“los caracteres y conceptos de esas entidades, fundadas en el esfuerzo*

propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios, sus particulares formas de constitución, [...] el régimen de gobierno, de administración y de representación del ente y la fiscalización pública a la que éste se encuentra sometido”.

Antes de eso, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en autos “Cooperativa Limitada de Servicios Eléctricos de Pehuajó c/ Municipalidad de Pehuajó”, se pronunció en el mismo sentido al destacar que *“la cooperativa como concesionaria de servicios públicos se distingue de otros concesionarios en base a una peculiaridad de este tipo de entidades que es el tipo de actos que realiza: actos cooperativos [...] Cuando la concesionaria del servicio público es una cooperativa las normas de Derecho común deben ser interpretadas y aplicadas en armonía con las del régimen de la Ley 20.337 y los estatutos de la cooperativa, habida cuenta que el acto cooperativo impregna a tales actividades de un valor especial en función de los fines en los que campea: la solidaridad, el bien común y la ausencia de lucro”.*

Finalmente se apoya también en el decisorio de la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de fecha 16/06/2011 en la causa “Colina c/ Servicios Especiales Coop. de Cred., Viv. y Cons.”, que se inclina por la primacía normativa de la Ley de Cooperativas por sobre las disposiciones de la Ley 24.240, al decir que *“la actividad cooperativa no es susceptible de integrarse al campo de la actividad económica lucrativa con predominio capitalista sino que opera conforme con principios de solidaridad y de servicio que delimitan un ámbito económico diferente [...] Uno de los efectos que trae la calificación de cooperativo de un acto, es su indivisibilidad o irreparabilidad de la propia relación entre la cooperativa y sus asociados, de tal manera que las reglas del derecho común, correspondientes a su naturaleza sustancial deben ser aplicadas en armonía con el régimen de la ley 20.337 y con las normas estatutarias de la entidad”.*

En respuesta al requerimiento citado, el INAES, en su dictamen jurídico IF-2017-28681016-APN-GRYL#INAES de fecha 16/11/2017, responde en el punto 4 que *“la aplicación de la normativa de defensa de los derechos del consumidor no es [...] aplicable al caso particular de los usuarios de los servicios brindados por una cooperativa que revisten la calidad de asociados a ésta”.* Agrega sin embargo que las cooperativas concesionarias de servicios públicos *“se encuentran sometidas a la legislación específica que establece las modalidades, formalidades y requisitos que*

debe cumplir toda prestadora de este tipo de servicios, y garantizar la regularidad y la continuidad de éstos, independientemente de la forma jurídica que reviste”.

2.5 Las Cooperativas en Córdoba y la garantía constitucional.

El cooperativismo ha sido un factor indiscutible en el desarrollo de nuestra Provincia, sobre todo del interior. Prácticamente no existe poblado fuera de la capital cordobesa que no tenga una cooperativa local, o que sus habitantes no gocen de la influencia o no estén asociados a una cooperativa constituida en una localidad vecina. Los servicios principales que brindan son los de electricidad, agua potable y telecomunicaciones, además de los servicios sociales como los de traslado de enfermos y emergencias domiciliarias, sepelios y banco de sangre, que de no ser provistos por estas empresas solidarias constituirían para muchos de los poblados del interior un problema de difícil solución. En síntesis, y como ya se ha planteado, el cooperativismo es la herramienta más apropiada para la solución auto gestionada de las necesidades comunes insatisfechas de una comunidad.

Este protagonismo de las cooperativas puesto al servicio del crecimiento económico y social ha llevado a los convencionales constituyentes a incluir referencias expresas a las mismas en la reforma de la Constitución Provincial de 1987. La Primera Parte, Título Primero, Capítulo Cuarto, de las Asociaciones y Sociedades Intermedias, reconoce el carácter solidario de estas entidades en general y su vinculación con la comunidad, y establece la obligación de facilitar su creación y el desenvolvimiento de sus actividades²⁹, además de disponer particularmente la obligación del Estado Provincial de atender a cooperativas y mutuales³⁰. Más adelante y siempre dentro de la Primera Parte, en el Título Segundo, Capítulo Cuarto, de la Economía y Finanzas, postula que *“los servicios públicos corresponden originariamente, según su naturaleza y características a la Provincia o a los Municipios; pueden prestarse directamente, o por medio de cooperativas o sociedades de economía mixta, y por particulares”*³¹. A continuación se expondrán algunos párrafos vertidos por los

²⁹ Art. 35 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

³⁰ Art. 36 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

³¹ Art. 75 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

convencionales durante el tratamiento de esos artículos con la finalidad de desentrañar el significado –en su real dimensión– de estos preceptos constitucionales.

Durante el debate en general del capítulo sobre las Asociaciones y Sociedades Intermedias³², el convencional Monte menciona que la Constitución “ha de sentar las bases de una regulación normativa que tienda a crear las condiciones propicias para que (estas agrupaciones que naturalmente se dan en la sociedad) se fortalezcan y adquieran el protagonismo que legítimamente les corresponde”, que “se acuerda a cada una de ellas los derechos que les corresponde según su naturaleza particular”, y que el poder constituyente “quiere conformar una sólida y fuerte comunidad organizada como sustento y garantía del estado social de derecho”. Agrega en su discurso que “estas comunidades son el producto natural de la vida social”, y termina enunciando una vez más que “a través de políticas de apoyo y fomento de la actividad asociativa, los poderes provinciales deberán crear aquellas condiciones favorables [...] para que estas agrupaciones intermedias [...] se desarrollen suficientemente y asuman el rol protagónico que les corresponde dentro de la sociedad”.

Seguidamente el convencional Ruiz expresa que al adherir cláusulas de esta naturaleza “no estamos sino reconociendo la existencia de una realidad sustancial que nos excede y que [...] nos obliga a considerar, quiérase o no, la posibilidad de la inserción orgánica de estas entidades intermedias en la estructura social, así como la naturaleza de las relaciones jurídico-políticas que las vinculan con el Estado”, y “que si bien es cierto que las organizaciones sectoriales están incapacitadas para expresar el interés general, cuya tutela le incumbe en exclusiva al Estado, nada les impide, sin embargo, asumir la responsabilidad que les compete, más allá de las limitaciones que les fija sus funciones específicas frente a los requerimientos de la justicia social”.

Tal vez la intervención más contundente en esta instancia del debate sea la del convencional Tagle Achával, que en relación directa a la familia, pero en estrecha afinidad con el resto de las organizaciones intermedias, asevera que “no se pueden sostener solo con buenas intenciones, sino que resulta necesario darles un sustento material, un sustento real”. La solidaridad, afirma, “es la nueva palabra sobre la cual entendemos que gira como en un pivote todo el sistema de vida que queremos

³² Arts. 34 a 37 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

conformar en la sociedad cordobesa contemporánea”, y completa aseverando que “entre el Estado y el hombre están las asociaciones intermedias, que son el escalón que impide constituir un Estado totalitario, tanto como impide se constituya un individualismo egoísta”. Culmina diciendo que las cooperativas son “algo fundamental para el desarrollo de los pueblos como asociaciones que evitan la acción del Estado, cuya acción no tiene porque requerirse en casos en que la solidaridad puede cumplirse en ámbitos más reducidos, con menos personal y menores costos, como puede hacerse por medio de una cooperativa”.

Aún cuando su bloque se oponía a la inserción de estas cláusulas por considerarlas redundantes a lo ya contemplado por la Carta Magna Nacional y la ley especial, el convencional Cornet cerraba el debate en general manifestando que “es esencial y muy caro al pensamiento liberal toda aquella asociación que sea fruto espontáneo del ejercicio de la libertad de cada hombre de asociarse con otro con fines útiles, tal como está reglado en el artículo 14 de la Constitución (Nacional)”.

Más tarde, durante el debate en particular del artículo 36³³, el convencional Alcalino expone cuál es el alcance conceptual que se le deberá dar al precepto constitucional en cuestión: “la diferencia entre los conceptos de fomento y promoción no son meramente semánticos”; sigue exponiendo que “promover, en este sentido³⁴, significa facilitar el marco para que el derecho a participar en estas organizaciones sea posible [...] el derecho a participar en una cooperativa sólo será posible si las cooperativas existen”; y agrega “el fomento, en cambio, supone una actitud inmediata destinada a establecer condiciones favorables para estas sociedades, lo que determina que a paridad de circunstancias deben tender los poderes provinciales a privilegiar a estas asociaciones en el marco de su competencia”. Alcalino va delineando la naturaleza del ideario fundante de la cláusula propuesta, y remata diciendo que “los poderes públicos no podrán, con esta norma, eludir este mandato constitucional de tratamiento privilegiado, debiendo hacerlo mediante una legislación adecuada. Desde el punto de vista jurídico no se trata de una recomendación programática sino vinculante, de

³³ Art. 36 de la Constitución de la Provincia de Córdoba: “**Cooperativas y mutuales.** El Estado Provincial fomenta y promueve la organización y desarrollo de cooperativas y mutuales. Les asegura una adecuada asistencia, difusión y fiscalización que garantice su carácter y finalidades.”

³⁴ Entre los dos primeros párrafos citados, Alcalino define que “el fomento expresa una actitud hacia las cooperativas, mientras que la promoción califica las variadas formas de participación en la empresa.”

obligado cumplimiento por parte de sus destinatarios”. Ya finalizando su discurso, y en alusión al segundo párrafo del precepto en tratamiento, alude que existe una identidad de fines en la acción cooperativa y la acción del Estado, donde prevalece la economía de servicio sobre la economía de lucro, y que “mediante esta relación de asistencia recíproca que la Constitución establece, cooperativas y Estado conforman fuerzas concurrentes en sus fines, negando implícitamente la autosuficiencia como la dependencia en cuanto a sus recíprocas relaciones. El Estado y el cooperativismo son, por tanto, fuerzas afines que deben reconocerse y aliarse en la construcción de un modelo pleno de justicia social, conservando el Estado su rol orientador y de control y manteniendo el cooperativismo su carácter de reunión voluntaria de hombres libres”.

El debate en general y particular no ha tenido gran trascendencia con respecto a la aprobación del artículo 75³⁵ sobre los Servicios Públicos. El único exponente en particular al respecto de la citada norma fue el convencional Di Carlo, quien expresó que “en el caso del servicio público propio, es principio básico que no debe haber diferencia entre la prestación directa por la administración y la prestación indirecta por el concesionario [...] el servicio prestado por el concesionario no puede serlo en forma disminuida o imperfecta o más onerosa que si lo prestara el Estado mismo. Toda concesión que esté en contra de estos principios es antijurídica. El Estado al otorgar una concesión se reserva el derecho de revisar las tarifas y la atribución de regularla, a fin de que las mismas satisfagan el interés normal de la explotación, no siendo su costo en detrimento del usuario”.

Conclusiones parciales.

Interpretar las normas constitucionales es buscarles el sentido, lo que quieren significar, y para ello no se puede ir en contra de la voluntad histórica del constituyente, aunque esta interpretación debe ser dinámica para que, sin descartar esa

³⁵ Art. 75 de la Constitución de la Provincia de Córdoba: “**Servicios públicos**. Los servicios públicos corresponden originariamente, según su naturaleza y características a la Provincia o a los Municipios; pueden prestarse directamente, o por medio de cooperativas o sociedades de economía mixta, y por particulares. En el control de su prestación participan los usuarios según lo establecen las leyes u ordenanzas respectivas.

voluntad, se pueda arribar con criterio finalista a un sentido actualizado para cada momento y cada circunstancia (Bidart Campos 2008).

El subrayado de algunas frases dentro del contexto de las expresiones más relevantes para el caso recogidas de los discursos de la Asamblea Constituyente no es antojadizo. Es dable hacer notar la coincidencia de los convencionales que, aún siendo representantes de los distintos bloques partidarios, confluyeron naturalmente en un mismo pensamiento: el texto constitucional no solo debía habilitar la existencia de cooperativas y mutuales, cuestión que por sí sola hubiera sido redundante de las leyes civiles y especiales vigentes, sino que resultaba mandatorio para el modelo de sociedad cordobesa que se postulaba asegurar las condiciones necesarias para que estas entidades de la economía social pudieran crecer y desarrollar toda su potencialidad.

El destinatario de ese mandato no es otro que el Estado provincial. Lo que en principio parecía tan solo confirmar la adopción del paradigma actual de la “economía de mercado” en materia de prestación de servicios públicos, la mención expresa a las cooperativas como posibles prestatarias y en combinación con los axiomas previamente señalados, plantea una pauta innovadora e indudablemente exigible para los poderes públicos, propia de un estado social de derecho.

Las normas legales y antecedentes jurisprudenciales hasta aquí expuestas demuestran, al menos en la opinión del autor del presente estudio, la singular protección jurídica con la que cuentan las cooperativas, al menos con respecto a las asociaciones y sociedades civiles. Esa tutela especial ha sido producto de la importancia que en algunas ocasiones el legislador le adjudicó a las entidades de la economía social. No obstante ello, el sector cooperativo, y en especial el que tiene a cargo los servicios públicos, debe enfrentar a menudo la acometida de gobiernos que de un modo u otro se inclinan a relacionar la eficiencia empresaria únicamente con la iniciativa estrictamente privada.

La gran mayoría de las cooperativas en nuestra Provincia tienen como objeto principal la prestación de un servicio público esencial, ya sea electricidad o agua. Como se ha expuesto, fomentar el crecimiento y desarrollo de esas cooperativas significa mantener las condiciones que le dan razón de ser. Donde exista una

cooperativa en funcionamiento y preparada para prestar los servicios públicos que la comunidad requiera, comprometida con su rol social y gestada democráticamente por sus asociados, el Estado debería preferir la concesión al servicio directo en virtud del precepto constitucional. Aún cuando se pudieran observar algunas irregularidades en el accionar de la entidad, el gobierno ha de colaborar en la solución de dichas anomalías junto a los asociados mediante las herramientas y procedimientos previstos dentro del marco legal cooperativo; sólo cuando la situación sea insalvable, podrá desestimar la concesión. Porque así como el convencional Di Carlo mencionaba en un sentido la antijuricidad de la prestación indirecta de una concesionaria en forma deficiente o más onerosa que la del Estado en forma directa, a partir de la reforma de 1987 también pareciera resultar antijurídica e inconstitucional la prestación estatal de un servicio público que no pueda probar ser más eficiente que la de una cooperativa concesionada.

Puede resultar cierto que el señalamiento de estos aspectos fundamentales del vínculo entre la acción cooperativa y el Estado poco puede contribuir al desarrollo de la revelación que nos ocupa, que postula a la responsabilidad civil como uno de los desafíos más importantes que deben evaluar las cooperativas en la actualidad. Pero es central para el pensamiento del autor de este estudio que la dirigencia cooperativa, destinataria singular del presente, pueda comprender el empoderamiento legal que el marco normativo nacional y provincial le adjudican al movimiento que integra, a la vez de hacerlo valer frente a los embates que en diversas situaciones debe enfrentar en su relación con quienes integran el poder político.

CAPÍTULO 3: EL CONTRATO DE CONCESIÓN.

Introducción.

El Contrato de Concesión que ocupa al presente trabajo es el instrumento jurídico por el cual la Provincia de Córdoba habilita a las distintas cooperativas de su territorio para la prestación del servicio público de distribución y comercialización de energía dentro de un área asignada. Firmado por todas las cooperativas eléctricas de la Provincia, fue el resultado de un proceso de negociación que las dos federaciones que las representaban, FECESCOR y FACE Córdoba, llevaron adelante en el año 2001 con el ejecutivo provincial ante la privatización de los servicios de transporte, distribución y comercialización propuesta en conjunto por las leyes provinciales 8.835 Carta del Ciudadano, 8.836 de Modernización del Estado y 8.837 de Incorporación de Capital Privado al Sector Público. Existe un Contrato de Concesión por cada cooperativa concesionada que las compromete frente al Estado en forma individual, aunque por haber sido diseñado de modo genérico, todas sus cláusulas son similares, excepto las particularidades propias del caso como ser la delimitación del área de concesión, el cuadro tarifario inicial, los bienes afectados al servicio, y los bienes cedidos por el Concedente a cada una de las Concesionarias.

Los contratos fueron celebrados en su mayoría en la segunda mitad de 2002, con una vigencia de 35 años. Dicho plazo de concesión está dividido en cuatro períodos de gestión, que implican una serie de pasos a cumplir por las partes, a su vez coordinados con los principios rectores de las leyes de Modernización del Estado y de Incorporación de Capital Privado al Sector Público. Los escenarios políticos, económicos y legales fueron cambiando, y hoy algunas concesionarias denuncian transitar un período de incertidumbre respecto de sus responsabilidades al respecto, señalando en algunos casos la necesidad de la renegociación de los mismos. Tal situación parecería justificar un análisis profundo del contrato vigente desde las ópticas del Derecho Administrativo y Cooperativo.

3.1 Generalidades del Contrato de Concesión de Servicios Públicos.

Tal vez la definición más acabada -y reciente- del contrato de concesión de un servicio público es la que desarrolla Pérez Hualde, que diferencia enfáticamente su naturaleza y tipicidad jurídicas de las del contrato de concesión de obra, ya que la normativa específica que regula al primero en el ámbito nacional se encuentra comprendida en la ley 17.520 de Concesiones de Obra, de forma inapropiada para el jurista mencionado. Explica que *“es un contrato celebrado por la Administración concedente mediante el cual se encomienda a un particular -normalmente una organización empresarial-, y este acepta, la explotación comercial con un contenido, un alcance y por un tiempo determinado de un servicio público por su propia cuenta y riesgo y en un todo de acuerdo con los principios y cometidos del régimen de derecho público al que se encuentra sometido”* (Pérez Hualde, 2017). La concesión es un permiso que habilita la prestación del servicio en forma precaria, transitoria, y acotada al territorio y condiciones impuestas por la Administración, respetando en forma estricta las disposiciones del marco regulatorio y del propio contrato, y con la única finalidad de cumplir con los objetivos constitucionales de calidad y eficiencia en la cobertura de la necesidad particular de la sociedad que lo justifica. Para poder llevar a cabo tal empresa, el ordenamiento legal prevé para el concesionario el ejercicio de potestades y privilegios de naturaleza pública, como ser la posibilidad de definir bienes a expropiar, la utilización preferente del espacio público, poder de coerción para el cobro de deudas por servicios prestados mediante la interrupción de la prestación, entre otros.

Otro de los aspectos sustanciales de esta especie de instrumento es el de ser *de larga duración*, caracterización a la cual se refiere el art. 1011 del Código Civil y Comercial. Resumidamente, la norma viene a establecer que el tiempo puede ser considerado como un atributo esencial para el cumplimiento del objeto y la materialización de los efectos deseados por las partes, obligando a éstas a *“ejercitar sus derechos conforme un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total”*, y en el caso que una de ellas evalúe la posible rescisión *“debe dar a la otra la oportunidad*

*razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*³⁶.

Haciendo una nueva referencia al autor citado recientemente, quien se apoya en lo dicho por Llambías, el contrato de concesión de servicio público es un contrato *fluyente*, dado que puede contener obligaciones que requieren ser fecundadas con el paso del tiempo, y a su vez *incompleto*, porque resulta prácticamente imposible precisar en forma acabada la totalidad de las prestaciones recíprocas y su evolución durante la vigencia del acuerdo, justamente porque se trata de un proceso evolutivo que puede también estar sujeto a los cambios frecuentes de las condiciones en las que se pactó inicialmente. Es decir que *“se trata de un contrato donde existe un equilibrio especialmente dinámico en las prestaciones recíprocas y, por ello, necesita de un mecanismo de permanente adecuación consensuada de ellas, de modo de sostener la vigencia del contrato y su finalidad tanto pública, para la Administración, como privada, para el contratante particular”* (Pérez Hualde, 2017).

3.2 Cuestionamiento del Derecho Cooperativo a la figura de la Concesión.

Surge pertinente a los fines de evaluar la situación jurídica en la que se desenvuelve el caso bajo estudio, el cuestionamiento que la doctrina cooperativa mantiene respecto de la capacidad que tiene la naturaleza del contrato de concesión para tutelar el vínculo existente entre el Estado y una cooperativa que presta un servicio público. Si bien esta discusión actualmente no tiene una entidad suficiente para constituir un tema central de debate, deviene interesante dejar planteados los aspectos fundamentales de tal oposición.

Ya desde antes de instalado el tema de las privatizaciones de las prestadoras estatales en los años noventa, el derecho cooperativo formulaba su crítica a la aplicación de la figura de la concesión tradicional para demarcar la habilitación de las cooperativas de servicios públicos. Se entiende que la concesión otorgada a una empresa privada capitalista tiende a proteger el derecho de los usuarios frente a las posibles desviaciones que las condiciones del servicio y valores tarifarios propuestos por las

³⁶ Art. 1011 del Código Civil y Comercial.

prestatarias pudieran tener, en provecho de una rentabilidad desmesurada y usualmente beneficiadas además por explotaciones monopólicas. En cambio, cuando la prestación está a cargo de una cooperativa, es el usuario –en su rol de asociado- el que define todo lo relativo a la calidad y eficiencia del servicio que recibe, incluso la tarifa adecuada para ello; en este caso, esa protección del usuario deviene hacia la tutela del interés del asociado para definir las condiciones apropiadas de la prestación, ya que nadie podría hacerlo mejor (Beltramo, 1986).

Del mismo modo, Cracogna postula las tres personas involucradas en la prestación indirecta de un servicio público amparada por la concesión tradicional: el *Estado*, titular del servicio que otorga la concesión para satisfacer una necesidad pública; el *Concesionario*, que presta el servicio con el interés de obtener ganancia; y el *Usuario*, eslabón más débil de la cadena por lo cual merece la protección del Estado. Existen intereses contrapuestos entre estos dos últimos. En la prestación directa, Estado y concesionario se confunden en un mismo sujeto, dejando al usuario en condición de súbdito, a la vez de incurrir en el riesgo de la burocratización y la despersonalización, propias de las empresas públicas (Cracogna, 1992).

Cuando el servicio está a cargo de una cooperativa, la fusión de identidades se produce entre la prestadora y el usuario. De todos modos, el Estado sigue siendo el titular originario del servicio público, y por tanto la cooperativa debe obtener la autorización correspondiente para desarrollar tal actividad. Pero al no tener concesionario tercero de quien proteger al usuario, la construcción jurídica de la concesión tradicional se desdibuja, porque concesionario y usuario tienen el mismo interés (de hecho, se dijo que sus identidades se confunden), y en consecuencia el Estado no tiene a quien proteger, dado que los usuarios se protegen a sí mismos con los mecanismos legales propios de la organización cooperativa, y tratando obviamente de obtener el servicio con la mayor calidad y al menor costo posible (Cracogna, 1992).

Hasta aquí ha llegado la exposición del problema; resta aún por proponer desde la doctrina, para el caso que se crea conveniente, una nueva forma jurídica que reemplace la concesión tradicional y pueda representar adecuadamente el vínculo existente entre el Estado y una cooperativa de servicios públicos. Pero hasta tanto se

convierta en realidad, el contrato de concesión es el instrumento por defecto que se adopta para licenciar tal tipo de explotación.

3.3 Particularidades sobrevinientes de la concesión cooperativa de energía.

Entramos ahora a tratar en particular el Contrato de Concesión del Servicio Público de Energía a Distribuidores Cooperativos en la Provincia de Córdoba. Más allá de la sujeción que tal instrumento tiene a los preceptos legales expuestos hasta ahora, y de las cláusulas particulares que resultan de la convención propia del caso, existen en él una serie de referencias explícitas a normas de carácter reglamentario que, si bien no habían sido redactadas al momento de la firma del contrato, algunas están plenamente vigentes al día de hoy. Estamos hablando de las Resoluciones Generales ERSeP 11/2005 “Reglamento de Suministros de Energía Eléctrica para los Servicios Prestados por la Concesionaria”, y 08/2014 “Normas de Calidad del Servicio Público y Sanciones”.

La RG 11/2005 es el Reglamento de Suministros de Energía Eléctrica para los Servicios Prestados por la Concesionaria, y se incorpora como Anexo VIII del Contrato de Concesión. Establece las condiciones generales para el suministro, los aspectos técnicos que deberán ser observados, los deberes y responsabilidades tanto del prestador como los del usuario, canales de comunicación, formulación de reclamos, y aspectos relativos a la facturación, cobro del servicio y consecuencias posibles ante la mora.

El Anexo VI se corresponde con la RG 08/2014 Normas de Calidad del Servicio Público y Sanciones. Reglamenta técnicamente de manera precisa las características del servicio en general (en clara distinción con la RG 11/2005 que se concentra en la relación individual entre concesionario y usuario) estableciendo los niveles de calidad exigidos para las características del producto técnico suministrado, la disponibilidad técnica del servicio en referencia a la cantidad mínima de interrupciones del suministro, y las condiciones a las que se encuentra sujeta la gestión comercial. Regula también el régimen de sanciones ante el incumplimiento de la concesionaria.

De los once anexos que forman parte del contrato, se deben enumerar los anexos I, IX, X y XI, propios de cada uno de los contratos en particular suscripto con cada una de las cooperativas concesionarias, y que definen el área de concesión, la lista de bienes esenciales para la prestación del servicio, la lista de los bienes cedidos por el concedente (en caso que los hubiere), y la documentación constitutiva, autoridades y balances de la cooperativa que suscribe. Los restantes cinco anexos están vinculados con el régimen tarifario, de los cuales sólo fue redactado el Cuadro Tarifario Inicial (Anexo IV) con el cual cada cooperativa debía facturar sus servicios, y que en la generalidad de los casos respondía a las tarifas que se venían cobrando desde antes de la concesión; los cuatro faltantes debían instrumentar las políticas de subsidios y el procedimiento para unificar los cuadros tarifarios de energía en toda la Provincia, cuestión que ha sido postergada hasta la fecha.

3.4 Análisis de las cláusulas contractuales.

Resulta lógico pensar que toda persona que ha de leer e interpretar un contrato lo hace en la secuencia numérica de su articulado. Este trabajo no será la excepción, y por ello se irán señalando en ese orden todos los aspectos que ameritan una referencia a lo que se ha volcado hasta ahora en las páginas precedentes, además de marcar las vinculaciones que puedan existir entre diferentes artículos relacionados con un determinado instituto. Se evitará de todos modos detenerse en aquellos contenidos cuya interpretación resulte obvia y no merezcan mayores comentarios.

3.4.1 Objeto del Contrato y Alcance de la Concesión.

El *Objeto del Contrato* y el *Alcance de la Concesión* traen dos temas relevantes para destacar. El primero es la prestación “*en forma exclusiva*” del servicio público de distribución de electricidad en el área concesionada. Ya se ha mencionado que el Estado es generador de monopolios legales, en orden a posibilitar -en este caso- a la prestataria el tiempo suficiente para la adecuación al nuevo esquema de regulación. Es con ese criterio que también otorgue temporariamente la reserva de mercado para la comercialización de energía “*conforme a las condiciones del título habilitante*” y a la normativa establecida por la ley 8.837. El propósito del marco regulatorio con

respecto a esta última actividad es mantenerla como de interés público, y liberarla al mercado; si bien en la actualidad se han cumplido los plazos para sostener esta excepción, el gobierno no ha otorgado nuevos títulos para la comercialización que hagan posible la competencia. No obstante, se mantiene la exclusividad del servicio público de distribución, el que por cuestiones de economía y eficiencia resulta razonable evitar que haya redes yuxtapuestas de proveedores diversos del mismo servicio (monopolio natural). A raíz de todo ello, *“la concesionaria se encuentra obligada a satisfacer la demanda [de energía] existente y todo incremento de la misma”* en el área concesionada que aseguren la *Generalidad* y la *Obligatoriedad*, dos de los caracteres esenciales del servicio público.

El segundo tema para mencionar es el de la frase *“por cuenta y riesgo”*, que si bien en el imaginario general se muestra como una expresión que conduce a un concepto único, a los efectos de su análisis jurídico se propone separarla.

3.4.2 “Por cuenta...”

La concesión implica que el poder concedente asigne una serie de atribuciones, en forma temporaria, a una persona determinada, que deberá someterse al constante control y vigilancia de la autoridad concedente. En este contexto, la explotación del servicio público la hace el concesionario, y por consiguiente la responsabilidad ante terceros que derive de los hechos que concreten su ejercicio corresponde al prestador (Dromi, 1998). No es un tema menor, y la aclaración resulta oportuna desde que importa definir cuál es el alcance de la mencionada titularidad del Estado sobre los servicios públicos concesionados y prestados en forma indirecta. En tal sentido ha de señalarse que la ley 8.837 -al hablar de la responsabilidad del Estado Provincial en razón de las concesiones de electricidad- la limita a *“fijar las políticas del sector eléctrico y de ejercer el control de la prestación de los servicios públicos”*³⁷. Varias de las cláusulas bajo examen se encargan de enfatizar el límite de la responsabilidad del Estado en el desarrollo del contrato, a saber el Artículo 8 sobre Distribución de Responsabilidades, en términos generales exime al concedente de la obligación de reparar ante terceros sobre daños u otras cuestiones que pudieran surgir por culpa o negligencia del concesionario en el cumplimiento del contrato, o por *“vicios,*

³⁷ Art. 26 Ley Provincial 8.837.

desperfectos, irregularidades y/o funcionamiento defectuoso que pudieran presentar los bienes afectados a la prestación del servicio eléctrico”³⁸; continúa la norma también eximiendo al concedente por cualquier pretensión de índole laboral o de “cualquier reclamo, denuncia o acción de naturaleza judicial o administrativa, con motivo de accidentes y enfermedades del trabajo, deudas impositivas, previsionales y cargas sociales, y cualquier otra deuda originada en contratos de locación de obra o de servicios, vinculados al personal dependiente o contratado de la concesionaria, de sus contratistas y subcontratistas”³⁹.

Cabe volver a recalcar que el contrato de concesión y la regulación establecen múltiples relaciones jurídicas; entre concedente y concesionario; entre concedente, concesionario y usuario obligado; entre concesionario y usuario que elige servicio; y entre concesionario y terceros no usuarios. Dromi sostiene que las dos últimas pueden ser contractuales o extra contractuales y se desenvuelven, junto con la que corresponde con el personal y locadores de obras y servicios que pueda contratar la prestataria, dentro del ámbito del Derecho Privado, pues están insertas dentro de la gestión exclusiva que lleva a cabo el concesionario, y por lo tanto quedan fuera de cualquier responsabilidad del Estado (Dromi, 1998).

La relación entre concedente y concesionario -y las responsabilidades que de ella se derivan- están demarcadas por el marco regulatorio y las cláusulas contractuales descriptas, sin mayor esfuerzo en su interpretación. No obstante, la responsabilidad que le cabe al Estado en relación a usuarios y terceros no puede ser acotada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación *“ha resuelto en reiteradas oportunidades -con relación a la responsabilidad extracontractual del Estado- que quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 306:2030 y 312:1656)”⁴⁰. Se ha visto que las normas constitucionales y las leyes que las reglamentan ponen en cabeza del gobierno, o de la autoridad administrativa, la tarea ineludible de controlar y asegurar la calidad y eficiencia de las prestaciones a través*

³⁸ Art. 8.3 del Contrato de Concesión.

³⁹ Art. 8.4 del Contrato de Concesión.

⁴⁰ Dictamen del Ministerio Público Fiscal en Fallo 334:1036, que la Corte hiciera propio en su sentencia.

de los órganos creados al efecto, en beneficio de la dignidad y la seguridad de usuarios y consumidores, y de la ciudadanía en general. Los artículos 12, 14, y 19 sobre Inversiones e Instalaciones, Bienes Cedidos, y Obligaciones de la Concesionaria, establecen la responsabilidad de ésta ante la operación y mantención de manera segura de redes y demás bienes librados al servicio, pero también comprometen al Ente (ERSeP) a efectuar los controles necesarios que aseguren el cumplimiento material de la normativa. De este modo, la pretendida limitación a la responsabilidad estatal ante terceros del artículo 18, tanto objetiva como subjetiva, se vuelve cuanto menos controvertida.

3.4.3 “... y riesgo”

Como ya se ha advertido, la explotación del servicio concesionado es propia del prestador. En este contexto, “*explotación*” significa que la actividad llevada a cabo es retribuida ya sea con el cobro de la tarifa, o subvencionada por el Estado, o ambas. En consecuencia y por ser el contrato de concesión un contrato oneroso, las contingencias que puedan generar variaciones en la ecuación financiera del concesionario podrían concluir con ganancias o pérdidas para éste. Este riesgo, propio de cualquier actividad económica, es el justificativo ético de la remuneración que percibe el prestador (Pérez Hualde, 2017). Tiene por sentido que éste se plantee objetivos propios de eficiencia en la gestión empresarial en orden a establecer sus márgenes económicos a su propio riesgo -en el marco de una política tarifaria regulada- y evitar que los usuarios tengan que soportar los costos excesivos de una administración inadecuada de los recursos (Sacristán, 2008)⁴¹. Pero este riesgo, magnificado, puede traer como resultado el éxito o el fracaso de la concesión, y comprometer por consiguiente la *continuidad* misma del servicio público. La doctrina actual sostiene ciertos límites a esta cláusula de contingencia. Pérez Hualde habla de la necesidad de precisar el contorno cierto de lo que forma parte del riesgo normal asumido por una empresa comercial, y diferenciarlo de las consecuencias extraordinarias que pudieran traer aparejadas los cambios en la política pública del gobierno, sin perder de vista que el Estado está investido con la facultad irrenunciable

⁴¹ Ha de tenerse en cuenta lo mencionado previamente sobre que los objetivos sociales de un servicio cooperativo son distintos de los intereses de lucro en una empresa privada capitalista, y que la figura de la concesión tradicional no contempla tales diferencias. No obstante, la tarea desarrollada por cualquiera de ambas está sujeta a la contingencia económica.

de establecer el mejor modo de llevar adelante los servicios públicos en beneficio de los usuarios y consumidores, pudiéndose dar pues adelantos tecnológicos, nuevos programas de expansión del servicio, de seguridad, o de eficiencia. En tal sentido, estima que la tesis del riesgo absoluto cede ante “*la mutabilidad del contrato y el mantenimiento económico financiero del mismo*” (Pérez Hualde, 2017). Dromi señala que mediante el contrato de concesión de servicios públicos el Estado transfiere a manos privadas su cometido al respecto, y determina una variada gama de obligaciones en cabeza del concesionario, que a su vez adquiere en contraprestación derechos subjetivos amparados por la Constitución y la normativa vigente. En consecuencia le queda vedado a la Administración variar las condiciones contractuales que puedan perjudicar tales derechos (Dromi, 1998). Gordillo rescata de la jurisprudencia de la Corte que “*los derechos emergentes de una concesión, se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio. [...]La doctrina más autorizada sostiene como límite del poder de modificación unilateral del contrato por la Administración, la incolumnidad de la ecuación económico financiera del convenio*” (Fallos 182:88). Sostiene el jurista que dicho límite debe ser ponderado tanto a favor del licenciatario como de los usuarios, que son la otra parte inescindible de la relación jurídica y económica real (Gordillo, 2006). Para cerrar, el riesgo empresario tiene su sentido cuando el negocio iniciado posibilita el aprovechamiento de ciertas coyunturas económicas que maximicen la rentabilidad del capital invertido. En el caso de los servicios públicos, esta posibilidad está fuertemente limitada a favor de las políticas públicas y la satisfacción del usuario. Ese riesgo empresario también es atenuado ante los imprevistos sujetos a las decisiones del poder concedente y que perjudican al concesionario.

3.4.4 Plazo de la Concesión.

El *Plazo de la Concesión* estipulada en el artículo 3 viene a confirmar, como se ha referido supra, que es un contrato de *larga duración*. Se establecen plazos y cometidos en éste y en los artículos 4, 5, 7, 9 y 10⁴², y en todos ellos se definen las acciones propias de un proceso en el tiempo, con derechos y obligaciones a cumplir

⁴² Los dos últimos artículos establecen los pasos a seguir ante la finalización del plazo de concesión y una eventual renovación o extensión de la misma para el actual concesionario.

por ambas partes⁴³. Ya se ha mencionado la facultad que tiene el Estado concedente para modificar las directivas del desarrollo y ejecución de la prestación, aunque la Corte ha establecido que “*la razonabilidad con que se ejercen las facultades discrecionales de la administración es el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia*” (Fallo 324:1691). Algunas de esas pautas han quedado desactualizadas o postergadas más allá de las fechas límite propuestas, y varios de los controles a cargo del Ente tampoco han sido ejercidos con la rigurosidad planteada en su redacción; pero cualquier reclamo entre partes deberá ser ponderado ejercitando “*sus derechos conforme un deber de colaboración*” en concordancia con el art. 1011 del CCyC mencionado supra, sin perjuicio de la responsabilidad subjetiva que pudiera generar su incumplimiento ante usuarios y terceros.

3.4.5 Plan de Gestión y contabilidad por Centro de Costos.

El artículo 6 introduce uno de los temas centrales para la evaluación de las conclusiones a las que habrá de arribar este análisis: *el plan de gestión*. En un intento por tratar la cuestión de manera integral, se lo vinculará con el deber establecido en los puntos XXV y XXIX del artículo 19. Como se ha planteado desde el principio, las cooperativas que firmaron este contrato de concesión del servicio público de distribución y comercialización de energía, ya venían prestando eficazmente este servicio desde hacía más de cuarenta años, mediante procesos y operaciones diversas y con tarifas diferentes para cada prestadora, que a partir de la suscripción del acuerdo debían ajustarse a la nueva regulación y a un cuadro tarifario único para toda la Provincia de Córdoba⁴⁴. Para asegurar este tránsito de manera ordenada y controlada por el Ente, la concesionaria debía elaborar un plan de gestión para cada período que incluyera las tareas y recursos necesarios para ajustar la prestación del servicio a los nuevos niveles de calidad y eficiencia, y satisfacer los objetivos planteados por el nuevo marco; a ello se suma la responsabilidad de contabilizar los gastos e

⁴³ Habrá de recordarse que el marco regulatorio provincial ha puesto en cabeza del órgano de control -el ERSeP- muchos de los deberes propios del concedente, y de ello se hace eco la redacción del contrato.

⁴⁴ El Cuadro Tarifario Objetivo de la Provincia de Córdoba está aún pendiente de cumplimiento, si bien el ERSeP ejerce un control estricto sobre la determinación de tarifas y sus necesidades de actualización.

inversiones por *centro de costos*. La elaboración de estos instrumentos esenciales para llevar adelante una empresa de cualquier magnitud, tiene como objetivo esencial evaluar el estado de cumplimiento de las responsabilidades asumidas, fortalecer aquellas que se hallan cubiertas y diagramar las tareas necesarias para cumplimentar las que no lo están, permite organizar las actividades corrientes que posibiliten prestar el servicio convenientemente, e implica también identificar y disponer los recursos necesarios para llevar todas ellas a cabo. Estos recursos, mayormente financieros, deberán registrarse de acuerdo al sector que los ocupe. El plan de gestión y la contabilidad por centro de costos no resulta antojadizo; el apartado XXIX exige la disponibilidad de esta documentación ante cualquier requerimiento del Ente. Esta demanda contractual se encuentra íntimamente ligada con la función primaria y fundamental del Estado de controlar el cumplimiento de los objetivos del contrato y los niveles de inversión genuina en pos de la calidad y eficiencia. Pero además permite al concesionario tener una real dimensión de los costos que debe cubrir para llevar adelante su cometido de manera segura⁴⁵ e integral, cuestión que al momento de acordar el régimen tarifario resulta imprescindible.

3.4.6 Distribución de Responsabilidades.

Ya se ha tenido oportunidad de mencionar supra que la concesionaria se compromete a liberar al concedente de las responsabilidades que, en materia laboral o en razón de otras eventualidades propias de la gestión, le pudieran corresponder. Esta interpretación no merece mayores comentarios dado que resulta adecuada a todo el plexo legal que regula a cualquier empresa, civil o económica, y en tal sentido parece obvio preservar de sus errores y cargas objetivas a la Administración. Pero esta presunción no resulta absoluta, dado que en esta norma contractual se incluyen las responsabilidades derivadas de la explotación de una actividad riesgosa como lo es la electricidad, como ser el cumplimiento de disposiciones de la Secretaría de Riesgos del Trabajo y observación de los protocolos de seguridad que exige la Secretaría de Energía Eléctrica de la Nación, amparados en el régimen dispuesto por la Ley 24.065⁴⁶. Que la concesionaria cumplimente estas obligaciones forma parte de la tarea

⁴⁵ Se advertirá más adelante los niveles de seguridad que deberán observarse en el desempeño de una actividad riesgosa como lo es la energía eléctrica.

⁴⁶ La ley nacional 24.065 Régimen de la Energía Eléctrica forma parte del derecho aplicable según lo dispuesto por el art. 30 del Contrato de Concesión.

de control que el Ente debe llevar a cabo para garantizar que el servicio se preste en las mejores condiciones. Esta dualidad de competencias -cumplimiento del concesionario y control del Ente- de las cuales se debe dar cuenta ante terceros, queda a juicio de este trabajo, fuera del sentido que pudiera haber querido tener el redactor de la cláusula.

3.4.7 De las inversiones e instalaciones.

Este tema se relaciona estrechamente con lo visto para el plan de gestión y los aspectos que debe cumplir la concesionaria en sus registros contables con el fin de permitir que el Ente pueda ejercer el control que le es propio. El objetivo primario del plan de inversiones -exigencia ésta no solo contractual sino también contenida en la ley marco y la regulación- es el de proveer al binomio calidad-eficiencia y al de una *operación segura*. En este escenario que plantea el artículo 12 y que se expande en varias de las disposiciones de los artículos 14, 16, 17 y 19, la concesionaria se compromete a efectuar todas las inversiones necesarias para mantener y asegurar la máxima operatividad de todos los bienes afectados al servicio (que incluyen a los bienes cedidos), para realizar las obras de expansión de redes que requiera atender la demanda existente y futura, y para cubrir todos los requisitos de seguridad previstos por la normativa específica⁴⁷. A su vez tiene el deber de planificar y autorizar ante el Ente todas las obras realizadas en ese sentido y presentar periódicamente el relevamiento de las instalaciones. Esto último *exige como contraprestación el debido control del Ente*, cuyo destinatario final termina siendo el usuario y la sociedad toda, en esta relación tripartita de servicios públicos concesionaria-ente regulador/Estado concedente-usuario/consumidor que expusiera Dromi (Dromi, 1998). Es decir entonces, que fuera de la obligación contractual creada por la concesión y que obliga entre sí a las partes -concedente y concesionario- que según la magnitud de su eventual incumplimiento puede derivar en la rescisión de la licencia, encontramos que estas disposiciones, al igual que lo expuesto en el punto anterior, generan en cabeza de ambos contratantes una fuente de responsabilidad civil ante terceros.

⁴⁷ Cabe remarcar que la actividad eléctrica en la provincia se encuentra alcanzada por todas las disposiciones técnicas y operacionales emergentes de la Secretaría de Energía Eléctrica de la Nación.

3.4.8 Servidumbres y meras restricciones, y Uso de Inmuebles de Dominio Público.

Esta disposición reafirma los privilegios temporarios que adquiere la concesionaria en función de asumir por delegación del gobierno una actividad pública. En tal sentido, forma parte de los ya tratados derechos de propiedad de la prestataria inherentes al cumplimiento del objetivo del contrato. A esto se le puede sumar la *Cláusula de Equiparación* del artículo 31 mediante la cual la concesionaria obtiene los mismos beneficios que se le otorguen a la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC), cuyos estatutos indican que “*no podrá negarse a La Empresa la ocupación de la vía pública cuando así lo requieran las necesidades del servicio. Dicha ocupación se hará a título gratuito y no podrá gravarse por Autoridad alguna*”⁴⁸. Es dable señalar que el Tribunal Superior de Justicia en ocasión de su sentencia en autos “Municipalidad de Villa Allende c/ E.P.E.C. - Ejecutivo Fiscal - Recurso de Casación e Inconstitucionalidad (Expte. M 21/10)”⁴⁹ resuelve declarar inconstitucional la pretensión del Municipio de cobrar imposición por el uso del espacio aéreo a la empresa estatal, fundando su decisorio a partir de ese precepto estatutario y el límite que tiene la autonomía municipal para derogar de hecho en el ámbito de su comuna las disposiciones de una ley sobre los servicios públicos que le competen al gobierno provincial. Este privilegio puede ser invocado por cualquiera de las concesionarias cooperativas ante una situación similar.

3.4.9 Obligaciones de la Concesionaria.

Muchas de las obligaciones del concesionario previstas en todo el contrato han sido señaladas en lo escrito hasta ahora. En ejercicio de una sana técnica de redacción contractual, el artículo 19 las incorpora en una sola lista que contiene además otras que pudieran entenderse de menor orden, aunque no por ello menos atendibles. Cabe subrayar la mención variada y expresa de los Anexos VI Normas de Calidad del Servicio y VIII Reglamento de Suministro, a los cuales la concesionaria debe sujeción. Estos documentos -emitidos por el Ente con carácter reglamentario- resultan piezas fundamentales en la relación del concesionario con el usuario, y contienen gran parte de las especificaciones de la calidad y eficiencia exigidas. Vuelve a reforzarse el carácter de *generalidad* del servicio, mencionando el deber de atender toda demanda

⁴⁸ Art. 30 Ley Provincial 9087 Estatuto Orgánico de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba.

⁴⁹ Sentencia Nro. 117 del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba del 19 de junio de 2012.

de suministro en el área concedida, además de hacer expresa referencia a que los usuarios gozarán de los derechos previstos en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor⁵⁰. Por lo demás, y sin tomar en cuenta los requisitos tarifarios que se tratarán a continuación, las restantes disposiciones de este artículo son programáticas o meras enunciaciones de las comprendidas con mayor detalle en otras cláusulas del contrato.

Vale puntualizar por separado la normativa del apartado XXVII de este capítulo y las diferentes interpretaciones a las que ha dado lugar. Dispone la obligación de facturar el servicio eléctrico en forma *desagregada* de otros servicios que preste la concesionaria. El significado literal del verbo desagregar es “*separar, apartar una cosa de otra*”; desde el principio de la concesión se interpretó que este mandato apuntaba a facilitar al usuario la comprensión del importe abonado por energía. Algunas de las cooperativas emitían una sola factura por todos los servicios, con la precaución de informar por separado cada uno de los cargos tal como se creía que ordenaba la norma, con la aprobación tácita del Ente que no emitía opinión contraria al efecto. A inicios del año en curso, y a raíz de numerosas protestas convocadas por los aumentos significativos de las tarifas de electricidad, el ERSeP resolvió interpretar el concepto de una manera diferente, no solo en el sentido de separar los importes, sino que también esta disposición obliga a emitir facturas del servicio de energía en forma independiente de los cargos que corresponden al cobro del resto de las eventuales prestaciones (telefonía, internet, videocable, etc.). Este cambio de modalidad se fundamentó en un nuevo razonamiento, por demás atendible, por el cual las prestatarias no podían seguir utilizando su facultad de coerción para asegurar el cobro de la deuda de un servicio público⁵¹ y extenderlo al cobro de los demás servicios⁵².

⁵⁰ Esta disposición podría quedar sujeta al cuestionamiento que la doctrina del Derecho Cooperativo formula respecto del alcance limitado de la Ley 24.240 cuando el concesionario es una cooperativa, tema ya tratado previamente.

⁵¹ Ya se ha visto que el ordenamiento legal prevé para el concesionario el ejercicio de potestades y privilegios de naturaleza pública, entre ellas ese poder de coerción.

⁵² La Resolución General 10/2018 del ERSeP, de fecha 07/03/2018, ordena a las Distribuidoras de Energía Eléctrica facturar en forma independiente a cualquier otro concepto que resulte ajeno a la prestación del servicio de energía eléctrica. Esta resolución fue luego confirmada por la Ley Provincial 10.545 sancionada en Junio de 2018.

3.4.10 Obligaciones del Concedente.

La redacción del artículo 20 es escueta y prácticamente innecesaria. Mantener la exclusividad del Título Habilitante y su vigencia forma parte del objeto del contrato, por lo cual equivaldría a decir “el Estado se compromete a cumplir el contrato”, lo cual resulta, como se dijera, una obviedad. De todos modos es una facultad de orden público modificar o incluso rescindir la concesión por motivos fundados y en pos del interés general (principio de razonabilidad). No obstante, cabe puntualizar que esta norma incorpora la obligatoriedad del Estado a garantizar al concesionario su acceso al Mercado Eléctrico Mayorista para la compra de la energía que distribuye. Si se observa que la EPEC tiene concesionada toda la red de distribución provincial y es la que posibilita ese acceso, al ser una empresa de propiedad provincial la cláusula toma sentido.

3.4.11 Régimen y Cuadro Tarifario.

Analizar este punto requiere plantear lo siguiente: forma parte principal del precio del contrato -junto con las prerrogativas y eventuales subsidios estatales- y por tanto termina siendo un aspecto fundamental a observar por las partes al momento de mantener el equilibrio económico financiero propio de la viabilidad del objeto del acuerdo bajo análisis. Es también uno de los cometidos fundamentales que el Ente debe observar cuidadosamente para evitar los vicios de un mercado monopólico, a la vez de posibilitar la obtención de los recursos necesarios para la continuidad de la prestación en los términos acordes a la normativa vigente, en todos los aspectos. Sin ánimo de analizar su eficacia, el ERSeP ha venido desarrollando y exigiendo un sistema periódico de información parametrizada que le permite tener una visión particular sobre la marcha del negocio en cada una de las cooperativas. Pero lo hace tomando como base los datos que las propias cooperativas suministran, tal lo comprometido y referido en los párrafos anteriores.

El artículo 21 fija las pautas a seguir a lo largo de toda la ejecución del contrato para la determinación de las tarifas del servicio, que deben concurrir con los principios postulados por el art. 50 de la ley 8.836 de eficiencia económica, suficiencia financiera, igualdad en el trato a los usuarios, transparencia de costos, simplicidad de control y comprensión, y equilibrio entre la oferta y demanda de servicios. Se debe

reiterar que aún cuando varias de las proposiciones establecidas por la regla contractual no han sido desarrolladas, o al menos concluidas, han de interpretarse en el entorno de colaboración y buena fe a las que se encuentran sujetas las partes, como ya se ha dejado claro; por lo tanto, sigue siendo el marco referencial para tratar los eventuales ajustes tarifarios necesarios según la marcha de la economía general.

Amerita un tratamiento particular la cláusula 21.6 que establece textualmente que “*en caso de que por costos operativos o por economías de escala, la concesionaria deba compensar diferencias tarifarias, podrá requerir aportes de sus socios, del sistema cooperativo, y/o otros recursos*”. Esta facultad es utilizada por muchas de las cooperativas aduciendo que los cuadros tarifarios aprobados no cubren todos los costos de operación, aún cuando todas estas prestatarias tienen por sentido no obtener márgenes de ganancia. Se conjuga además con la posibilidad que las cooperativas tienen de incrementar el capital social mediante aportes de sus socios, proporcionales al uso real o potencial de los servicios sociales, comúnmente conocidos como *la cuota capital*⁵³.

Resulta llamativo que en la redacción se utilice el término *socios*, y no el de *usuarios*; esta distinción podría indicar que el sentido de la norma es posibilitar que las cooperativas obtengan recursos por fuera del sistema tarifario, como puede serlo la *cuota capital*; pero a su vez lo vincula con el necesario requisito de probar la existencia de mayores costos operativos que los previstos para prestar el servicio, y entonces pasaría a formar parte del *precio del contrato*, y por tanto quedaría sujeto a la competencia del Ente para su aprobación y control en defensa de los usuarios. La inclusión del ítem *mayores costos* en la factura del servicio de energía que emiten las concesionarias, y que se suma al importe tarifario que abonan los usuarios, no ha tenido mayores observaciones del Ente desde que se vienen ejecutando las concesiones, y en la actualidad es defendido por las prestatarias cooperativas como un derecho adquirido.

Distinto es el caso de la ya mencionada *cuota capital*. Este aporte resulta propio del modo de financiamiento que tienen las asociaciones cooperativas. Dante Cracogna, jurista con una amplia trayectoria en la doctrina del derecho cooperativo, enseña que

⁵³ Estos aportes, propios del sistema cooperativo, están amparados por el Art. 27 de la Ley Nacional 20.337.

“en las cooperativas el capital consiste solamente en el aporte necesario para obtener el servicio que constituye su objeto social”, e inmediatamente agrega que *“el capital tiene una función puramente instrumental: facilitar la prestación del servicio”* (Cracogna, 2006). Queda claro que en las cooperativas el capital es una herramienta, un medio por el cual se posibilita el servicio (en detrimento de la concepción de lucro que tiene el capital en las empresas comerciales), y su formación constituye una facultad que compete solo a sus asociados, fuera del alcance de los compromisos que la cooperativa pudiera asumir, como ser la concesión del Estado. Pero a su vez, al ser un aporte extra concesión, debería ser desagregado de la factura de servicios, en concordancia con lo dispuesto por el apartado XXVII del artículo 19, y la nueva normativa de la Ley 10.545.

3.4.12 Estabilidad Tributaria.

Esta disposición -que establecería en principio la imposibilidad para la distribuidora de solicitar exenciones tributarias- debe entenderse e interpretarse en conjunto con la Cláusula de Equiparación del art. 31 del Contrato de Concesión.

CAPÍTULO 4: UN FALLO RELEVANTE.

Introducción.

En la mañana del 26 de Febrero de 2005, en la localidad de Nono de la provincia de Córdoba, un albañil -que se encontraba haciendo un techo de loza- muere alcanzado por una descarga eléctrica consecuencia del arco voltaico que se produjo entre la regla metálica que el operario estaba utilizando y una línea de alta tensión que cruzaba por encima de la propiedad donde tenía lugar la construcción.

Esto dio lugar a que su pareja, por sí y en representación de la hija de ambos, inicie una demanda civil en contra de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC), la Cooperativa de Obras y Servicios Públicos de Nono Ltda., y la Municipalidad de Nono.

4.1 Resumen del Fallo.

En esta causa, caratulada “MERLOS NORMA BEATRIZ Y OTROS C/ EMPRESA PROVINCIAL DE ENERGIA ELECTRICA DE CORDOBA EPEC Y OTROS – ORDINARIO – DAÑOS Y PERJUICIOS”, la Cámara en lo Civil y Comercial, del Trabajo y Contencioso Administrativo de la Sexta Circunscripción Judicial de Villa Dolores rechaza con fecha 15/05/2017 los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, confirmando de este modo lo decidido por el juez *a quo* el 06/11/2012, que había condenado a las mismas *in solidum* a abonar a los actores la suma de \$447.314,82 más los intereses correspondientes desde la fecha de inicio de la demanda. Más allá de los distintos puntos sobre los que se desarrolló la controversia en el proceso, nos centraremos en aquellos que fundamentaron la condena de la cooperativa.

Los cables bajo los cuales tuvo lugar el hecho trágico pertenecen a una línea de 33.000 voltios que utiliza EPEC y que sirve para el transporte de la energía eléctrica que se entrega a las distintas distribuidoras concesionadas –todas cooperativas- desde Los Pozos hasta Villa Cura Brochero. Quedó probado en la causa que dicho tendido no se ajustaba a las especificaciones técnicas de altura mínima y trazado vigentes al momento del accidente⁵⁴, y la sentencia de primera instancia determinó que tal situación contribuyó de manera directa a la producción del hecho luctuoso. Ello fundamentó las condenas de EPEC y la Cooperativa de Nono, en razón del carácter de propietario y guardián que revisten ambas empresas respectivamente, en los términos del art. 1113 del Código Civil⁵⁵. Ante el resultado adverso obtenido en el proceso de apelación, en noviembre de 2017 la Cooperativa acuerda con la parte actora el pago de la tercera parte del monto indemnizatorio y costas, que asciende a \$1.123.000, que representó el 7,55% de lo facturado por el servicio de energía durante el ejercicio que cerró en julio de ese año. Erogación por más significativa para la entidad solidaria que demuestra la importancia de cubrir adecuadamente todos los aspectos de la responsabilidad civil, sobre todo aquellos que hacen a la seguridad de las personas.

Cabe reflexionar ahora sobre si han sido adecuadas, a la luz del contrato de concesión bajo estudio, las cuestiones que fundamentaron la calificación de guardián de la cosa dañosa (la línea de alta tensión, o mejor dicho la energía eléctrica que fluye a través de ella) para la cooperativa prestataria en ambas sentencias, que giran además alrededor del concepto de “*bienes cedidos*”. Queda claro para el juzgador que el tendido eléctrico del caso pertenece a EPEC, y que la negligencia puesta de manifiesto por la empresa provincial al omitir tomar las acciones adecuadas para cumplir con los requisitos definidos en la reglamentación vigente, constituye el factor de atribución subjetivo que la condena.

Para encuadrar la responsabilidad de la Cooperativa de Nono, apela –de manera incorrecta según la autoría del presente trabajo- al Artículo 14 del Contrato de

⁵⁴ La Especificación Técnica 1002 de EPEC establece para el caso de una línea de 33.000 voltios, los mínimos de 8,5 metros de altura libre y 2 metros de retiro de la línea de construcción en zona urbana, siempre en espacio público. Para el caso de líneas cuyo trazado atravesase propiedad privada, se deberá prever haber cumplido los mecanismos legales de expropiación o de constitución de una servidumbre de electroducto, según lo reglamentado por el art. 37 de la ley 8.837.

⁵⁵ Si bien la sentencia en análisis es de fecha posterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, el fallo de primera instancia que confirma tuvo lugar cuando aún regía el Código Civil velezano.

Concesión que enumera las responsabilidades de la concesionaria con respecto a los bienes cedidos por el concedente, asumiendo que la línea eléctrica que forma parte del litigio revestía el carácter de tal, sin hacer alusión a la definición que introduce el mismo instrumento expresando que son bienes cedidos *“los bienes que a la fecha del contrato, han sido cedidos en tenencia y uso para la prestación del servicio objeto de este contrato, que se detallan en el ANEXO X del presente contrato”*. El referido anexo no formaba parte de los documentos existentes en poder de la Cooperativa, porque no existieron bienes cedidos por la concedente cuando la firma del contrato, ni los hubo posteriormente. Si bien la Cooperativa no reparó lo inconveniente de esta ausencia cuando suscribió la concesión, luego de conocida la sentencia -en la cual la delimitación de bienes cedidos fue uno de los apoyos del tribunal- se aseguró requerir del organismo regulador la constancia de que no existían tales bienes en guarda. Obtenida la confirmación, se intentó introducir esta prueba documental al momento de la apelación, pero fue rechazada.

Pero aún cuando se entienda que la calificación realizada por el sentenciante fuese inapropiada, se ha de concluir que el resultado condenatorio para la distribuidora habría sido inevitable. La figura de guardián de la cosa riesgosa que introdujo la ley 17.711 con la reforma del art. 1113 del Código Civil, y que luego desarrolló la doctrina y la jurisprudencia, comprende a las personas que tienen un poder independiente de vigilancia sobre la cosa, o quienes aprovechan, usan u obtienen un beneficio económico de ella. Esta situación es objetiva, sin depender de convención alguna o de la voluntad de los involucrados; trasciende en la especie al alcance que pudieran tener las definiciones del contrato de concesión.

A esto se suma la evolución que la temática de responsabilidad civil venía desarrollando desde entonces hasta quedar plasmada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: cualquier acción u omisión no justificada que causa un daño será antijurídica; basta con que se viole el deber general de no dañar a otro. El ilícito civil es atípico, contrariamente a lo que sucede en materia penal, porque no es necesario que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida. Asimismo, el principio de la atipicidad del ilícito también rige para las omisiones, pues el art. 1710 CCyC permite afirmar que toda persona tiene el deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no

actuar, y tal cosa sucederá cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, puede con su accionar evitar un daño a un tercero (PICASSO, SAÉNZ, 2015).

Los distintos testimonios obtenidos en el proceso demostraron que la Cooperativa había sido advertida sobre la posible irregularidad de la línea de alta tensión, y en su deber de prevenir el daño -teniendo en cuenta que el tendido se encontraba en el lugar habitual donde se desenvuelve y su capacidad técnica propia de la función que desarrolla- le correspondía tomar las medidas que le fueran posible para eliminar la potencial fuente de riesgo injustificado, cuanto menos dar aviso fehaciente al dueño de la cosa riesgosa e insistir se actúe en pos de la solución, si otra actividad hubiese estado fuera de su alcance. En otras palabras, el juez determinó que la omisión injustificada de tomar una acción adecuada también constituyó una causa concurrente en la producción del daño; consideró que la Cooperativa podía y debía proveer a la eliminación oportuna de ese riesgo potencial que, junto a las demás causas ventiladas en el proceso, derivó en la muerte del albañil.

CONCLUSIONES FINALES.

Cuando un legista debe dar respuesta sobre un determinado problema, no puede perder de vista el contexto humano en el que se desarrolla. Un problema jurídico se emparenta con una relación jurídica en conflicto, en la cual se contraponen los derechos que se adjudican al menos dos partes; en un problema humano se enfrentan no solo la percepción diferente de la verdad que puede tener cada individuo, sino que también se oponen sus voluntades. El abogado que es requerido para atender una disputa debe necesariamente saber cuál es el interés que representará.

El tema que se pone en discusión en este trabajo involucra a los derechos, deberes e intereses del Estado en la Provincia de Córdoba, y en ese contexto han de armonizarse la voluntad del gobierno, que representa al Estado, y la de las cooperativas de energía, que la expresan sus dirigentes. No puede cuestionarse, o al menos no es el objeto de este ensayo ni resulta una cuestión de derecho, que en materia de servicios públicos la voluntad del gobierno es la responsable de articular los mecanismos legales y políticos disponibles para que la prestación contribuya de la mejor manera al desarrollo pleno de los ciudadanos, y cumplir de este modo el mandato constitucional que se le impone. El afán de las cooperativas es el de administrar los recursos necesarios para prestar a sus asociados el mejor servicio y al menor costo. Esto último tampoco merece polémica; es la finalidad inserta en su naturaleza, es la razón de ser y existir de las cooperativas. Es por ello que el constituyente de 1987, habida cuenta del interés general que representan, se dispuso postular al cooperativismo en la nueva ley suprema provincial.

Como podrá verse, los intereses son concurrentes; ese afán cooperativo expresa con distintas palabras el mismo mandato público que encierran los conceptos de *calidad* y *eficiencia*. Y entonces cabe plantearse: ¿cuál es el problema jurídico, y cuál es el contexto social y humano en el que se desarrolla? Al momento en que se proponía el nuevo contrato de concesión, las cooperativas eléctricas ya estaban prestando el servicio de distribución en su mayoría desde hacía más de cuarenta años, y para aquel entonces el objetivo de prácticamente la totalidad de sus dirigentes era mantener esa

licencia, aunque muchos de ellos sin llegar a advertir en esa instancia lo complejo del cuerpo normativo que lo posibilitaba, y sin la total conciencia de las obligaciones que se asumían para asegurar los parámetros debidos de calidad y eficiencia de la prestación. Esa falta de claridad, en general involuntaria, se mantiene hasta el día de hoy en varios de quienes son responsables de la dirección de las concesionarias comprometidas, con el agravante que los cambios en las políticas públicas del sector vienen deteriorando los márgenes económicos de las prestatarias, y por ende comprometen el correcto dimensionamiento empresarial y el desenvolvimiento en general de las entidades cooperativas.

Tal vez estos no sean estrictamente los puntos de discusión en torno al tema legal que se nos plantea, pero constituyen sí una serie de condicionamientos que debemos considerar para determinar el contexto de la relación jurídica señalada. Es evidente que la cuestión tarifaria, o el dimensionamiento real de los costos, inciden en forma directa en la obtención de los recursos necesarios para el desarrollo integral de la empresa, y esto significa, entre otros aspectos, reducir al máximo los riesgos e inconvenientes propios de la actividad, tanto para los involucrados en el servicio como para terceros. En ese sentido, se hace inevitable conocer en detalle las erogaciones en las que incurre una empresa y minimizarlas, ordenando los medios que se disponen de la mejor manera para concluir con las metas propuestas de una manera eficiente; y en materia de servicios públicos la *eficiencia* sí es un deber jurídico. Además, como se ha visto, la administración por centro de costos constituye uno de los deberes legales comprometidos en el contrato; omitirlo puede ser motivo de penalización, o hasta la pérdida de la concesión por obstruir una de las facultades esenciales del gobierno, que es la de controlar.

A la par de conocer y ordenar los gastos de la operación, se habrá de reparar también si existen tareas que sea forzoso realizar, y que no se estén llevando a cabo; por un lado resulta obvio que esa situación derivará en exigencias legales incumplidas (si no fuera así, entonces la necesidad apuntada no sería tal); por el otro, habrá que cuantificarlas económicamente para definir su impacto en la tarifa. Eludir este análisis y no disponer los fondos –a través de la discusión tarifaria– que permitan desarrollar la operación apropiada y dispuesta por las exigencias contractuales comprometen

seriamente la *calidad* del servicio, o incluso poner en riesgo la seguridad de las personas, como se verá en breve y en relación directa con el fallo que se comentara *supra*.

Ya se dijo entonces que el relevamiento de costos y la discusión tarifaria pudieran a simple vista no formar parte del objetivo del presente estudio, porque escapan al marco estrictamente legal, y más bien se desarrollan dentro del ámbito de negociación política que envuelve a concedente y concesionaria. Pero si no se tienen en cuenta y no se abordan de manera integral, pueden convertirse en factores que incidirán de manera indirecta y negativa en el cumplimiento de los deberes comprometidos, y por tanto constituyen una de las debilidades jurídicas a señalar y resolver.

En segundo lugar, se debe valorar la incidencia de la doctrina de defensa del consumidor y su factor de importancia en el desarrollo del contrato. Ya se ha visto que el usuario se encuentra protegido por la normativa que emana del Ente Regulador, especialmente por la resoluciones generales 11/2005 (Reglamento de Suministro de Energía Eléctrica para los Servicios prestados por la Concesionaria) y 08/2014 (Normas de Calidad del Servicio Público y Sanciones) que forman parte del Contrato de Concesión como anexos VIII y VI respectivamente.

También se han expuesto las observaciones que la doctrina del Derecho Cooperativo formula sobre la aplicación de la ley de Defensa del Consumidor a la relación que existe entre el usuario asociado y la prestataria, cuando ésta es una cooperativa. Aún así la jurisprudencia ha definido que ese marco protectorio general resulta aplicable, aunque en todo aquello que no interfiera con la vigencia de la ley especial de Cooperativas ni con las normas de regulación propias del servicio público. En tal sentido, habrá de tenerse en cuenta que la Ley 24.240 postula la responsabilidad objetiva para las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, ya sea por la garantía de seguridad, por la obligación de resultado, o por la continuidad y regularidad del servicio (Perrino, 2015).

De todos modos, en cualquiera de los casos en los que se decida encuadrar las vicisitudes que pudieran tener lugar en la relación entre cooperativa y usuario

asociado, aquellas no deberían tener relevancia significativa para la marcha de la operación; más bien forman parte del riesgo habitual de quien presta un servicio de orden económico, y por tanto debe ser contemplado en el precio del contrato. Y si algún caso particular de daño excede este orden de importancia, seguramente se deberá a la falta de contratación de seguros adecuados, o a algún factor de atribución subjetivo de responsabilidad civil sobre los que se tratará en breve.

En tercer lugar, ha de mencionarse el impacto que pudieran tener las obligaciones incumplidas referidas a normas y regulaciones específicamente técnicas tanto en el orden de la energía eléctrica y los riesgos del trabajo, como las impositivas, laborales, previsionales y de la seguridad social. Enumerarlas a todas queda fuera del alcance de este trabajo, y tampoco tendría sentido útil, ya que en cada área técnica (eléctrica, seguridad e higiene, contable, y jurídica) las cooperativas contratan (o deberían contratar) el asesoramiento profesional idóneo. No obstante, ha de recomendarse que cada contrato de asesoramiento cuente expresamente con las correspondientes cláusulas de confidencialidad, de compromiso con los objetivos de la empresa, y que defina de manera concreta lo que la dirección empresarial espera de él. Esto resulta fundamental a la hora de distribuir responsabilidades ante eventuales conflictos.

De todos modos, existe un ámbito especial donde el contrato propone una interacción fluida de información y control entre las partes: el eléctrico. La operación de la energía eléctrica constituye una tarea de riesgo, y por tanto son numerosas las disposiciones que pretenden, como es obvio, erradicar ese riesgo potencial tanto para involucrados como para terceros. Todas las redes deben ser correctamente dimensionadas, planificadas y registradas ante el órgano de control para poder comprobar que la seguridad sea acorde a la normativa vigente. Periódicamente se deben ejercer verificaciones de rutina, evaluar sus resultados, programar y ejecutar las tareas que corrijan las deficiencias o que puedan optimizar el servicio. También los vehículos, equipos y herramientas deben someterse a revisiones regulares, según sus características y plazos que les sean propios, para garantizar su funcionamiento correcto y seguro. De todo ello se debe obtener registro y documentación detallada y certificada por los colegios profesionales pertinentes o por las empresas verificadoras, que deberá a su vez ser presentada ante el Ente para su conocimiento y comprobación.

Obviamente la planificación de todas esas tareas corresponde a los profesionales asesores del área eléctrica y del área de seguridad e higiene, pero en la cabeza del dueño de la empresa -o en el caso de las cooperativas en los miembros del consejo de administración- está la responsabilidad primaria de llevarlas a cabo.

Por último, arribamos a la consideración del tema de la responsabilidad civil como debilidad jurídica existente en la situación actual de ejecución del contrato. Como ya se viera, la actividad desarrollada maneja una cosa riesgosa, y por tanto existe el deber de cuidado al que se refiere el art. 1710 del Código Civil y Comercial. No obstante, más adelante en los art. 1722 y 1723 del mismo Código se define que el daño que proviene de los vicios o riesgos propios de la cosa que se maneja, o de la cual uno se sirve o se es propietario o custodio, o cuando la actividad desplegada debe asegurar un resultado determinado (en este caso la seguridad de propios y terceros), el factor de atribución es objetivo, lo cual equivale a decir que se responde ante él sin necesidad de culpa⁵⁶. Se trata de una responsabilidad civil objetiva. La primera recomendación al respecto es la de analizar detenidamente, con asesores de seguros experimentados, todos los factores de riesgo potencial en la explotación, y contratar las pólizas adecuadas que puedan responder ante la eventualidad de producir daños por esta causa y solventar la reparación debida, para que no impacte en el equilibrio económico financiero de la empresa. Este análisis debiera renovarse periódicamente para incluir aquellos cambios significativos que normalmente pueden darse en el desarrollo de una actividad empresarial.

Pero se habrá de tener especialmente en cuenta que para que la responsabilidad sea objetiva y tenga la cobertura de la eventual indemnización por parte de la compañía de seguros, el responsable de la cosa o el hecho productor del daño debió haber obrado con la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar⁵⁷. Si el agente responsable (entiéndase para nuestro trabajo la Cooperativa, o el Consejo de Administración) ha omitido este deber de cuidado en la prevención del daño, el factor de atribución pasa a

⁵⁶ La culpa se define en el art. 1724 del CCyC como la omisión de la diligencia debida, y comprende a la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión.

⁵⁷ *Ídem* anterior.

ser subjetivo, y perderse la cobertura contratada. Aquí cobra una relevancia singular lo que se ha venido señalando hasta aquí. Se torna imperioso para las cooperativas dar cumplimiento a toda la normativa reglamentaria y contractual, porque su omisión podría interpretarse como un obrar negligente, y ante la eventual ocurrencia de un daño, quedar expuesto a la reparación del mismo sin posibilidad de exigir la cobertura del seguro.

En la sentencia del albañil electrocutado de Nono, se puso de manifiesto la importancia de una revisión detallada del estado de la documentación anexa que revele la situación real de los bienes bajo la responsabilidad de la prestataria, pero también la urgencia de programar y realizar todas las tareas de control y verificación de las instalaciones libradas al servicio eléctrico, aún de aquellas que estando fuera del listado concreto, caen dentro de la guarda de la prestataria por el solo hecho de estar al alcance de su guarda, como el de la línea de alta tensión de EPEC.

Corolario.

Es dable destacar a esta altura que luego del examen completo del contrato de concesión, se puede inferir que todas sus cláusulas reafirman, como no podría ser de otra manera, la normativa contenida en las leyes provinciales 8.835, 8.836 y 8.837, cuyo propósito era el de ordenar el sector público y definir la política de los servicios que el Estado debía prestar a la ciudadanía, en particular el de los Servicios Públicos propiamente dichos y el Marco Regulatorio de la Energía Eléctrica.

Como ya se ha enunciado, los intereses de ambas partes del contrato son concurrentes. Solo restaría en consecuencia acordar las soluciones correctas en aquellos temas en conflicto.

Pero en orden al mayor riesgo jurídico al que se exponen las cooperativas, para este estudio queda claro que es el de la Responsabilidad Civil Subjetiva. Las prestatarias solidarias deben evaluar profundamente sus debilidades: ordenar sus registros contables y presupuestar y encarar las tareas necesarias que permitan eliminar esa fuente de riesgo considerable.

Al cierre de este ensayo, un nuevo marco regulatorio de la electricidad en la Provincia de Córdoba se encuentra en ciernes. Uno de los objetivos más importantes de esa decisión del Estado es el de implementar la Tarifa Única de Distribución. Se abre un nuevo escenario de debate donde las partes podrán exponer sus diferentes situaciones. Pero modestamente a juicio de quien suscribe este análisis, desde el punto de vista de las cooperativas, la problemática sigue siendo la misma que se ha evaluado hasta aquí.

Referencias.

BARREIRO R. A. (2002). *Derecho de la Energía Eléctrica*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Ábaco.

BELTRAMO C. F. (1986). Los Servicios Públicos y las Cooperativas. En *Temas de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires: Intercoop Editora Cooperativa Ltda.

BIDART CAMPOS G. J. (2008). *Compendio de Derecho Constitucional*. (1ª Ed.) (1ª Reimp.). Buenos Aires: Ediar.

BORETTO M. (2015). Comentarios a los Arts. 146 a 148. CAMELO G., PICASSO S., HERRERA M. (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo I*. (pp. 286-290). Buenos Aires: Infojus.

CRACOGNA D. (1992). *Problemas actuales del Derecho Cooperativo*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Intercoop Editora Cooperativa Ltda.

CRACOGNA D. (2006). *Comentarios a la Ley de Cooperativas*. (3ª Ed.). Buenos Aires: Intercoop Editora Cooperativa Ltda.

CRACOGNA D. (2013). El Acto Cooperativo y la Defensa del Consumidor. En *Publicación N°24 del Gabinete Universitario de Investigación, Docencia y Extensión sobre Cooperativas y otras entidades de la Economía Social (GIDECOOP)*. Departamento de Ciencias de la Administración. Universidad Nacional del Sur. Bahía Blanca. Argentina.

CUESTA E. M. (1981). Naturaleza jurídica de las cooperativas. En *Revista de Idelcoop, Buenos Aires, Argentina, Volúmen 8 N° 31*. Recuperado de <http://www.idelcoop.org.ar/sites/www.idelcoop.org.ar/files/revista/articulos/pdf/81041301.pdf> el 24/01/18.

DROMI R. (1998) *Tratado de Derecho Administrativo*. (7ª Ed.). Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

FURLÁN A. (2017). La transición energética en la matriz eléctrica argentina (1950-2014). En *Revista Universitaria de Geografía, editada por el Departamento de Geografía y Turismo de la Universidad Nacional del Sur, versión on-line ISSN 1852-4265, vol 26, N° 1*. Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1852-42652017000100006#a1.

GARGARELLA R., GUIDI S. (Coord.) (2016). *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: Una Mirada Igualitaria*. (1ª Ed.). Buenos Aires: La Ley.

GHÍA A. (2012). *Bicentenario de la Argentina: Historia de la Energía Eléctrica*. (1ª Ed.). Buenos Aires: FODECO.

GORDILLO A. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo II*. (8ª Ed.). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. Versión Digital en www.gordillo.com.

ILDARRAZ B., ZARZA MENSAQUE A. R., VIALE C. (2001). *Derecho Constitucional y Administrativo* (2ª Ed.). Córdoba: Ediciones Eudecor.

JOSÉ S. M. (2015). *Estudio de los Costos Incurridos en la Prestación del Servicio Eléctrico de una Cooperativa*. Trabajo Final de Grado no publicado. Escuela de Ingeniería Industrial de la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales. Universidad Nacional de Córdoba.

LARDONE M. (2001). El Estado Nuevo: análisis de la reforma del Estado en Córdoba. *Ponencia del Primer Congreso Argentino de Administración Pública, organizado por la Asociación de Administradores Gubernamentales*. Rosario 30/08/2001. Recuperado de www.asociacionag.org.ar/pdfcap/1/lardone_martin.pdf el 18/07/2018.

LÓPEZ DE ZAVALÍA F. J. (1997). *Teoría de los Contratos – Tomo 1 Parte General*. (4ª Ed.). Buenos Aires: Zavalía.

PÉREZ HUALDE A. (2017). *Concesión de Servicios Públicos*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Astrea.

PERRINO P. E. (2015). *La Responsabilidad del Estado y Los Funcionarios Públicos – Código Civil y Comercial (Ley 26.944 comentada)*. (1ª Ed.). Buenos Aires: La Ley.

PICASSO S., SAÉNZ L. R. J. (2015). Comentarios a los Arts. 1708 a 1756. CARAMELO G., PICASSO S., HERRERA M. (Dirs.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo IV*. (pp. 407-478). Buenos Aires: Infojus.

SACRISTÁN E. B. (2008). Los marcos regulatorios de los servicios públicos en el art. 42 de la Constitución. En DALLA VÍA A., GARCÍA LEMA A. (dirs.), *La Constitución reformada y sus normas reglamentarias. Nuevos derechos y garantías*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, T. II, págs. 243-274. Recuperado de <http://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones.html>.

SACRISTÁN E. B. (2008). Los Servicios Públicos en Argentina (Una mirada constitucional). En *Revista de Derecho Político, Universidad de Educación a Distancia (UnED), Madrid, España, N° 71-72*, págs. 829-870. Recuperado de <http://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones.html>.

TARZIA M. V. (2016). Modelo Regulator, Servicios Públicos y Derechos de Usuarios y Consumidores en la Constitución Nacional. En GARGARELLA R., GUIDI S. (Coord.). *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: Una Mirada Igualitaria. Tomo 2* (pág. 796-823). Buenos Aires: La Ley.

YUNI, J. A. y URBANO C. A. (2014). *Técnicas para investigar: Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación – Volumen 2*. (2ª Ed.). Córdoba: Brujas.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	MEDINA, Mario Javier
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	14.572.738
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Estudio del Contrato de Concesión del Servicio Público de Energía a Distribuidores Cooperativos en la Provincia de Córdoba y sus implicancias jurídicas actuales.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	mario.javier.medina@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.
