

EL ESTATUTO DE LOS CONSUMIDORES Y LOS USUARIOS ENERGÉTICOS

THE STATUTE OF CONSUMERS AND ENERGY USERS

Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE*

RESUMEN: El modelo de Estado de garantía de prestaciones desde el punto de vista jurídico-político constituye la más avanzada expresión del Estado social y democrático de Derecho, en tanto que desde la perspectiva del sistema económico implica el desarrollo de una economía social de mercado. El artículo se centrará en contribuir al estatuto de los consumidores y los usuarios de los servicios energéticos como destinatarios de la regulación. Asimismo, se divide en los siguientes apartados: los fundamentos normativos de los derechos de los consumidores y los usuarios de los servicios energéticos; el derecho de los consumidores y los usuarios a la participación en los procedimientos administrativos de regulación normativa y los derechos de los consumidores y los usuarios ante los servicios energéticos.

PALABRAS CLAVE: derechos de los consumidores; usuarios de los servicios energéticos; procedimientos administrativos de regulación normativa; garantía del derecho a la participación en los asuntos públicos; participación en los derecho de acceso al servicio energético

ABSTRACT: The model of state of guarantee of benefits from the legal-political point of view constitutes the most advanced expression of the social and democratic State of Law, while from the perspective of the economic system implies the development of a social market economy. The article will focus on contributing to the status of consumers and users of energy services as recipients of regulation. It is also divided into the following sections: the normative foundations of the rights of consumers and users of energy services; The right of consumers and users to participate in administrative regulatory procedures and the rights of consumers and users to energy services.

KEYWORDS: Consumer rights; Users of energy services; Administrative regulatory procedures; Guarantee of the right to participate in public affairs; Participation in the right of access to the energy service.

* Doctor en Derecho. Profesor en la Maestría en Derecho Energético y Sustentabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Contacto: <www.hernandezmendible.com>. Fecha de recepción: 22 de marzo de 2017. Fecha de aprobación: 27 de abril de 2017.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los fundamentos normativos de los derechos de los consumidores y los usuarios de los servicios energéticos*. A) *En el contexto europeo*. B) *En el contexto internacional*. C) *En el contexto americano*. D) *En los contextos nacionales*. III. *El derecho de los consumidores y los usuarios a la participación en los procedimientos administrativos de regulación normativa*. A) *La competencia normativa de las autoridades administrativas*. B) *La garantía del derecho a la participación en los asuntos públicos*. C) *Las ventajas de garantizar la participación en la regulación de los servicios energéticos*. IV. *Los derechos de los consumidores y los usuarios ante los servicios energéticos*. A) *El derecho al establecimiento del servicio energético*. B) *El derecho de acceso al servicio energético*. C) *El derecho a la prestación del servicio energético*. D) *El derecho a elegir el servicio energético que se necesita*. E) *El derecho a la información para ejercer el control del servicio energético*. F) *El derecho al resarcimiento como consecuencia de la prestación del servicio energético*. V. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

En la mayoría de los países de tradición jurídica latina, inicialmente se adoptó una manera de intervención del Estado en la economía, que se desarrolló dentro de una regulación de primera generación, donde se establecía una titularidad del Estado sobre las actividades de servicios públicos (*publicatio*) y los bienes públicos (afectación). Esta titularidad y afectación se justificaban en la creencia que la satisfacción del interés general era tarea exclusiva del Estado y en la presunta existencia de un monopolio natural, que hacía al Estado totalmente responsable tanto de la prestación de los servicios, como del uso y aprovechamiento de los bienes públicos, en virtud de lo que este podía decidir discrecionalmente prestarlos o utilizarlos, bien de manera directa o convocando a los particulares para participar en la gestión y aprovechamiento, estando estos condicionados para realizar la explotación de

la actividad o el uso de los bienes, a la previa obtención de una habilitación administrativa constituida generalmente por una concesión, que se convertía en el título que les transfería temporalmente a los particulares, el derecho de gestión de la actividad o de uso del bien -en principio- en régimen de monopolio, dentro de un mercado cautivo y en ejercicio de derechos exclusivos de explotación o aprovechamiento. Esto no impidió, -aunque ello era menos común-, el establecimiento de un mercado disputable donde la competencia quedaba restringida a pocas personas en zonas geográficas determinadas, debiendo tales personas efectuar la explotación de la actividad como el uso de los bienes públicos. Ello debía ejecutarse conforme a las previsiones del título habilitante, al igual que la realización de todas las actividades esenciales, así como aquellas que no lo eran, pero que se encontraban comprendidas expresa o implícitamente en la gestión del sector, las cuales serían financiadas mediante un régimen uniforme de tarifas fijadas por el Estado y sometido a un marco jurídico preeminente de Derecho público, que regía tanto a toda la actividad de servicio público como a los bienes públicos, en lo que se conoció como el modelo de Estado prestacional (productor de bienes y prestador de servicios).¹

Luego de la revolución científica y tecnológica que se iniciaba en el mundo en el último tercio del siglo XX y se sigue experimentado actualmente, se presentó una crisis en el modelo tradicional de intervención del Estado en la economía, que condujo a una nueva regulación, que evidentemente no podía ser igual que su predecesora, porque se sustentaba en un nuevo orden jurídico,

¹ Sobre la evolución experimentada en las modalidades de intervención del Estado en materia de servicios públicos, puede consultarse ARAUJO-JUÁREZ, José, *Derecho Administrativo General. Servicio Público*, Caracas, Ediciones Paredes, 2010, pp. 29-96; BREWER-CARÍAS, Allan R., "A manera de prólogo sobre el marco constitucional de los servicios públicos, al libro los Servicios Públicos Domiciliarios", en *Los Servicios Públicos Domiciliarios*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)-Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO-UMA), 2012, pp. 17-41.

económico, tecnológico, social y cultural que originalmente surge en la denominada Sociedad de la Información y en la actualidad transita hacia la Sociedad del Conocimiento y la Innovación.

El paso al nuevo modelo de intervención del Estado en la economía, se construye anclado en una regulación de segunda generación, donde desaparece la titularidad del Estado sobre la actividad (*despublicatio*) y sobre los bienes públicos (desafectación), por ende se extinguen los derechos de explotación exclusiva y en régimen de monopolio que ostentaban el Estado o los particulares por delegación de aquel, dando paso al ejercicio de los derechos y libertades económicas, como la libertad de empresa, la libre iniciativa empresarial, la propiedad privada sobre los bienes que pueden ser considerados esenciales -sujeta a restricciones, limitaciones y obligaciones por razones de interés general-, la libre competencia, lo que supone el traslado de la responsabilidad de la gestión económica de los servicios o del uso de los bienes a los operadores privados, que para explotarlas o utilizarlos requieren una habilitación administrativa de autorización reglada y que realizarán las actividades de prestación o uso de bienes en función de la oferta y la demanda, disputándose el mercado entre sí y en los casos que la libre competencia en el mercado no sea capaz de garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, se encontrarán sujetos a que potencialmente se le establezcan obligaciones de servicio universal, así como servidumbres y cargas sobre los bienes, estando únicamente obligados a realizar las actividades estrictamente esenciales que deben prestarse en las condiciones técnicas, de calidad y asequibilidad económica que determine el ente regulador de conformidad con la ley.

En tal caso concurrirá el régimen de financiación mediante la formación competitiva de precios, en las prestaciones que son claramente disputables; con el régimen de financiación mediante tarifas de las actividades que se prestan bajo la modalidad de servicio universal, dentro de un marco jurídico mixto, que por las características de la actividad ha conducido a proponer una nueva rama donde convergen distintas disciplinas jurídicas, que podría ser denominada *Derecho de los servicios energéticos*, todo

ello en el modelo de Estado de garantía de prestaciones (regulador *ex ante*).²

Este modelo de Estado de garantía de prestaciones desde el punto de vista jurídico-político constituye la más avanzada expresión del Estado social y democrático de Derecho, en tanto que desde la perspectiva del sistema económico implica el desarrollo de una economía social de mercado,³ que es justamente donde la regulación encuentra el mejor escenario para lograr la consecución de los objetivos de interés general, es decir, para que se puedan ejercer las libertades económicas (libertad de empresa, libre competencia y libre iniciativa privada) en cuanto sea posible y se produzca la intervención del Estado que sea necesaria, para que todas las personas cuenten con pluralidad de bienes y servicios de calidad, a buenos precios (libertad de elección para satisfacer las necesidades).⁴

² CASSESE, Sabino, *La Nuova Costituzione economica*, Roma, Editori Laterza, 1995; MAJONE, Giandomenico, *La Communauté Européenne: Un État Régulateur*, Paris, Montchrestien, 1996; BIANCHI, Alberto, *La regulación económica*, t. I, Buenos Aires, Ábaco, 2001; MORENO CASTILLO, Luis, *Servicios Públicos Domiciliarios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; SENDÍN GARCÍA, Miguel A., *Regulación y servicios públicos*, Granada, Comares, 2003; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., “La regulación de los servicios públicos competitivos”, *Revista Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, núms. 21-23, 2003, pp. 229-258; “La regulación económica”, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario*, Caracas, UCAB, t. II, 2004, pp. 691-746; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*, 3a. ed., Comares, Granada, 2004; CARBAJALES, Mariano, *El Estado regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado*, Ábaco, Buenos Aires, 2006; HERNÁNDEZ, José I., *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2006.

³ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., “Economía Social de Mercado en el Estado de Garantía de Prestaciones”, en RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime y PERNAS GARCÍA, José (coords.), *Libro Homenaje a José Luis Meilán Gil*, Buenos Aires, RAP, 2013, pp. 331-348.

⁴ Las constituciones políticas definen desde la perspectiva política-constitucional, los fundamentos del Estado social y democrático de Derecho y en el aspecto económico reconocen la libertad de la iniciativa privada, que se

Sin entrar en el análisis del debate entre la asunción de la mínima regulación o de la regulación para la consecución de los objetivos de interés general y sin dejar de mencionar que he apostado por esta última tesis⁵, debe tenerse presente que el estudio de la actividad de gestión de los servicios energéticos no puede ser abordada sin considerar que no hay mercado sin demanda, ni regulación sin destinatarios de la misma, por lo que en esta ocasión el presente trabajo se centrará en contribuir a construir el estatuto de los consumidores y los usuarios de los servicios energéticos, como unos de los destinatarios de la regulación.

ejerce en un modelo de economía social de mercado, en el que corresponde al Estado actuar en la promoción de los servicios energéticos e infraestructuras, estimular la libertad de empresa, comercio e industria, reconocer el pluralismo económico y admitir que la economía se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. También en las constituciones políticas expresamente se asume el principio de concurrencia privada y pública en la actividad empresarial, por lo que únicamente se puede realizar esta previa autorización de ley y cuando medien razones de conveniencia nacional y de carácter estratégico e igualmente se encomienda al Estado facilitar y vigilar la libre competencia, así como la asunción de la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, en razón de lo que debe garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran en el mercado.

Sin ánimo de agotar la bibliografía sobre la materia, además de la mencionada en anterior oportunidad en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., *Hacia un régimen común de los servicios públicos competitivos, El Derecho Administrativo y la Modernización del Estado Peruano, III Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Lima, Grijley, 2008, p. 234, se recomiendan las contribuciones contenidas en esa misma publicación y más recientemente, VIGNOLO, Orlando (coord.), *Teoría de los Servicios Públicos*, Grijley, Lima, 2009; ZEGARRA VALDIVIA, Diego, “Apuntes entorno a la caracterización jurídica de los usuarios de servicios energéticos y la actividad de la Administración reguladora” en *Modernizando el Estado para un país mejor, IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Lima, Palestra, 2010, pp. 327-346.

⁵ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., *Telecomunicaciones, Regulación y Competencia*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, 2009; y “La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de garantía de prestaciones” en *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 1159-1177.

Para una mayor claridad en la exposición dividiré el presente trabajo en los siguientes aspectos a saber: Los fundamentos normativos de los derechos de los consumidores y los usuarios de los servicios energéticos (II); el derecho de los consumidores y los usuarios a la participación en los procedimientos administrativos de regulación normativa (III); los derechos de los consumidores y los usuarios ante los servicios energéticos (IV); y, las consideraciones finales (V).

II. LOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS ENERGÉTICOS

Tanto la comunidad internacional como los gobiernos nacionales⁶ han ido mostrando cada vez mayor interés en la protección de los consumidores y los usuarios de los servicios esenciales, a los fines de garantizar tanto la satisfacción de las necesidades básicas como un trato adecuado y justo a las personas.

En efecto a partir del último tercio del siglo XX, se produjeron varios documentos internacionales destinados a brindar la protección de los consumidores, que se expondrán brevemente atendiendo a los espacios geográficos en que se produjeron y conforme a su aparición cronológica.

⁶ Se atribuye al discurso de John F. Kennedy, en su *Mensaje Especial al Congreso sobre protección de los intereses de los Consumidores*, de 15 de marzo de 1962, donde se enunciaron por vez primera, cuatro derechos de los consumidores: el derecho a la seguridad, el derecho a ser informado, el derecho a elegir y el derecho a ser oído. Cfr. ACEDO PENCO, Ángel, Los derechos básicos de los consumidores reconocidos en el art. 51 de la Constitución y su ulterior desarrollo mediante el estatuto de los consumidores de Extremadura, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXI, Universidad de Extremadura, 2003, p. 341.

A) EN EL CONTEXTO EUROPEO

Es así como el Comité Consultivo del Consejo de Europa, mediante resolución 543/73, elaboró la Carta Europea de protección de los consumidores⁷, en el que se proponían los derechos a la protección y asistencia a los consumidores, el derecho a la reparación del daño ocasionado al consumidor por la circulación de productos defectuosos, a la información y educación, así como a la organización en asociaciones y a ser representados por estas.

Ello sería el antecedente de la Resolución del Consejo, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores⁸, y posteriormente, a la Resolución del Consejo, de 19 de mayo de 1981, relativa a un segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores.⁹

Luego en los Tratados de Maastricht en 1992, Amsterdam en 1997 y Lisboa en 2007, se fue avanzando moderadamente al contemplar una mención al tema de la protección de los consumidores, llegando así a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en vigor a partir de 1° de diciembre de 2009, que reconoce en su artículo 38 los principios que rigen los derechos de los consumidores.¹⁰

Estos textos principistas son desarrollados por la normativa europea sectorial, al regular tanto el mercado desde la perspectiva

⁷ Sobre los derechos de los consumidores y usuarios en Europa, se recomienda RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y CANOSA USERA, Raúl, (Coord.), *Derecho de los consumidores y usuarios. Una perspectiva integral*, Madrid, Centro Universitario Villanueva-Netbiblo, 2008.

⁸ DOCE, núm. C 092, de 25 de abril de 1975, consultado en: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31975Y0425\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31975Y0425(01))>.

⁹ DOCE, núm. C 133, de 03 junio de 1981, consultado en: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A31981Y0603\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A31981Y0603(01))>.

¹⁰ DOUE núm. C 303, de 14 de diciembre de 2007, consultado en: <<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm>>.

de la oferta, como de la demanda, siendo en este último donde se ubican los derechos de los consumidores.

Es por ello que no obstante las anteriores referencias genéricas, a los fines de este trabajo interesa mencionar que el denominado tercer paquete de la Unión de la Energía, estableció los estándares para mejorar el funcionamiento del mercado interior de la energía y buscar resolver algunos problemas de funcionamiento, contemplando entre otros aspectos la búsqueda de una mayor transparencia en los mercados, en beneficio de los consumidores minoristas.

Sobre este aspecto se deben destacar dos Directivas: La Directiva 2010/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010,¹¹ relativa a la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada, lo que permitirá que los consumidores ejerzan su derecho a elegir los productos más eficientes; y la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012¹², relativa a la eficiencia energética, que permite a los consumidores gestionar su demanda, brindándoles un acceso fácil y gratuito a la información sobre el consumo, en virtud de un sistema de medición individual.

Esta normativa europea del sector energético sobre los derechos de los consumidores, debe ser desarrollada por los países de la Unión, pero tal adecuación escapa al desarrollo de este trabajo.

B) EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

El primer pronunciamiento de cobertura mundial, lo realizó la Organización de las Naciones Unidas cuando aprobó la Resolu-

¹¹ DOUE L 153/1, de 18 de junio de 2010, consultado en: <http://www.f2e.es/uploads/doc/20130806094406.directiva_2010_30_ue.pdf>.

¹² DOUE L 315/1, de 14 de noviembre de 2012, consultado en: <http://www.f2e.es/uploads/doc/20130806094341.directiva_2012_27_eu.pdf>.

ción 39/248, de 16 de abril de 1985, que establece directrices de las Naciones Unidas para la protección al consumidor como cuestión temática, para orientar las políticas y leyes de los Estados miembros¹³. En esencia se reconocen los derechos a la protección frente a los riesgos de salud y seguridad, la protección de los intereses económicos de los consumidores, el acceso de los consumidores a la información adecuada, la educación del consumidor, la posibilidad de reparación efectiva por los daños y la libertad de constituir grupos u organizaciones para la defensa de los derechos.

Aunque estas directrices han tenido una vigencia de treinta años, como se mencionará más adelante, durante este tiempo la Organización Internacional de Normalización (ISO), se embarcó en el proyecto de desarrollar una iniciativa que se abordó a partir de 2001 por la ISO/COPOLCO, Comisión de política de los consumidores y que llevó en 2003, a la constitución del Grupo *ad hoc* de múltiples partes interesadas de ISO en Responsabilidad Social y a que en 2004 ISO celebrara una conferencia internacional de múltiples partes interesadas, respecto a si se debería efectuar o no el trabajo en Responsabilidad Social. De donde surgió la recomendación positiva que llevó a la creación a finales de ese mismo año del Grupo de Trabajo de ISO sobre Responsabilidad Social (ISO/WG SR) para desarrollar las normas internacionales ISO 26000:2010, de Guías sobre Responsabilidad Social.¹⁴

Esta ISO tiene un capítulo dedicado a los consumidores. Se trata de normas cuyo propósito es el fomento del cumplimiento voluntario de los criterios establecidos por las organizaciones, más allá de la legislación que es siempre obligatoria y vinculante para todos, en cada país.

Los asuntos abordados sobre consumidores se resumen en los siguientes aspectos: prácticas justas de marketing, información objetiva e imparcial y prácticas justas de contratación; protección

¹³ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 39/248, de 16 de abril de 1985.

¹⁴ Consultado en: <<http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm>>.

de la salud y seguridad de los consumidores; consumo sostenible; servicios de atención al cliente, apoyo y resolución de quejas y controversias; protección y privacidad de datos de los consumidores; acceso a servicios esenciales; y, educación y toma de conciencia.¹⁵

Más recientemente, con motivo de los 30 años de aquella histórica resolución, la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Resolución 70/186, de 22 de diciembre de 2015, que establece las nuevas directrices de las Naciones Unidas para la protección al consumidor, que ha sido distribuida a partir del día 4 de febrero de 2016.¹⁶

En esta resolución se pueden destacar tres directrices concretas en materia de energía, sin perjuicio de las referencias generales a la protección de los derechos de los consumidores.

Es así como se indica que los Estados deben promover los intereses del consumidor, particularmente en los países en desarrollo y a tales fines deberán dar prioridad cuando proceda, a lo relacionado con la salud del consumidor, -como los alimentos, el agua, los productos farmacéuticos-, la energía y los servicios públicos, así como abordar los aspectos específicos de turismo. Estos deben adoptar o mantener políticas para asegurar el control de calidad de los productos, medios de distribución adecuados y seguros, sistemas internacionales normalizados de etiquetado e información, y programas de educación e investigación en estos ámbitos, debiendo hacer todo ello conforme a lo establecido en las directrices.¹⁷

En concreto, los Estados deben promover el acceso universal a la energía no contaminante y formular, mantener o reforzar políticas nacionales para mejorar el suministro, la distribución y la calidad de energía, que sea económicamente asequible a los consumidores en función de su situación. En razón de ello, debe

¹⁵ Consultado en: <http://www.iso.org/iso/discovering_iso_26000-es.pdf>.

¹⁶ O.N.U., Resolución 70/186, de 22 de diciembre de 2015, consultado en: <http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d186_es.pdf>.

¹⁷ Directriz núm. 69 de la Resolución 70/186.

prestarse atención al establecimiento de los niveles apropiados de servicio, calidad y tecnología, la supervisión regulatoria, la necesidad de contar con programas de sensibilización y la importancia de la participación de la comunidad.¹⁸

Estas directrices específicas en materia de energías son fundamentales para la construcción del Estatuto de los consumidores a nivel mundial.

C) EN EL CONTEXTO AMERICANO

El Mercado Común del Sur, la Comisión Técnica Séptima emitió cinco resoluciones relacionadas con los derechos de los consumidores. Es así como se tienen la Resolución 123/96, que establece los conceptos fundamentales del Derecho del Consumidor; la Resolución 124/96, que establece una declaración de los derechos básicos de los consumidores; la Resolución 125/96, que fija las pautas concretas para lograr una efectiva protección de la salud y seguridad de los consumidores; la Resolución 126/96, que establece los criterios para la publicidad de los bienes y servicios destinados al consumo; y la Resolución 127/96, posteriormente sustituida por la Resolución 42/98, que establece las condiciones y alcances que debe cumplir toda garantía contractual de los productos comercializados.¹⁹

Estas Resoluciones disponen que su contenido deberá ser incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales y que no entrarían en vigor hasta que se aprobase el Reglamento Común para la Defensa del Consumidor, que hasta el presente no se ha aprobado.²⁰

¹⁸ Directriz núm. 76 de la Resolución 70/186.

¹⁹ MERCOSUR, Resoluciones de 13 de diciembre de 1996.

²⁰ Sostiene LIMA MARQUES, que en el Proyecto de Reglamento, “os direitos do consumidor não são considerados pelos órgãos do Mercosul como direitos fundamentais de nenhum cidadão dos países membros, mas sim como barreiras ao comércio que prejudicam os fornecedores-nacionais e devem ser reduzidos ao máximo, inclusive em sua interpretação de norma já reduccionis-

Posteriormente, se produjo la Declaración Presidencial de Florianópolis, que consiste en una declaración política más que jurídica, en la que se formula la Declaración de derechos fundamentales de los consumidores del MERCOSUR.²¹

Por su parte, en la Comunidad Andina se expidió la Decisión N° 608, que contiene las Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina²², que de manera refleja hacen referencia a la protección de los derechos de los consumidores y también se ha producido la Decisión N° 638, sobre los lineamientos para la protección al usuario de telecomunicaciones.²³

La normativa sucintamente mencionada, evidencia que en el ámbito de protección de los derechos de los consumidores de bienes y servicios energéticos no existe una regulación especial que los proteja en el contexto americano.

D) EN LOS CONTEXTOS NACIONALES

En las legislaciones nacionales, aunque con distintos niveles de desarrollo, los países han ido estableciendo disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias para garantizar los derechos de los consumidores.²⁴

ta²². LIMA MARQUES, Claudia, Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul - Primeiras Observações sobre o Mercosul como Legislador da Proteção do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, núm. 23-24, julio/diciembre, Brasília, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 101.

²¹ Declaración de Presidentes del MERCOSUR, de 15 de diciembre de 2000.

²² La Decisión núm. 608, de 29 de marzo de 2005.

²³ La Decisión núm. 638, de 19 de julio de 2006, ha sido comentada por Hernández-Mendible, Víctor R., El estatuto de los usuarios de las telecomunicaciones en la Comunidad Andina, *15 Años de regulación de las telecomunicaciones en Colombia*, Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), Bogotá, 2007, pp. 57-80.

²⁴ A manera de referencia pueden consultarse Durán Martínez, Augusto, Los servicios públicos y los derechos de los usuarios. Tendencias actuales en el Uruguay, *Revista de Derecho Público* núm. 26. Montevideo, 2004, pp. 54-

En esencia estos derechos de las personas, que requieren adquirir bienes o el uso de servicios, se pueden resumir en los siguientes:

El primero, es el reconocimiento del derecho de las personas naturales o jurídicas a demandar la producción de bienes y exigir la prestación de servicios de calidad, pero no se trata de cualquier calidad, sino a una conforme a los estándares técnicos mínimos establecidos, los que se van elevando en la medida que el desarrollo tecnológico y el avance de la Sociedad del Conocimiento y la Innovación lo requieren.

El segundo, que se encuentra interrelacionado con el anterior, es el derecho de las personas a que se les brinde información adecuada y no engañosa sobre el bien o servicio que demandan, debiendo esta información señalar el contenido y características de los productos y servicios, para que el interesado pueda saber si se ajusta a sus necesidades y en consecuencia, proceder a adquirirlos o contratarlos.

El tercero, es el derecho a la libertad de elección, lo que implica la existencia de pluralidad de ofertas, valga decir, la producción de bienes y prestación de servicios de distinta calidad -que nunca pueden ser inferiores a los mínimos técnicamente establecidos-, modalidades y precios, que permitan la existencia de una oferta variada y que como consecuencia las personas tengan la posibilidad de elegir libremente los bienes o servicios que desean utilizar

60; DELPIAZZO, Carlos E., “Régimen jurídico de los usuarios de los servicios públicos y de interés general en Uruguay” en *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*, La Coruña, Netbiblo, 2008, pp. 248-269; y del mismo autor, “Deberes y derechos de los usuarios de servicios públicos en Uruguay”, *Derecho Administrativo Iberoamericano (Discrecionalidad, Justicia administrativa y Entes reguladores)*, vol. II, Ciudad de Panamá, Netbiblo, 2009, pp. 451-472; HERNÁNDEZ, José I., “La participación de los usuarios de los servicios públicos desde el Derecho Administrativo venezolano”, HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., (coord.) en *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, Caracas, Ediciones Paredes, t. II, 2009, pp. 875-892; ARAUJO-JUÁREZ, José, *Derecho Administrativo General. Servicios Públicos*, Caracas, Ediciones Paredes, 2010.

o consumir para satisfacer sus necesidades básicas, teniendo en cuenta su poder adquisitivo y sus auténticas necesidades.

El cuarto, es el derecho de los consumidores y los usuarios a exigirle a los productores de bienes y prestadores de servicios, que le dispensen un trato equitativo, digno y sin discriminación de ninguna naturaleza.

El quinto, es el derecho a contar con los mecanismos idóneos para garantizar tales derechos: de carácter legislativo o reglamentario (normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios); de carácter administrativo (procedimientos sencillos y expeditos de defensa del consumidor ante las autoridades administrativas); y de carácter jurisdiccional (que establezcan reparaciones por daños o condenas por delitos).

Es importante mencionar que el empleo de la expresión “consumidores” es polisémico, en el sentido que comprende a los consumidores propiamente tales, a los usuarios y a los suscriptores. No obstante siendo posible diferenciar desde una perspectiva técnico-jurídica entre consumidores, usuarios y suscriptores, se procederá a hacerlo a continuación:

En primer término se consideran consumidores, a todas las personas naturales o jurídicas que utilizan o disfrutan de bienes de cualquier naturaleza, como destinatarios finales.

En segundo lugar son calificados como usuarios, todas las personas naturales o jurídicas que utilizan una infraestructura o usan o se benefician de los servicios de cualquier naturaleza como destinatarios finales, con independencia de que lo hagan como suscriptores o como simples beneficiarios.

Los anteriores –consumidores y los usuarios– se diferencian de los suscriptores, en que estos son las personas naturales o jurídicas que celebran un contrato de provisión o adquisición de bienes, de uso de infraestructuras o de prestación de servicios, en su condición de titulares del mismo, es decir, son quienes asumen formalmente todos los derechos y las obligaciones que derivan del contrato frente al proveedor de bienes, al gestor de las infraestructuras o al prestador de los servicios.

Se debe mencionar que pueden coincidir en una misma persona la condición de consumidor y suscriptor o de usuario y suscriptor, pero también puede darse el caso que el consumidor o el usuario, sea distinto del suscriptor.

Dicho esto se va a analizar, más allá del catálogo de derechos de los consumidores en sentido amplio, enunciados de manera general o sectorial en los ordenamientos jurídicos, algunas modalidades de protección del ejercicio de los derechos.

III. EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y LOS USUARIOS A LA PARTICIPACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE REGULACIÓN NORMATIVA

En el epígrafe anterior se ha hecho referencia tanto al Derecho Internacional como al Derecho comunitario europeo y andino para tratar de precisar la construcción del estatuto de los consumidores de los servicios energéticos –estatuto que implica tanto el reconocimiento de derechos como la imposición de obligaciones-, pero este análisis no estaría completo si no se hiciese alguna sucinta referencia a lo que disponen los tratados internacionales sobre el derecho a la participación de las personas en los asuntos públicos.

Al respecto se debe señalar que el derecho a la participación en los asuntos públicos goza de pleno reconocimiento en el ordenamiento jurídico de los derechos humanos²⁵, -que además en algunos países integra el bloque de la constitucionalidad²⁶-, al estar

²⁵ Artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 21.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 20 de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y 23.1 de la Convención Americana de Derecho Humanos.

²⁶ El sistema universal de los Derechos Humanos constituye parte del bloque de la constitucionalidad. DUQUE CORREDOR, Román J., “Postulados y principios. El Sistema constitucional de los Derechos Humanos en la Constitución Venezolana” en *Derecho Administrativo Iberoamericano*. 100 autores en

reconocidos los tratados internacionales válidamente suscritos y aprobados por el Estado, como instrumentos con jerarquía constitucional.

Además el principio democrático reconocido en las constituciones, exige que los órganos que ejercen el poder público garanticen a las personas los mecanismos concretos, que les permitan tomar parte en la adopción de todas las decisiones que los puedan afectar.

Es ello lo que impone, que la potestad atribuida a las autoridades públicas de dictar normas, se ejerza con respeto a los derechos humanos y con sujeción a la Ley y al Derecho. Lo expuesto conduce a efectuar el análisis de la actividad administrativa normativa desde una doble perspectiva, distinta pero complementaria: Una, está relacionada por la atribución del ejercicio de la competencia normativa y la otra, se refiere a la garantía del derecho a la participación en los asuntos públicos. Cada una de ellas será objeto de reflexión separada a continuación.

homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello Caracas, Ediciones Paredes, t. I, 2007, pp. 155-171; en este mismo orden de ideas en otros países de Iberoamérica, se ha expresado que los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, forman parte del “Derecho de la Constitución o bloque de la constitucionalidad”. JINESTA LOBO, Ernesto, “La oralidad en el nuevo Proceso Contencioso-Administrativo” en *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 339; en sentido similar se reconoce que la “decisión de nuestros constituyentes de 1994 de ubicar los tratados de derechos humanos en la cúspide del sistema constitucional –por vía de su incorporación en el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna– al tiempo cerró parcialmente a nivel de regulación positiva una discusión sostenida en el plano jurisprudencial...”. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A., *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 3.

A) LA COMPETENCIA NORMATIVA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

El régimen jurídico general de los servicios energéticos es competencia del Poder Público Nacional, -por ser quien en nombre del Estado administra los bienes y recursos públicos-, correspondiéndole originariamente dicha atribución al Poder Legislativo. En tales términos, la competencia normativa es ejercida de forma primigenia por el Legislador estatal, mediante la expedición de las leyes o la aprobación de los tratados internacionales válidamente suscritos y ratificados por el Estado.

Sin embargo, conforme a la Constitución el gobierno tiene potestad normativa, mediante el dictado de reglamentos, que deben sujetarse al espíritu, propósito y razón de la Ley y que en ningún caso puede lesionar la garantía de la reserva legal, ni menoscabar el goce y ejercicio de los derechos constitucionales. Con estos reglamentos se crean normas de carácter general, que reconocen derechos y establecen obligaciones, a las que quedan sometidas todas las personas que interactúan en un sector económico y social.

El marco normativo de los servicios energéticos lo puede complementar el ministerio competente, que en su carácter de órgano rector del sector, debe formular, planificar, dirigir, coordinar, evaluar y controlar las políticas, planes, programas, proyectos y expedir las normas generales que han de aplicarse en el sector.

Ello es así, porque los ministerios tienen atribuidas la competencia para dictar actos administrativos individuales, es decir, con eficacia jurídica plena frente a determinados consumidores y los usuarios; y también pueden expedir actos administrativos generales, que suponen el ejercicio de la competencia normativa, de rango sublegal y en consecuencia, en ejecución de la ley, dentro del ámbito de su competencia, que tienen incidencia sobre la esfera jurídica de los consumidores y los usuarios de los servicios energéticos.

La potestad normativa debe ser ejercitada con estricta sujeción al Principio de Legalidad, en consecuencia, solo se tiene competencia normativa en los casos expresamente establecidos en la Ley, tal como lo señala la doctrina científica al precisar que “la dotación de las Administraciones independientes con poder normativo precisa inexcusablemente una habilitación legal (formal) expresa y determinada (en el sentido de delimitadora del ámbito, carácter y alcance de la correspondiente potestad normativa)”²⁷ Además se deben respetar los principios de transparencia, eficiencia, eficacia, responsabilidad, objetividad y contradicción, que informan la actividad administrativa, reconocidos en los ordenamientos jurídicos.

El ejercicio de las competencias normativas, supone la realización de un procedimiento administrativo que comprende dos fases: Una, de consultas públicas previas -en principio-, de la cual se dará oportuna información a todos los interesados y se garantizará la posibilidad de que aporten propuestas, opiniones, sugerencias o recomendaciones, a tenor de lo establecido en las leyes (garantía de la participación en los asuntos públicos); y la otra, consiste en la expedición de actos jurídicos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas mediante actos administrativos, los cuales deberán ser publicados en los instrumentos de publicación oficial de los actos jurídicos, llámense gacetas, boletines, diarios o periódicos oficiales (garantía del conocimiento de las decisiones).

Estas dos garantías, llevan a que los entes reguladores adopten una forma de actuación, distinta de la tradicional, pues estos no actúan imponiendo su decisión de manera unilateral, en ejercicio de la potestad de imperio; sino que convocan a los agentes económicos: los operadores interesados, las personas individualmente consideradas, los consumidores y los usuarios agrupados en orga-

²⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano, “La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno. Administración Instrumental” en *Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, t. I, Madrid, Civitas, 1994, p. 651.

nizaciones, la comunidad organizada para que realicen propuestas, hagan observaciones, expongan sus argumentos, en fin, los entes reguladores actúan con ánimo de concertación, con la finalidad de lograr que las decisiones que se adopten, sean el producto del consenso entre los reguladores y los regulados.

Esto lo ha sostenido la doctrina científica al expresar que la autoridad administrativa reguladora “no dispone, como se predicaba en el pasado, de absolutos poderes cuya aplicación depende solo de la valoración que de los intereses públicos relevantes realice el grupo político en el poder”, lo que permite apreciar que “tras la ardua literatura legal que aparece en los Boletines Oficiales, subyace una compleja urdimbre de actos, acuerdos y negociaciones precedentes. El Estado aparece así, más que como un Leviatán, como un modesto componedor entre grupos contrapuestos, algo así como un árbitro, en caso de necesidad, entre poderes recíprocamente moderados o crónicamente en litigio, según se mire”.²⁸

Lo anterior permite afirmar que los entes reguladores tienen competencia normativa para crear preceptos de derecho objetivo, dentro del sector de los servicios energéticos correspondientes a su esfera de competencias y estos actos son válidos y productores de plenos efectos jurídicos, en el contexto del ordenamiento jurídico del Estado.

B) LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS

El régimen democrático contemplado en las constituciones tiene como uno de sus postulados fundamentales, que la soberanía reside en el pueblo y este la ejerce a través de sus representantes o directamente en ejercicio de derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

²⁸ MARTÍN MATEO, Ramón, *Derecho Público de la economía*, Madrid, Ceura, 1985, p. 24.

Este postulado se encuentra en la norma suprema, reconocido como un principio-derecho subjetivo de toda persona a participar libremente en los asuntos públicos²⁹ y establecido de manera general en las constituciones, se puede ejercer a través de los medios que establezca la ley.

El procedimiento administrativo para la expedición de actos jurídicos normativos es distinto de aquel previsto para la expedición de actos administrativos individuales. Es por ello que a continuación se analizarán sus rasgos definitorios.

La justificación del establecimiento de este especial procedimiento administrativo

La Ley debe establecer los estándares mínimos y obligatorios que debe cumplir la Administración Pública al tramitar los procedimientos administrativos dirigidos a la aprobación y expedición de los reglamentos, normas administrativas, planes y programas de alcance general. Es importante destacar que al ser obligatorios no pueden dejar de cumplirse y al considerarse mínimos, conforme a los principios de racionalidad y ponderación, pueden ser aplicados de manera flexible y abierta, para introducir incluso el empleo de las nuevas tecnologías que contribuyan a garantizar los fines que justifican este procedimiento administrativo.

La tramitación de estos procedimientos administrativos por la Administración Pública persigue varias finalidades:

1. Obtener la información necesaria para la aprobación de los reglamentos, normas administrativas, planes y programas.

²⁹ LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “La participación ciudadana en la elaboración de normas administrativas de carácter general”, HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R. (coord.), en *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, Ediciones Paredes, 2007, t. I, pp. 791-818; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., “La participación ciudadana: pasado, presente y futuro” en *Derecho Municipal Comparado*, Caracas, Ediciones Liber, 2009, pp. 807-841.

2. Lograr el encauzamiento del diálogo con otros órganos y entes públicos, con los particulares (interesados) y con los terceros (público en general).
3. Garantizar la adecuada ponderación de las políticas sectoriales y los derechos involucrados, mediante la promoción del derecho a la participación ciudadana, como sustento de la buena gobernanza democrática.

La Administración Pública tiene la obligación de aplicar los principios y criterios en la tramitación del procedimiento administrativo con mayor rigor y amplitud de cumplimiento de su finalidad, en la medida que la regulación legislativa previa sea mínima en la configuración de los estándares para la aprobación de los reglamentos, normas administrativas, planes y programas.

En consecuencia, en tanto exista una mayor libertad de configuración administrativa otorgada por la ley respectiva, se torna más intensa la obligación de la Administración Pública de actuar con sujeción estricta a los principios y criterios mínimos que establece la Ley.

La obligación de realizar el procedimiento administrativo

La Administración competente para elaborar reglamentos, normas administrativas, planes y programas de alcance general, debe actuar con sujeción a los principios y criterios establecidos en el ordenamiento jurídico.

La Ley debe señalar que los órganos y entes públicos deben promover la participación ciudadana en la gestión y decisión pública, sin perjuicio de lo que dispongan la Constitución y las leyes especiales.

En consecuencia, no se trata de una competencia discrecional de las autoridades administrativas, que les permite a su arbitrio decidir si tramitan el procedimiento administrativo y permite la participación de las personas, sino que se trata de una obligación que les impone la ley, cuyo incumplimiento puede afectar lo decidido por dichas autoridades, produciendo la invalidez de las decisiones adoptadas.

Los sujetos que pueden intervenir en el procedimiento administrativo

Al constituir la participación en los asuntos públicos un derecho fundamental, este pueden ejercerlo todas las personas naturales y jurídicas, de modo directo, es decir, a título individual; a través de las asociaciones en que se agrupan o de las comunidades organizadas, mediante la presentación de propuestas y la formulación de opiniones sobre el anteproyecto de texto que constituye el objeto del procedimiento administrativo.

La obligación de registrar a los participantes

Con el fin de garantizar la participación en el procedimiento administrativo dirigido a la toma de decisiones para la expedición de los reglamentos, las normas administrativas, los planes, las políticas y los programas, las autoridades públicas deben llevar un registro de las personas individuales, de las asociaciones en que se agrupan y de la comunidad organizada, cuyo objeto social esté relacionado con el sector, para que todos ellos sean convocados a presentar propuestas y formular opiniones sobre la consulta pública dirigida a adoptar las decisiones correspondientes.

Es importante destacar que no debe imponerse la obligación de las personas de inscribirse en el registro creado por la Administración, la solicitud de inscripción debe ser totalmente voluntaria; lo que existe es la obligación de la Administración de registrar a las personas que cumpliendo los requisitos legales, soliciten la inscripción a los fines de ser llamados o convocados a participar en los respectivos procedimientos administrativos.

El inicio del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo se inicia con la elaboración por la Administración competente de un documento que constituirá el objeto de la consulta, que constituye una suerte de “anteproyec-

to” o “borrador” de los reglamentos, normas, planes y programas de carácter general.

Siempre que la legislación sectorial así lo contemple, los particulares en ejercicio del derecho a la participación en los asuntos públicos pueden ejercer su iniciativa privada, para elaborar y presentar a la Administración competente, el correspondiente anteproyecto de reglamento, norma, plan o programa, a los fines de que sea sometido a la tramitación y consulta prevista en la ley.

En cualquier caso, el anteproyecto para la adopción de reglamentos, normas, planes o programas debe comunicarse a las personas, organizaciones que las agrupan y grupos de la comunidad organizada, que estén inscritos en el registro de participantes de la respectiva Administración.

El deber de publicitar el inicio del procedimiento administrativo

Con la finalidad de lograr la mayor difusión posible sobre el objeto de la consulta pública y para garantizar de la manera más amplia y transparente la participación de todos los interesados en el procedimiento administrativo, concomitantemente a las comunicaciones escritas dirigidas a los inscritos en el registro, la autoridad administrativa debe difundir a través de cualquier medio de comunicación, la oportunidad en que se dará inicio a la recepción de los planteamientos de los interesados en participar en la consulta pública y deberá indicar la duración de la misma. Así mismo, deberá publicarlo en la página web del órgano o ente, en la cual deberá señalar el anteproyecto sobre el cual versará la consulta que se convoca.

Una de las consecuencias de la publicidad del procedimiento administrativo consiste en el deber de permitir la participación del público en general, con independencia de que se pueda ver afectado o no directamente por el proyecto de texto reglamentario, norma, plan o programa, debiendo garantizarse tal participación antes de la aprobación definitiva, salvo que exista una norma legal expresa que contemple una excepción en contrario.

El plazo para la tramitación del procedimiento administrativo

La Ley no debería preestablecer un plazo rígido, sino otorgar una competencia discrecional a la Administración para que actuando con la debida racionalidad y ponderación, establezca el plazo mínimo para intervenir los interesados y el máximo para realizar la tramitación del procedimiento administrativo y resolver el asunto planteado.

En tal sentido se debería otorgar un plazo razonable y suficiente, teniendo en consideración la complejidad del asunto a resolver, la materia de que se trate y las circunstancias concurrentes, para que esa participación resulte real y efectiva.

De allí que cuando la Administración haya identificado a los potenciales interesados en participar en el procedimiento administrativo, debe informarles del texto íntegro del documento que contiene el anteproyecto y además les deberá indicar el lapso del cuál dispondrán para presentar ante la autoridad administrativa sus observaciones o comentarios escritos, así como los medios probatorios que consideren necesarios aportar.

Conforme a la dificultad del asunto, la Administración deberá contar igualmente con un plazo razonable y suficiente para procesar y analizar los alegatos realizados por todos los interesados, que hayan participado en la tramitación del procedimiento administrativo.

La realización de las audiencias

Durante el desarrollo del procedimiento administrativo se dará audiencia a las personas directamente o a través de las asociaciones que representen sus derechos e intereses y a la comunidad organizada, para escuchar sus alegatos y recibir sus medios probatorios antes de la aprobación final del texto reglamentario, norma, plan o programa.

Es así como una vez que finaliza el lapso de presentación de las observaciones, propuestas y recomendaciones escritas, la Ad-

ministración competente debe establecer el lugar, día y hora en el cual los representantes de la misma, los técnicos que sean convocados, los sujetos inscritos en el registro y aquellos no inscritos que hayan manifestado algún tipo de interés en participar, así como el público en general, puedan asistir a las audiencias con el objeto de intercambiar opiniones diferentes, efectuar preguntas y formular observaciones, sugerencias y comentarios destinados a que se adopte, modifique o no se apruebe el proyecto como instrumento final e incluso a que la Administración competente abandone ese texto y considere la elaboración de un nuevo anteproyecto.

La no preclusividad para intervenir en el procedimiento administrativo

Tanto los interesados como el público general que participen en las audiencias y las autoridades administrativas que colaboran en el desarrollo del procedimiento administrativo, también podrán ser convocados a las fases previas de elaboración del anteproyecto o borrador y se podrá extender la convocatoria a la posibilidad de contar con su presencia en la etapa posterior a la aprobación de los reglamentos, las normas administrativas, los planes, las políticas y los programas, a los fines de que hagan seguimiento y supervisión de su cumplimiento, en ejercicio del derecho a la participación en los asuntos públicos.

El conocimiento global del asunto a resolver

El procedimiento administrativo en el que se tramita la aprobación del proyecto debe servir para obtener y procesar toda la información necesaria, a fin de garantizar el acierto de la versión que en definitiva se constituirá en el texto reglamentario, norma, plan o programa.

La Administración competente para tal fin deberá recabar los estudios, evaluaciones e informes de naturaleza legal, económica, ambiental, técnica o científica que sean pertinentes, así como las

alegaciones realizadas por las personas participantes, con la finalidad de adoptar una decisión que comprenda todos los aspectos relevantes para la expedición del reglamento, norma, plan o programa.

La colaboración entre órganos y entes administrativos

La Administración a quien compete la aprobación del proyecto de reglamento, norma, plan o programa deberá efectuar la consulta de la información que sea necesaria y además requerir la coordinación, la colaboración y la cooperación de los demás órganos y entes públicos, para que les suministren informes y opiniones que sean pertinentes y oportunos, en la medida que ellos sean necesarios o convenientes, en virtud de los trascendentales efectos que pueda producir la decisión a adoptar.

La obligación de motivación de las decisiones

La Administración competente que ha elaborado los proyectos de reglamentos, normas, planes y programas, así como que ha tramitado el procedimiento administrativo tiene que elaborar la propuesta de texto final, teniendo en consideración tanto los alegatos presentados por los interesados y el público en general, inicialmente y durante el desarrollo del procedimiento, debiendo ponderar los derechos e intereses en conflicto; como todos los estudios, informes y evaluaciones que hayan aportado los demás órganos y entes públicos, durante la tramitación del procedimiento administrativo.

Es importante tener presente que en virtud del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, la Administración competente deberá motivar adecuadamente las razones de las opciones que resulten elegidas, a la vista de las distintas alternativas, antes de la aprobación definitiva.

El deber de publicar lo resuelto

La ley debe disponer expresamente que todos los reglamentos, resoluciones y demás actos administrativos de carácter normativo o general dictados por la Administración Pública sean publicados, en el medio que determine la ley y se les de la más amplia difusión posible.

La consecuencia de la omisión del procedimiento administrativo

Igual, la Ley debe establecer clara y expresamente la prohibición de aprobar reglamentos, normas, planes y programas de carácter general que no hayan sido objeto del preceptivo procedimiento administrativo legalmente establecido para ello.

En consecuencia, la expedición de los mencionados actos jurídicos sin la previa tramitación del procedimiento administrativo debe conducir a que se consideren inválidos los reglamentos, normas, planes y programas de carácter general que así hayan sido aprobados, por haber incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho.

C) LAS VENTAJAS DE GARANTIZAR LA PARTICIPACIÓN
EN LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS ENERGÉTICOS

Tal como se puede observar, el procedimiento administrativo para la expedición de actos de regulación de los servicios energéticos, tiene varias finalidades.

En primer lugar, garantizar el derecho a la efectiva y directa participación de los consumidores y los usuarios en la toma de decisiones atribuidas a las autoridades competentes en general y a los entes reguladores de los servicios energéticos en concreto.

En segundo lugar, la garantía de participación de los consumidores y los usuarios constituye un mecanismo para fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones.

En tercer lugar, la garantía de participación en la regulación permite una mayor transparencia en la función de regulación y disminuye el riesgo de captura del ente regulador por los agentes regulados.

En cuarto lugar, la garantía de participación permite la adopción de decisiones consensuadas entre los agentes económicos que acuden al procedimiento administrativo en representación de intereses contrapuestos, como generalmente sucede entre los operadores por una parte y por la otra, los consumidores y los usuarios de los servicios energéticos.

En quinto lugar, la garantía de la participación contribuye a la eficiencia y eficacia en la función de regulación, pues el ente regulador al gozar no solo de *potestas*, sino de *auctoritas* va a lograr que sus decisiones sean recibidas y ejecutadas voluntariamente por sus destinatarios, quienes se sentirán más motivados a darle pleno cumplimiento.

En sexto lugar, la garantía de la participación contribuye a fomentar la seguridad jurídica y la confianza legítima entre los destinatarios de la regulación (operadores, usuarios y consumidores), quienes al no tener reticencia hacia la regulación y en consecuencia no proceder a cuestionarla jurisdiccionalmente, no van a temer por una decisión contraria o modificatoria de la adoptada por el ente regulador, por parte del órgano jurisdiccional, generalmente carente de conocimientos técnicos y económicos de los asuntos que les corresponde resolver.

Por todo lo antes expuesto, el ordenamiento jurídico debe indeclinablemente garantizar -por mandato constitucional a través de un acto jurídico de rango legal-, dentro de los derechos de los usuarios y consumidores, el derecho a la participación en los procedimientos administrativos de regulación de los servicios energéticos, conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos, la propia Constitución -bloque de la constitucionalidad- y las leyes³⁰.

³⁰ Sobre el sector eléctrico, HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., "La regulación del servicio eléctrico" en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano*

IV. LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y LOS USUARIOS ANTE LOS SERVICIOS ENERGÉTICOS

En anteriores oportunidades se le ha dedicado tiempo a la construcción del Estatuto de los consumidores de bienes y los usuarios de los servicios,³¹ en actividades como la turística,³² el sistema metropolitano de transporte³³, los servicios postales³⁴ o las telecomunicaciones.³⁵

En esta oportunidad el análisis se va a centrar en la determinación de los derechos que asisten a las personas, con respecto a los servicios energéticos.

A) EL DERECHO AL ESTABLECIMIENTO DEL SERVICIO ENERGÉTICO
En el marco del Estado social de Derecho, en su más reciente expresión de Estado de garantía de prestaciones, una vez reconocida

R. Brito, Montevideo, Fundación del Cultura Universitaria, 2008, pp. 745-783; y del mismo autor sobre el sector del agua, El ente regulador de los servicios públicos de agua potable y saneamiento, en *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, A & C, núm. 14, out/dez., Fórum, Belo Horizonte, 2003, pp. 111-164.

³¹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., “La regulación constitucional, legal y administrativa de protección de los consumidores y usuarios” en *Revista Jurídica del Perú* núm. 112, Lima, Normas Legales, 2010, pp. 273-295.

³² HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., “Hacia una regulación del turismo sostenible”, *Direito Público Econômico Supranacional*, Río de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009, pp. 661-681.

³³ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., “La regulación del Sistema Metropolitano de Transporte (Metro)”, *Régimen Jurídico del Urbanismo. Memoria del Primer Congreso de Derecho Administrativo Mexicano*, México, IJ-UNAM, 2009.

³⁴ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., “La regulación de los servicios postales” en *Revista de Derecho Administrativo* núm. 70, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pp. 909-945.

³⁵ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., “El estatuto de los usuarios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina”, *Quince Años de la Regulación de las Telecomunicaciones en Colombia*, Bogotá, Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, 2007, pp. 57-80.

una actividad económica como de interés general en una norma constitucional o legal, surge una obligación para las Administraciones Públicas que no es de establecer el servicio, sino de promover las condiciones para que los operadores privados (en ejercicio de la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y el derecho de propiedad), puedan llevar a cabo la actividad destinada a satisfacer el interés general, conforme a las previsiones contenidas en el ordenamiento jurídico.

No obstante, un sector de la doctrina científica considera, que salvo en los casos de servicios energéticos constitucionalmente reconocidos y aquellos que legalmente se imponen de manera obligatoria³⁶, no existe un derecho subjetivo de las personas como potenciales consumidores o usuarios, a exigir el establecimiento del servicio de manera directa por la Administración Pública³⁷.

Si bien se comparte la premisa inicial de que los servicios energéticos reconocidos en la Constitución o dispuestos con carácter obligatorio en la ley, generan el derecho de los eventuales destinatarios de reclamar su establecimiento, se debe tener claro que en el Estado de garantía de prestaciones, la Administración Pública debe actuar para lograr la promoción de las condiciones que garanticen el ejercicio pleno de los derechos y libertades a todas las personas, en razón de lo cual, todas aquellas actividades

³⁶ Sobre los servicios públicos municipales se recomienda, HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., “El régimen de los servicios públicos municipales (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios)”, en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 1018-1022; HERNÁNDEZ, José I., “El régimen de los servicios públicos municipales” en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, 2ª ed., Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2005, pp. 333-362; MARTIN TIRADO, Richard, “Descentralización y servicios públicos regionales y municipales”, *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano*, Lima, Grijley, 2008, pp. 339-362; y ABAD LICERAS, José María, “Competencias municipales y servicios públicos obligatorios: Experiencias en el derecho español”, *Derecho Municipal Comparado*, Caracas, Liber, 2009. pp. 421-458.

³⁷ ARAUJO-JUÁREZ, José, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, Caracas, Vadell Hermanos, 2003, p. 247, y del mismo autor, *Derecho Administrativo General. Servicios Públicos*, Caracas, Ediciones Paredes, 2010, pp. 274-275.

que hayan sido reconocidas como servicios energéticos en normas legales, aunque no tengan la calificación de obligatorios, le imponen a la Administración Pública el deber de actuar para garantizar su efectivo establecimiento.

Dentro de esa actuación, se encuentra la dirigida a remover los obstáculos que impiden a los operadores privados establecer los servicios energéticos, que garanticen una mejor calidad de vida y el pleno desarrollo de la persona humana.

El aserto anterior se basa en que la competencia, una vez que ha sido jurídicamente atribuida, no puede ser renunciada, delegada, relajada, prorrogada o transferida, sino en los casos previstos en el ordenamiento jurídico y teniendo presente que la Administración Pública encuentra su justificación en garantizar la satisfacción del interés general, que a su vez constituye la causa legitimante para la intervención y regulación en una actividad económica como la energética, pues esta siempre deberá actuar promoviendo las condiciones para la satisfacción de tal interés, lo que la lleva a intervenir para garantizar el establecimiento del servicio.

Una vez que este ha sido establecido como tal en una ley, ella tiene la obligación de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, al servicio de las personas, realizando todo aquello que se encuentre en su esfera de competencia para garantizar que se desarrolle la actividad energética, so pena de incurrir en omisión o retardo en la misión que tiene atribuida, lo que genera el derecho subjetivo en las personas que sean los potenciales consumidores o usuarios, a exigir a la Administración Pública, -individual o colectivamente-, la remoción de los obstáculos y la creación de las condiciones que garanticen el establecimiento del servicio energético que satisfaga sus necesidades.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico distribuye la competencia para regular y prestar los servicios energéticos entre los distintos niveles de la organización del Estado, lo que permite reconocer la existencia de servicios energéticos nacionales, regionales, provinciales y municipales.

En consecuencia, serán las entidades territoriales que tengan atribuidas las competencias de regulación y eventual configuración de las modalidades de prestación de los servicios energéticos, a quienes se les pueden exigir los potenciales consumidores o usuarios, el cumplimiento de la obligación de establecer las condiciones para la gestión de los servicios energéticos de manera directa o de regular y promover las condiciones para la creación y prestación de los servicios energéticos por los operadores privados.

Lo señalado lleva a reconocer, que configurado en el ordenamiento jurídico que el sector energético constituye una actividad de interés general, existe una auténtica obligación jurídica, de jerarquía constitucional o legal según sea la fuente normativa, que reconoce el derecho de las personas a reclamar el cumplimiento de la obligación de remover todos los obstáculos que impiden el efectivo establecimiento y prestación de los servicios energéticos.

Esta reclamación puede ser formulada de manera individual o colectiva, a través de una instancia o petición dirigida a la autoridad administrativa o al operador privado responsable y en caso de producirse una negativa expresa o una ausencia de respuesta adecuada y oportuna, se puede acudir ante los órganos del orden jurisdiccional administrativo para formular tal pretensión.

B) EL DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO ENERGÉTICO

Los potenciales consumidores o usuarios tienen derecho de acceso a los servicios energéticos en condiciones de igualdad de trato, sin discriminación, con independencia del lugar donde vivan, de la condición social (necesidades sociales especiales), de las limitaciones físicas personales (motrices, visuales o auditivas) o de la capacidad económica.

Sin duda se trata de un derecho de acceso universal, para todos los consumidores o usuarios en cualquier lugar geográfico donde se preste el servicio, pero no implica el acceso de cualquier

manera, sino conforme a las reglas y condiciones generales que rigen al servicio energético, que puede conllevar a la imposición de limitaciones de naturaleza jurídica, técnica y ambiental.

Además debe tenerse presente, que el servicio energético nunca es gratuito, en virtud de lo cual, puede existir la posibilidad de acceso sin pago de una contraprestación directa por el consumidor o usuario (tasa o tarifa, según quien lo preste), pues el servicio se financia con los presupuestos generales del Estado o puede suceder que para el acceso, se establezca un precio que cubra plenamente el costo del servicio, que debe pagar completamente el consumidor o usuario, o un precio más asequible que se debe pagar al momento de acceder al servicio (tarifa social), con independencia que el costo pleno de cobertura de acceso al servicio, se complemente a través de los aportes provenientes de los presupuestos públicos o de fondos de financiación de gestión pública (fondo de servicio universal), que se nutren de las contribuciones que realizan los operadores privados (subsidio directo al prestador concreto).

Por supuesto, que la definición del modelo de financiación dependerá del desarrollo de una determinada política pública, que en ningún caso puede implicar obstáculos de acceso al servicio energético a los consumidores o usuarios, porque estos carezcan de suficientes recursos económicos o se encuentren en incapacidad de pago al momento de requerir el servicio.

C) EL DERECHO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ENERGÉTICO

Las personas consumidores o usuarias, al suscribir los contratos de suministro de servicios energéticos tienen derecho a que los operadores les garanticen una prestación efectiva, permanente, segura, regular, asequible y de calidad.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿quién tiene la obligación de prestar el servicio energético? La respuesta va a depender de la conformación del régimen jurídico en cada caso. Es así como en

el modelo de Estado prestacional, en el cual el servicio energético era de titularidad exclusiva estatal (*publicatio máxima*), la obligación de prestación le era exigible al operador público que tenía atribuida la competencia de gestión del mismo como un servicio público.

En el supuesto que el servicio energético no estuviese totalmente publicado (*publicatio media*) y se encontrase regulado de manera tal que admitiese la concurrencia de los operadores públicos y privados en condiciones de igualdad, transparencia y no discriminación en la prestación de dicho servicio, entonces la obligación le sería exigible al operador público o privado que hubiese asumido dicho compromiso por cualquier título habilitante (legal, administrativo o contractual), con los consumidores o usuarios que demandan la prestación de dicho servicio.

En el modelo de Estado de garantía de prestaciones, que el servicio público se encuentre liberalizado (*despublicatio plena*), la obligación de prestación puede ser exigida a todos los operadores privados, que se encuentren jurídicamente habilitados para la prestación de tal servicio.

Este escenario no excluye las distintas manifestaciones de participación, asociación o cooperación público-privada (PPP, APP o CPP), en cuyo caso serán las personas que integran las alianzas contractuales, que constituyen los consorcios o conforman las sociedades mixtas creadas para la prestación de los servicios energéticos, las que tendrán la obligación de dicha gestión frente a los consumidores o usuarios que lo demanden.

Ello así, cualquiera que sea la modalidad de prestación de los servicios energéticos contemplada en el ordenamiento jurídico, los operadores se encuentran en la obligación de dispensar un trato equitativo y digno a los consumidores o usuarios.

Finalmente, no se puede soslayar, que existen supuestos en los cuales el propio ordenamiento jurídico admite la posibilidad de suspensión o interrupción temporal -en casos extremos hasta definitiva- de la prestación del servicio energéticos y en consecuencia se admite que exista una dispensa al operador de realizar

la prestación de manera continua, regular, segura y eficiente, que impedirá al usuario seguir disfrutando del servicio, bien porque ello sea consecuencia de un hecho no imputable al operador (caso fortuito o fuerza mayor) o porque como consecuencia de un incumplimiento de las obligaciones del consumidor o usuario, se pueda llegar a la situación extrema, de supresión definitiva de la prestación del servicio.

D) EL DERECHO A ELEGIR EL SERVICIO ENERGÉTICO QUE SE NECESITA

En el marco de la economía social de mercado, los consumidores o usuarios tienen derecho a la elección de los servicios energéticos que requieren para la satisfacción de sus necesidades, lo que implica que exista la posibilidad de escoger entre las distintas ofertas de servicios, que prestan la pluralidad de operadores.

Es así como para que exista la posibilidad de que los consumidores o usuarios ejerzan el derecho a elegir en atención al criterio de la mejor calidad, deba considerarse cuál resulta ser la aceptable en el Estado de garantías de prestaciones. Sin duda, tal calidad no puede ser otra, que aquella que garantice las condiciones para llevar una vida digna y decorosa, que permita el desarrollo humano y fomente la posibilidad de lograr la cohesión social, a través del desarrollo sostenible, que cada uno logra a través del esfuerzo personal.

Esta calidad nunca deberá estar por debajo de los mínimos técnicamente aceptables en el estado de progreso de la sociedad actual y deberá definirse conforme a los estándares de cobertura, las tecnologías de punta, los costos de prestación racionales y las necesidades que se requieren satisfacer.

Este aspecto va a ser clave para la elección que deben realizar los consumidores o usuarios, quienes deberán escoger entre la diversidad de servicios que existen en el mercado o seleccionar entre los distintos operadores, teniendo en consideración toda la

información suministrada por estos, pues de poco vale una oferta económica barata, que al no tener la calidad adecuada, no permita brindarle satisfacción plena a las necesidades de los consumidores o usuarios.

Ahora bien, para ejercer el derecho a la elección, los consumidores o usuarios deben contar con acceso a la información relacionada con los servicios energéticos, la cual debe ser sencilla, de fácil comprensión, no engañosa, que indique las características, las condiciones, la frecuencia o tiempo de prestación, las obligaciones que se asumen al contratar el servicio, los derechos que le asisten como consumidores o usuarios, el valor del servicio y las formas de pago, en fin, toda la información que le permita efectuar una elección consciente y responsable de los servicios que se contratan.

E) EL DERECHO A LA INFORMACIÓN PARA EJERCER EL CONTROL DEL SERVICIO ENERGÉTICO

Relacionado con el derecho a la información que permite elegir a los consumidores o usuarios, se encuentra el derecho a controlar el cumplimiento efectivo de los compromisos asumidos por los operadores de los servicios energéticos.

Aquí cobran especial relevancia la utilización de las denominadas “Cartas Compromiso o Cartas de Servicios”, que son los instrumentos diseñados por los prestadores de los servicios energéticos, con la finalidad de transmitirle a la sociedad en general y a los consumidores o usuarios en especial, cuáles son los compromisos efectivamente asumidos en la prestación de los servicios energéticos –lo que impide generar falsas expectativas-, desde una perspectiva evolutiva y de progresividad –que permitan la revisión, adaptación y mejora en función del desarrollo y la innovación-, indicándoles los estándares de calidad que se pretenden alcanzar, los plazos para lograrlo y los mecanismos tanto de comunicación

como de participación, a que tendrán acceso los consumidores o usuarios.³⁸

Para que tales “Cartas” no se queden en una mera declaración de intención, se deben implementar los métodos de seguimiento, evaluación y control a través de los indicadores de gestión, que permitan verificar el efectivo y oportuno cumplimiento de los compromisos contenidos en las Cartas, así como la mención de las actuaciones dirigidas a indemnizar, reparar o compensar a los consumidores o usuarios, en caso de producirse el incumplimiento de tales compromisos o por la incorrecta información suministrada a través de dichas Cartas, que pueden producir un daño cierto a los consumidores o usuarios del servicio energético de que se trate.

F) EL DERECHO AL RESARCIMIENTO COMO CONSECUENCIA DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ENERGÉTICO

Los servicios energéticos se deben prestar de manera eficiente, segura, regular e ininterrumpida, por lo que los operadores deben adoptar todas aquellas medidas necesarias y oportunas para evitar o minimizar las molestias, los daños y los perjuicios que pudieran ocasionarles a los consumidores o usuarios las posibles suspensiones, interrupciones o averías que se produjesen durante la prestación del servicio y de ser el caso, por los compromisos asumidos que no se han cumplido.

En caso que no resulten eficaces las medidas adoptadas para prevenir o contrarrestar las fallas, deficiencias o irregularidades en la prestación de los servicios o que se incurra en incumplimiento de alguna cláusula contractual, como en toda gestión responsable, los operadores deben asumir las consecuencias jurídicas, median-

³⁸ Sobre este tema se recomienda, TORNOS MAS, Joaquín, “Las cartas de servicios” en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. (coord.), en *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, t. I, Caracas, Ediciones Paredes, 2007, pp. 571-589.

te la indemnización, reparación o resarcimiento a los consumidores o usuarios afectados por la gestión del servicio energético.

Por supuesto, ello no impide que los operadores de los servicios energéticos también deban responder, en los casos que la prestación regular del servicio energético pueda ocasionar daños y perjuicios tanto a los consumidores o usuarios como eventualmente a los terceros, aspecto este último que excede los límites del presente trabajo.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Conforme a lo antes expuesto, toda la intervención del Estado en los servicios energéticos, –que debe tener como motivación la centralidad de la persona–, debe estar dirigida a garantizar el desarrollo sostenible en la sociedad y el pleno respeto a la dignidad humana acorde a los tiempos actuales.

Es así como el Estado debe fomentar el ahorro y la eficiencia económica, la calidad en el suministro de los servicios y la universalidad de la prestación, para lo cual este debe crear las condiciones para que los operadores de los servicios se sientan motivados a invertir en investigación, desarrollo e innovación (I+D+i), a mejorar y asegurar las prestaciones que satisfagan las necesidades colectivas de las personas y garanticen la preservación de un ambiente sano.

En esto consiste el desafío que tienen las organizaciones gubernamentales internacionales y los Estados nacionales, para garantizar que las personas puedan seguir disfrutando de las comodidades presentes y de aquellas que se desarrollen en el futuro, con calidad, accesibilidad y asequibilidad, lo que implica un mayor compromiso con los retos para lograr una mayor pluralidad de servicios energéticos de calidad, a buenos precios y que brinden satisfacción real a las necesidades de los consumidores y los usuarios.

En fin, de lo que se trata no es simplemente de redefinir las instituciones jurídicas o de hacer uso de un nuevo léxico jurídico, sino del mejoramiento del Estado social y democrático de Derecho, para que efectivamente garantice a las personas la dignidad humana.