

Las Transformaciones de la Posición de los usuarios de Servicios Públicos en el Proceso de Integración Europea

La Experiencia del Ordenamiento Italiano

Doménico Sorace y Simone Torricelli*
Universidad de Florencia

SUMARIO

1. LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO EN LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. 2. LA POSICIÓN DEL USUARIO EN LA ESTRUCTURA MONOPOLISTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: UN SUJETO SIN PODER DE ELECCIÓN. 3. UN PROCESO CONVERGENTE. LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO EN EL REFUERZO DEL PODER CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR. 4. LA PERMANENTE EXIGENCIA DE DISTINGUIR ENTRE USUARIO Y CONSUMIDOR; LA EXIGENCIA DE REFORMULAR LA DISTINCIÓN SOBRE NUEVAS BASES CONCEPTUALES. 5. LAS GARANTÍAS OFRECIDAS POR EL DERECHO COMÚN ITALIANO. EL USUARIO-CONTRATANTE Y SU AUTONOMÍA CONTRACTUAL. 6. LAS GARANTÍAS OFRECIDAS POR EL DERECHO ESPECIAL ITALIANO. EL USUARIO-CIUDADANO Y SUS NECESIDADES. 7. LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL USUARIO: ENTRE JUEZ ORDINARIO Y JUEZ ADMINISTRATIVO. 8. LOS REMEDIOS ALTERNATIVOS Y LA TUTELA EXTRAJUDICIAL. 9. LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS Y SUS FUNCIONES EN LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA.

1. LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO EN LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Con la institución de la Comunidad Económica Europea en 1957, se impuso a los países miembros la exigencia de adecuar su legislación al objetivo de construir un mercado común¹ en el cual los empresarios comunitarios pudieran ejercer, sin límites territoriales, sus propias actividades económicas. De tal forma, el principio de la libre competencia se insinuó progresivamente, incluso en los ordenamientos más recalcitrantes, sometidos a la obligación comunitaria de crear un régimen orientado a eliminar los obstáculos a la libre circulación de las mercaderías y de los

servicios² y a garantizar que, en aquel mercado, la competencia no se deforme³. Así, el sector de los servicios públicos, tradicionalmente organizado, en los países miembros, bajo una estructura monopolista, entró a colisionar con las normas superiores contenidas en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TrCe). Por mucho tiempo, el contraste se mantuvo latente, dada la inercia de los órganos comunitarios. Sin embargo, en los últimos años del siglo XX, la Comunidad Europea comenzó a intervenir, con una intensidad creciente, y repetidas veces, en las legislaciones de los Estados miembros, a fin de realizar los objetivos impuestos por el Tratado que le dio origen.

* Traducción de Leysser León. Agradecemos a Natalia Coronel por su colaboración.

¹ Art. 2 TrCe.

² Art. 3, letra c), TrCe.

³ Art. 3, letra f), TrCe

Los principios del mercado y de la libre competencia han representado, por lo tanto, las líneas directrices de un proceso de progresiva convergencia de los ordenamientos de los diversos países miembros, que la Comunidad Europea ha promovido a través de la obra paralela de sus órganos jurisdiccionales y normativos.

La obra de los órganos jurisdiccionales se ha realizado, especialmente, sobre la base del art. 86 (antiguo art. 90) del TrCe, que, en su segundo párrafo, somete a las empresas encargadas de la gestión de los servicios de interés económico general a las normas del Tratado y, en particular, a las reglas en materia de competencia económica. Esto se verifica siempre que tales normas no obstaculicen el cumplimiento, de hecho y de derecho, de la específica misión que les ha sido encomendada. La CE, dando directa aplicación al art. 86 TrCe, ha podido intervenir afirmando la contrariedad al derecho comunitario europeo de numerosos derechos especiales y exclusivos que los Estados miembros reconocían a las empresas encargadas de brindar servicios públicos, por no ser estrictamente necesarios para la consecución de los

intereses generales⁵. Por otro lado, se ha confirmado que la determinación de los fines de los servicios públicos corresponde a los Estados miembros. Así, tales fines continúan representando un elemento distintivo de los singulares ordenamientos.

El trabajo de los órganos normativos se basó, sobre todo, en los artículos 94 y 95 TrCe, los cuales atribuyeron a la Comunidad el poder de tomar medidas encaminadas al acercamiento de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas que tuvieran por objeto la instauración y el funcionamiento del mercado interno (o que tengan una incidencia directa en él). Sobre esta base legal, numerosas Directivas comunitarias han establecido normas específicas de liberalización, obligando a los Estados miembros a abrir mercados dentro de los términos fijados por la propia Comunidad, bajo sanción del inicio de un procedimiento de infracción⁶.

Así, con el apoyo comunitario europeo, la organización del sistema de servicios públicos ha experimentado una transformación radical, que ha determinado

4. La convergencia respecto de la adecuación a un marco comunitario europeo que usualmente es general y deja a los Estados miembros el espacio para una actuación que puede tener en cuenta las especificidades nacionales. "Convergencia", por lo tanto, no significa "uniformidad" de los ordenamientos, que continúan presentando, incluso en los sectores donde la influencia comunitaria es más fuerte, significativos elementos de diferenciación.

5. Véase: G. DE BURCA, The principle of proportionality and its application in EC law, en *Yearbook of European Law*, 1993, 113; K. VAN MIERT, Les missions d'intérêt économique général et l'article 90 §2 du Traité Ce dans la politique de la Commission, en *Diritto dell'economia*, 1997, 277; G. TESAURO, Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato Ce, en *Diritto dell'Unione europea*, 1996, 732; A. TIZZANO, Diritto comunitario e sviluppo del principio di libera concorrenza in Italia, en *Diritto dell'Unione europea*, 1996, 743; P. MANZINI, L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato Ce, en *Rivista di diritto internazionale*, 1995, 382.

6. Véase, en particular, entre las intervenciones más recientes: la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 junio 2003, "relativa a normas comunes para el mercado interno"; la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 giugno 2003, "relativa a normas comunes para el mercado interno del gas natural"; la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 7 marzo 2002, "que instituye un marco normativo común para las redes y los servicios de comunicación electrónica"; la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 15 de diciembre 1997 "concerniente a las reglas comunes para el desarrollo del mercado interno de los servicios postales comunitarios y para la mejora de la calidad del servicio"; la Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 febrero 2001, "relativa a la repartición de la capacidad de infraestructura ferroviaria, a la imposición de los derechos para la utilización de la infraestructura ferroviaria y a la certificación de seguridad". La normativa comunitaria europea puede ser consultada, en distintos idiomas, en el website www.eur-lex.europa.eu. En la doctrina, véase: G. NAPOLITANO, Le normative di liberalizzazione, a su vez en G. VESPERINI, G. NAPOLITANO, Liberalizzazione e concorrenza, 1999,

el desmoronamiento de los monopolios públicos, la progresiva desaparición de las empresas públicas, la liberalización de las actividades económicas⁷. Hoy por hoy, también los servicios públicos son ubicados, como regla, en el ámbito de mercados gobernados por la libre competencia, en atención, por lo general, a la labor de sujetos particulares que actúan persiguiendo finalidades de ganancia.

En este contexto, el usuario de servicios públicos ha dejado de tener como interlocutor principal a un ente público, porque éste ya no puede ofrecerle directamente el servicio. Para la obtención de los servicios se tiene que instaurar, más bien, una relación con el sujeto particular que provee el servicio. Esto no significa, como es evidente, que el poder público haya dejado de ocuparse de los usuarios. Cuando sí lo hace, sin embargo, el poder público está obligado a valerse de instrumentos distintos de aquellos con los cuales, tradicionalmente, aseguraba la protección de los usuarios. Este es otro de los ámbitos en los que el derecho comunitario europeo ha ejercido su influencia.

En efecto, la Comunidad tiene como fin último asegurar “un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas [...], la elevación

del nivel y de la calidad de la vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”⁸. Coherentemente, el Tratado considera expresamente la exigencia de que, en los ordenamientos de los países miembros, se brinden adecuadas garantías para el disfrute de las prestaciones de los servicios públicos.

En el sentido del art. 16 TrCe, en efecto: “a la vista del lugar que los servicios económicos de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”. En la legislación ampliatoria más reciente, se aprecian importantes intervenciones de la Comunidad, ya orientados a sostener un desarrollo infraestructural que permita el abastecimiento de los así denominados “servicios de red”⁹, ya orientados a comprometer a los Estados miembros para la garantía del uso de servicios cualitativamente adecuados, a precios accesibles y sin discriminación territorial¹⁰.

⁷ Sobre los procesos de liberalización y privatización que han atravesado los sectores económicos tradicionalmente asimilados a la categoría de servicios públicos, se puede consultar: D. SORACE, *Estado y servicios públicos*, Lima, 2006; así mismo, sobre problemas conceptuales vinculados con el tema: ID, *Servizi Pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, en *Diritto pubblico*, 1999, 371 ss.; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, Padova 2003.

⁸ Art. 2 TrCe.

⁹ Sobre las redes transeuropeas, véase: A. PREDIERI, M. MORISI (coordinadores), *L'Europa delle reti*, Torino, 2001; D. SORACE, S. TORRICELLI, *La rete transeuropea dei trasporti: il quadro normativo*, en *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 115 ss.; W. ROTHENGATTER, *L'importanza della rete di trasporti transeuropea per l'integrazione e la crescita dell'Unione europea allargata*, en *Economia pubblica*, 2005, 115 ss.; A. PREDIERI, *Le reti transeuropee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam*, en *Diritto dell'unione europea*, 1997, 287 ss.

¹⁰ Véase, en particular, la Directiva 2002/22/CE del Parlamento europeo y del Consejo, del 7 marzo 2002, “relativa al servicio universal y a los derechos de los usuarios en materia de redes y de servicios de comunicación electrónica (Directiva sobre los servicios universales)”. Sobre las garantías de los servicios universales en el derecho comunitario europeo véase: G. CARTEL, *Il servizio universale*, Milano, 2002.

En el difícil equilibrio entre introducción de la competencia económica y garantía de la prestación de los servicios públicos, la posición jurídica de los usuarios de los servicios ha sido objeto, por lo tanto, de un cambio de fisonomía. Desde esta perspectiva, la experiencia vivida en el ordenamiento italiano resulta significativa, en la medida que ofrece el ejemplo paradigmático de un ordenamiento que había hecho del monopolio el principio de organización de los servicios públicos¹¹, y que el derecho comunitario europeo ha removido desde sus raíces, obligándolo a repensar la forma de hacer frente a las exigencias sociales que pretendía atender.

2. LA POSICIÓN DEL USUARIO EN LA ESTRUCTURA MONOPOLISTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: UN SUJETO SIN PODER DE ELECCIÓN.

El art. 3, párrafo 2º, de la Constitución italiana encomienda a la República la tarea de “remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores de la organización política, económica y social del País”¹². Los servicios públicos han representado, y

representan, instrumentos fundamentales a través de los cuales el Estado y los demás entes territoriales han pretendido llevar a cabo el proyecto de reequilibrio social que inspira la norma constitucional, empleándoseles para que los individuos puedan satisfacer, en condiciones de accesibilidad, necesidades primarias¹³.

De igual forma, en el tradicional acercamiento al tema de los servicios públicos, la posición del consumidor es, con frecuencia, dejada en la sombra. En un contexto en el cual la titularidad de la actividad de los servicios públicos pertenecía a los poderes públicos, eran las decisiones administrativas las que aseguraban el derecho a obtener las prestaciones, a la vez que el usuario del servicio resultaba ser el destinatario pasivo de las garantías que le eran otorgadas¹⁴.

Así se explica la atención de la doctrina hacia los aspectos ligados con la organización del servicio y el correlativo desinterés por la posición del usuario, cuyo poder de decisión se expresaba sólo en la fase previa al proceso decisorio público, mediante la vía de la representación política. En la fase de prestación de los servicios, en cambio, el usuario era sustancialmente expropiado de su

¹¹ Desde comienzos del siglo XX, en efecto, el Estado italiano ha buscado garantizar la satisfacción de las necesidades primarias ligadas con las prestaciones de servicios públicos, reservando las actividades correspondientes a los poderes públicos, que las ejercían con instrumentos organizativos diversos, pero siempre en régimen de monopolios públicos. En tal sentido, se prevé, a fin de salvaguardar la utilidad general, que la ley pueda reservar originariamente, o transferir mediante expropiaciones, sin perjuicio de indemnizaciones, al Estado, a entes público o a comunidades de trabajadores o de usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas, que se refieran a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o a situaciones de monopolio y que tengan carácter de preeminente interés general. Entre las aplicaciones de la norma, es oportuno recordar la ley que, en 1962, nacionalizó el sector de la energía eléctrica.

¹² Para un comentario sobre la norma constitucional, puede consultarse: A. AGRÒ, Art. 3, co. I, en G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, vol. I, 130, y U. ROMAGNOLI, Art. 3, co. II, *ivi*, 165; V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 29 ss.

¹³ Sobre la relación entre los servicios públicos y el art. 3 de la Constitución, U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964, 89 ss.

¹⁴ A. CORPACI, *Le linee del sistema degli utenti dei servizi pubblici*, in ID. (coordinadores), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, 2003, 12.

autonomía contractual, ya que sólo podía “adherir” a una oferta de prestación que resultaba predefinida, en su integridad, por el administrador público monopolista¹⁵. Es igualmente significativo que la doctrina que ha abordado el tema del usuario de los servicios, haya calificado la relación de éste con la provisión del servicio como una relación de ‘derecho público’¹⁶; una relación en cuyo ámbito el interés por el uso resultaba ser dependiente del interés público, que bien podía imponernos el sacrificio sobre la base de decisiones discrecionales de la Administración.

En todo lo anterior aparece la idea, para nada oculta, de un sistema inspirado en la voluntad de perseguir un bien superior, del cual el interés del usuario terminaba siendo el reflejo¹⁷.

En tal contexto, la posición jurídica del beneficiario del servicio público resultaba sustancialmente distinta de la de un consumidor ordinario que aspiraba a obtener una prestación. Es más, la propia configuración de la actividad en términos de “servicio público” se ligaba con la voluntad de impedir que los sujetos que querían usar dicho servicio tuvieran que recurrir a los instrumentos jurídicos ordinarios de acuerdo con el ordenamiento. La referida distinción ha sido aplicada, por otro lado, desde el punto de vista terminológico: el legislador, al igual que la doctrina y la jurisprudencia, han declinado de aplicar al beneficiario de los servicios públicos el término “consumidor”: para identificarlo, se

ha recurrido a un término ad hoc, el de “usuario”. Este término ha arraigado hasta tal punto que incluso en el lenguaje técnico se le refiere, exclusivamente, con “aquel que usa un bien o un servicio público”¹⁸.

La superación de la estructura organizativa tradicional y la afirmación del principio según el cual el servicio no sólo se concilia, sino que encuentra su propio y natural ambiente en el mercado competitivo, obliga a abandonar la descontada contraposición entre las categorías conceptuales que gravitan en torno a la órbita del mercado y aquellas que, por el contrario, se ubican en la dimensión de la responsabilidad pública, imponiendo un esfuerzo de recomposición. En particular, hay que señalar que en el momento en que el derecho comunitario europeo proyecta al usuario del servicio en el juego mercantil de los intercambios comerciales, obligándolo a relacionarse, para la obtención de una provisión, con un empresario privado, con el cual lo liga la existencia de un contrato o la voluntad de celebrarlo, la distinción entre usuario y consumidor tiende a atenuarse, o a necesitar, de todos modos, una reconstrucción en términos conceptuales renovados.

3. UN PROCESO CONVERGENTE. LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL REFUERZO DEL PODER CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR.

Luego de haber incidido poderosamente en la posición jurídica del usuario de servicios públicos, ahora transformado en

¹⁵ Solo en ciertos sectores, por lo general ligados con derechos con una vinculación constitucional directa (en especial, el derecho a la salud), la jurisprudencia ha admitido que el derecho debe ser garantizado con prescindencia de los límites consiguientes a la elección pública. Sobre estos aspectos, véase: D. SORACE, *Gli “interessi di servizio pubblico” tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, en *Foro italiano*, 1988, V, 214-215.

¹⁶ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, 1959, 347.

¹⁷ Sobre este punto, véase: M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, en *Diritto amministrativo*, 2000, 392-393.

¹⁸ G. DEVOTO, G.C. OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1990, 2066.

un operador activo en el mercado, el derecho comunitario europeo se ha ocupado, paralelamente, y en términos generales, de los consumidores, entendidos como aquellos sujetos que estipulan o pretenden estipular un contrato para fines que no se inscriben en el marco de su actividad profesional. Esto ha tenido como objetivo la protección de intereses no disímiles de aquellos que condujeron a la Comunidad Europea a intervenir en los sectores de los servicios públicos, aunque se haya seguido secuencia temporal invertida.

Respecto de los servicios públicos, en efecto, la Comunidad ha tenido que hacer frente a legislaciones que, para tutelar al usuario, limitaban la competencia económica y, por lo tanto, la posibilidad de construir un mercado común de apertura eficaz. Es la exigencia de la liberalización la que ha desencadenado la intervención comunitaria, que, sólo con posterioridad, ha asumido también una valoración social.

Respecto del consumidor, en cambio, la Comunidad ha apreciado la insuficiencia de la tutela ofrecida por los Estados miembros. Por lo tanto, su intervención ha sido dictada, en primer lugar, por la voluntad de potenciar la posición jurídica del consumidor. Es significativo que los primeros documentos comunitarios europeos en materia hayan sido motivados por la exigencia de “promover un desarrollo

armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento continuo y equilibrado y una mejora siempre más rápida del nivel de vida”, incluso “atendiendo a que la mejora cualitativa de las condiciones de vida es una de las tareas de la Comunidad, y que esta tarea implica la protección de la salud, de la seguridad y de los intereses económicos del consumidor”¹⁹.

Por otro lado, la Comunidad ha constatado rápidamente que las notables disparidades de las legislaciones de los Estados miembros respecto del régimen de los contratos estipulados entre el consumidor y el vendedor de bienes o el prestador de servicios también pueden dar origen a distorsiones de competencia económica²⁰, y que, por lo tanto, la armonización de los instrumentos de tutela podía brindar una contribución ulterior para la realización del libre mercado. Por ello ha nacido la voluntad de limitar, de vez en cuando, las eventuales garantías excesivas otorgadas por los distintos Estados, que pueden representar fuentes de incertidumbre y crear obstáculos al buen funcionamiento del mercado interno²¹. Entre las muchas intervenciones comunitarias (omitiendo las que se refieren a sectores específicos) son de señalar las Directivas relativas a los contratos negociados fuera de los locales comerciales²², a los contratos a distancia²³, a las cláusulas abusivas en los contratos

¹⁹. Resolución del Consejo, del 14 de abril de 1975 “concerniente a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información al consumidor”; Resolución del Consejo del 23 de junio de 1986 “concerniente a la futura orientación de la política de la Comunidad Económica Europea para la Promoción de los Intereses del Consumidor”.

²⁰. El considerando 2º de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993.

²¹. Véanse los considerandos 3º a 6º de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de mayo del 2005 “relativa a las prácticas comerciales desleales entre empresas y consumidores en el mercado interno”.

²². Directiva 85/577/CEE del Consejo, del 20 de diciembre de 1985 “para la tutela de los consumidores en los casos de contratos negociados fuera de los locales comerciales”.

²³. Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 mayo de 1997 “concerniente a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia”.

estipulados con los consumidores²⁴, a la publicidad engañosa y comparativa²⁵, a la tutela inhibitoria de los intereses de los consumidores²⁶, a las prácticas comerciales desleales entre empresas y consumidores²⁷, a la protección de los consumidores en materia de fijación de precios de productos ofrecidos a los consumidores²⁸. Y, por lo demás, la Comunidad Europea se sigue manteniendo fuertemente activa en esta materia²⁹.

La aplicación, por parte del legislador nacional, de las Directivas comunitarias referidas específicamente al consumidor, brinda a éste nuevas posibilidades de tutela, permitiéndole una defensa más eficaz en relaciones a menudo desequilibradas por la distinta fuerza contractual de las partes. En el ordenamiento italiano vigente, el conjunto de las disposiciones impuestas para la tutela del consumidor se resumen en el Codice del Consumo³⁰.

Esta progresiva potenciación de la posición jurídica del consumidor no es, en modo alguno, irrelevante para el usuario. El usuario de servicios públicos opera en un contexto: el del mercado gobernado por la libre competencia. En dicho contexto opera

también el consumidor, de modo que, frente a la exigencia de relacionarse con empresarios en competencia, el usuario también advierte la exigencia de poder recurrir a los instrumentos que permiten al consumidor ejercer efectivamente su poder contractual. Cuando el usuario es insertado en el mercado, y se le requiere el papel de sujeto no profesional que elige, los sujetos no profesionales que operan en el mercado ven reforzada, al mismo tiempo, su autonomía contractual, a través de instrumentos nuevos y más eficaces. Por otro lado, tal como ha observado el Consejo de la Comunidad Europea: "la inclusión de los intereses de los consumidores [...] en los servicios de intereses generales, representa una tarea común de todas las instituciones de la Unión Europea y de los Estados miembros".³¹

4. LA PERMANENTE EXIGENCIA DE DISTINGUIR ENTRE USUARIO Y CONSUMIDOR; LA EXIGENCIA DE REFORMULAR LA DISTINCIÓN SOBRE NUEVAS BASES CONCEPTUALES.

A pesar de las profundísimas mutaciones descritas, el ordenamiento italiano no ha abandonado ni el término ni el concepto de "usuario". Sin embargo, el

²⁴ Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993 "concerniente a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores".

²⁵ Directiva 84/450/CEE del Consejo, del 10 septiembre de 1984 "concerniente a la publicidad engañosa y comparativa".

²⁶ Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 19 mayo de 1998 "relativa a las medidas inhibitorias para la tutela de los intereses de los consumidores".

²⁷ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de mayo del 2005, "relativa a las prácticas comerciales desleales entre empresas y consumidores en el mercado interno".

²⁸ Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de febrero de 1998, "relativa a la protección de los consumidores en materia de fijación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores".

²⁹ Resolución del Consejo, del 31 mayo del 2007 "sobre la estrategia para la política de los consumidores de la Unión Europea 2007-2013".

³⁰ Decreto Legislativo del 6 septiembre del 2005, N.º 206. Sobre la evolución que condujo hasta el Codice del Consumo, véase: G. ALPA, *Il commento*, en *I contratti*, 2005, 1049 ss. Igualmente, sobre el régimen total de la posición jurídica del consumidor, G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari, 2006; A. BARBA (coordinador), *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Jovene 2000; C. IURILLI, *Manuale di diritto dei consumatori*, Torino, 2005.

³¹ Resolución del Consejo, del 31 de mayo del 2007 "sobre la estrategia para la política de los consumidores de la Unión Europea 2007-2013".

término y el concepto parecen haberse transfigurado: hoy el usuario aparece como una de las posibles formas mediante las cuales el consumidor presenta su posición jurídica en la esfera de las relaciones comerciales.

Es significativo, por un lado, que las leyes que se refieren a los servicios públicos hayan dejado de negarse a reconocer en el beneficiario del servicio a un “consumidor”. Sin perjuicio de ello, se utilizan indistintamente los términos “usuario” y “consumidor”, a veces asociados en una endíadis.³²

No es menos significativo, por otro lado, que el derecho común italiano y, principalmente, el Codice del Consumo, reproduzca la distinción entre “usuario” y “consumidor”, pero otorgándoles un tratamiento parcialmente coincidente: primero, se reconoce a ellos un núcleo de derechos fundamentales comunes³³, luego se atribuye al “usuario”, específicamente, el derecho ulterior a obtener la provisión del servicio de acuerdo con ciertos estándares de calidad y de eficacia, disponiéndose también que el Estado y las regiones entren en acción para procurar su satisfacción³⁴. Esta disposición es genérica, ciertamente, pero su importancia debe ser apreciada

considerando la especificación de la que ella es objeto en numerosas regulaciones sectoriales que, a veces, y como ya se ha visto, también son aplicativas de normas comunitarias europeas, y vuelven concreto el derecho a la calidad, añadiéndole el derecho a un precio razonable y, en ciertos casos, también a un precio accesible³⁵.

De esa forma, el usuario cobra la apariencia de un consumidor calificado: se beneficia de todos los derechos que pertenecen al consumidor, pero también tiene derechos ulteriores. En el plano conceptual, la noción de usuario busca, de tal forma, un equilibrio entre la emersión de una fuerza centrípeta que la empuja a identificarse con la noción de consumidor, y la persistencia de una fuerza centrífuga que marca todavía sus aspectos característicos.

Es el contexto de mercado lo que ejerce la fuerza centrípeta: la relación entre el proveedor y el usuario es una relación contractual³⁶, que responde, por regla, a lógicas económicas³⁷. El usuario es un consumidor en el sentido que actúa como un operador económico y porque elige entre las posibilidades ofrecidas por el mercado, haciendo valer su poder de elección para obtener la satisfacción de sus exigencias.

³² Al respecto, véase el art. 1 de la Ley del 14 de noviembre de 1995, N.º. 481 (titulada “Disposiciones sobre la competencia y el régimen de los servicios de utilidad pública”).

³³ Art. 2 del Codice del Consumo.

³⁴ Art. 101 del Codice del Consumo.

³⁵ Véase: infra, § 6.

³⁶ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 483 ss; M. P. CHITI, *Sulle forme di tutela degli utenti dei servizi pubblici*, en A. CORPACI (coordinador), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, cit., 33.

³⁷ Esto es cierto, al menos en relación con los servicios públicos económicos. Más controvertida es la naturaleza de la relación que se instaura entre el proveedor y el usuario en el ámbito de los servicios que se definen como “sociales” (por ejemplo, la salud pública, el servicio escolar, la asistencia domiciliaria), los cuales, por otro lado, responden a modelos organizativos a veces radicalmente diferentes. Sobre la distinción entre servicios públicos económicos y servicios sociales, véase: D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005, 122, así como A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, Milano, 2007, 291 ss; sobre la organización de los servicios sociales, véase: G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 148-150; F. CAFAGGI, *Modelli di governo e riforma dello stato sociale*, en ID., *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del terzo settore*, Bologna, 2002, 27 ss; A. CORPACI, *Le linee del sistema degli utenti dei servizi pubblici*, cit., 19.

Visto desde su perspectiva, entonces, la liberalización coincide con la afirmación de la autonomía contractual.

Es la Constitución, en cambio, y específicamente el ya citado art. 3, así como el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en sus arts. 2, 3 y 16, los que ejercen la fuerza centrífuga. No sólo el usuario (dato de por sí relevante) tiene derechos ulteriores, sino que (dato aun más relevante) la responsabilidad por la realización de tales derechos no es únicamente la suya, y no depende de su capacidad de obrar según criterios de racionalidad económica. El sistema reafirma, por el contrario, la responsabilidad de los entes públicos que deben asistir al usuario, permitiéndole satisfacer sus necesidades.

Ubicado al centro de estas fuerzas contrapuestas, el usuario encuentra en el régimen de los servicios públicos una doble vía de protección. La primera está representada por los instrumentos que preservan su autonomía contractual, que él puede ejercer para procurarse las prestaciones que mejor se adapten a sus intereses. La segunda deriva de la aplicación de las reglas específicas establecidas por el poder público, que debido a la insuficiencia del ejercicio de la autonomía contractual para llegar a condiciones de transacción aceptables, y teniendo en cuenta la necesidad de la prestación, sustituye la libertad de los contratantes por prescripciones imperativas, ante las cuales ninguna derogación es admitida ³⁸.

5. LAS GARANTÍAS OFRECIDAS POR EL DERECHO COMÚN. EL USUARIO-CONTRAYENTE Y SU AUTONOMÍA CONTRACTUAL.

Como garantía de su autonomía contractual, el usuario dispone de todos los instrumentos jurídicos que el ordenamiento brinda al consumidor.

Antes todo, la condición imprescindible para que el usuario pueda elegir y, a través de su poder de elección, incidir sobre las condiciones de la provisión del servicio, es la existencia y el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, o en todo caso la garantía de que eventuales posiciones dominantes no se traduzcan en comportamientos abusivos. La Ley N° 287 del 10 de octubre 1990, titulada “Normas para la tutela de la competencia del mercado”, así lo garantiza, ya sea limitando acuerdos y concentraciones y prohibiendo el abuso de posiciones dominantes, o bien instituyendo, en el plano organizacional, una Autoridad autónoma: la Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato (AGCI), que supervisa el respeto de la competencia y del libre mercado.

La legislación antitrust excluye de su ámbito de aplicación, en efecto, a las empresas que por disposición legal ejercen la administración de servicios de interés económico general, o que operan bajo un régimen de monopolio en el mercado, en todo aquello que se vincule, estrictamente, con el cumplimiento de las tareas específicas delegadas a ellas³⁹. Empero, la jurisprudencia ha interpretado esta

³⁸. Obviamente estos dos canales de tutela necesitan ser coordinados. La Comisión Europea está empeñada en “armonizar mayoritariamente las políticas de los consumidores con las demás políticas especializadas, en particular, con las políticas en materia de economía, transporte, ambiente, energía y telecomunicaciones” (Resolución del Consejo, del 31 de Mayo del 2007, sobre la Estrategia para la Política de los Consumidores de la Unión Europea 2007-2013).

exclusión de modo restrictivo, refiriéndola únicamente a los comportamientos directamente impuestos por leyes o que resultan estrictamente necesarios para el cumplimiento de la misión: todos los demás comportamientos, realizados en el desarrollo de actividades de servicio público, resultan, por el contrario, sometidos a las prohibiciones antitrust⁴⁰.

Los instrumentos que la Ley N.º 287 de 1990 otorga a los consumidores, y correlativamente, a los usuarios, son numerosos. Ella legitima expresamente a quienes tengan interés (comprendidas las asociaciones representativas de los consumidores) a señalar a la Autorità Garante elementos útiles para efectos de la represión de comportamientos abusivos⁴¹. Por mucho tiempo, la jurisprudencia ha negado a los consumidores y a sus asociaciones la facultad de impugnar las medidas adoptadas por la Autorità Garante que tienen por objeto la violación del derecho antitrust. Hoy, en cambio, dicha facultad ha llegado a ser reconocida⁴². Más recientemente, a través de un importante revirement jurisprudencial, la Corte di

Cassazione, invocando expresamente los precedentes de la Corte Europea de Justicia CE⁴³, ha afirmado el derecho del consumidor al resarcimiento del daño producido por comportamientos de competencia desleal de los empresarios, incluso en la hipótesis en que tales comportamientos se desarrollen en una fase anterior a su relación contractual. En tal sentido, se ha afirmado que la Ley N.º 287 de 1990 “no solamente es ley de los empresarios, sino también de los operadores de mercado” en general, precisándose, es más, que “el consumidor, que es el adquirente final del producto ofrecido al mercado, cierra el ciclo que comienza con la producción del bien [de modo que] la función ilícita de [un comportamiento contrario a las reglas de la competencia] se realiza, precisamente, con la sustitución, mediante una elección aparente, de su derecho de elección efectiva entre productos en competencia⁴⁴.”

Para el usuario, por lo tanto, la apertura a la competencia de los mercados de los servicios públicos no es un dato puramente contextual: se trata, por el

³⁹. Art. 8, 2.º párrafo, de la Ley N.º 287/1990

⁴⁰. Véase, por ejemplo, la disposición de la Agcm N.º 12634, del 27 de noviembre, en la cual la Autoridad ha considerado que la introducción de ciertas cláusulas de exclusividad, por parte de la empresa nacional de electricidad (ENEL sociedad anónima) en el contrato de suministro de energía eléctrica celebrado con un cliente, configura un abuso de su posición dominante (las disposiciones de la AGCI pueden ser consultadas en el website www.agcm.it). Sobre los poderes de la AGCI, véase: M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001.

⁴¹. Art. 12, de la Ley N.º 287/1990

⁴². Consiglio di Stato, sala VI, 21 de Marzo del 2005, n. 1113; Consiglio di Stato, 14 de Junio del 2004, n. 3865, análogamente: Consiglio di Stato, sala VI, 21 de Marzo del 2005, n. 1113 (las sentencias de los jueces administrativos pueden ser consultadas en el website www.giustizia-amministrativa.it). Sobre este punto, véase: A. POLICE, *La tutela dei consumatori nel processo amministrativo*, en A. BARBA (coordinador), *La disciplina dei diritti degli utenti e dei consumatori*, cit., 223.

⁴³. Principalmente: Corte de Justicia de la Comunidad Europea (CE), 20 de Septiembre del 2001, causa 453/99, *Courage Ltd. c. Crehan*. Véase también: Corte di giustizia CE, 13 luglio 2006, causas 295/04 y 298/04, *Manfredi y otros*. Las sentencias de la Corte de Justicia pueden consultarse en el website www.eur-lex.europa.eu. Véase también el Libro Verde “Acciones de Resarcimiento del Daño por Violación de las Normas Antitrust Comunitarias” del 19 diciembre 2005, COM (2005).

⁴⁴. Corte di Cassazione: sala plena, 4 de febrero 2005, n. 2207. Comentario: B. LIBONATI, *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme antitrust*, en *Danno e responsabilità*, 2005, 498, 506 ss.; C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, en *Europa e diritto privato*, 2005, 443 ss.; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, en *Foro Italiano*, 2005, 1015 ss.; G. CANALE, *I consumatori e la tutela antitrust*, en *Giurisprudenza italiana*, 2005, 1675 ss.; B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquilina del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, en *Danno e responsabilità*, 2005, 498 ss..

contrario, del reconocimiento de su derecho a obtener en la transacción económica un resultado equitativo, garantizado por una competencia que les es dado pretender como asegurada, o de su derecho a demandar el resarcimiento del daño a él producido por la ausencia de dicha competencia.

Así, contando con los instrumentos para garantizar condiciones efectivas de competencia, el usuario puede después valerse de las normas contenidas en el Codice Civile y en el Codice del Consumo. Esto sucede porque la relación entre usuario y proveedor es una relación de naturaleza contractual, que cobra sus características de las numerosas tipologías contractuales previstas en el Codice Civile⁴⁵. La premisa de la naturaleza contractual de la relación tiene relevancia tanto en la fase anterior a la estipulación, cuanto en la fase de la expresión de la voluntad y en la fase de la ejecución⁴⁶.

Durante la negociación, la violación del principio de rectitud y buena fe, impuesto por el art. 1337 del Codice Civile, puede generar una responsabilidad precontractual, por ejemplo, en caso de retraso irracional en la estipulación del contrato⁴⁷. En lo concerniente a la

formación de la voluntad, las normas que tienden a proteger la espontaneidad del consentimiento tienen aplicaciones frecuentes en los contratos que tienen por objeto servicios públicos. En particular, habida cuenta de la desproporción entre los contratantes, resulta evidente la importancia de la disposición del Codice del Consumo que declara la nulidad de las cláusulas vejatorias que no hayan sido definidas en el ámbito de una negociación individual⁴⁸. Tampoco se puede pasar por alto la importancia, en el sector de los servicios públicos, de las normas que garantizan la información y el derecho de resolver los contratos celebrados a distancia⁴⁹, y también, más específicamente, de las normas relativas a los contratos celebrados por medios electrónicos⁵⁰. En estos últimos casos, estamos ante hipótesis que se presentan de forma recurrente.

También la ejecución del contrato se ubica en la esfera de aplicación de las reglas de derecho común italiano. Así, resultan de aplicación los cánones generales de rectitud y buena fe, con la consecuencia de que incurre en responsabilidad por incumplimiento el proveedor de servicios telefónicos que espera hasta el fin del periodo de facturación para comunicar al usuario el desenvolvimiento anómalo del

⁴⁵ La concreta identificación de la tipología contractual parece ser, en efecto, problemática. Por otro lado, la jurisprudencia resulta frecuentemente oscilante. (G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, en *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1986, 108-109.). El esquema contractual de referencia es el del Código Civil, en lo tocante al contrato de suministro ex art. 1559 (Corte di Cassazione, sala III, 16 de octubre 1998, n. 10249; Corte di Cassazione, sala III, 02 de octubre 1997, n. 9624; Tribunal de Nocera inferior, sentencia 24 de mayo 2006). En otras ocasiones, se recurre al esquema de la contrata de servicios a tiempo continuado ex art. 1677 del Código Civil: Tribunal de Génova, sala IV, 20 de febrero del 2006, n. 537).

⁴⁶ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., 483 ss.

⁴⁷ Corte di Cassazione, sala I, 13 octubre 1998, n. 10249.

⁴⁸ Art. 36 del Codice del Consumo.

⁴⁹ Art. 52 del Codice del Consumo. A veces esta normativa queda sometida a un régimen especial dictado por la Autoridad independiente. Véase, por ejemplo, la de la Agcom 664/06/CONS, que tiene por objeto la "Adopción de la reglamentación que contiene disposiciones en tutela de los usuarios en materia de provisión de servicios de comunicación electrónica mediante contratos a distancia", la cual específica e integra las normas contenidas en el Codice del Consumo, cuya aplicación resulta expresamente confirmada, por lo demás, en el website www.agcom.it.

⁵⁰ Art. 59 del Codice del Consumo.

tráfico telefónico, en comparación con el usualmente efectuado⁵¹. Del derecho común italiano se deduce, igualmente, la aplicación de la responsabilidad contractual ante infracciones cometidas, por ejemplo, en casos de suministro de agua no potable⁵², o de interrupción del suministro de energía eléctrica, sin perjuicio de la prueba rigurosa, plena y total de la ausencia de culpa⁵³.

6. LAS GARANTÍAS OFRECIDAS POR EL DERECHO ESPECIAL. EL USUARIO-CIUDADANO Y SUS NECESIDADES

Luego de la liberalización, entonces, el usuario toma conciencia de su interés en obtener la provisión de los servicios en condiciones socialmente aceptables, recurriendo, ante todo, a las reglas de derecho común italiano que garantizan el ejercicio efectivo de su poder contractual. Sin embargo, no siempre los instrumentos ordinarios resultan suficientes para dichos fines.

En primer lugar, el derecho común italiano, aplicado al sector de los servicios públicos, presenta una eficacia reducida.

La superación de la estructura monopolista del mercado de los servicios públicos ha dejado fuertes concentraciones de poder en manos de las empresas otrora monopolistas, y el grado de competencia está condicionado, hasta hoy, por las

resistencias de los operadores en posición dominante respecto del ingreso de nuevos operadores al mercado. La existencia de redes físicas no duplicables o difícilmente duplicables⁵⁴, con capacidad limitada, representa un ulterior obstáculo para el desarrollo de la competencia en estos sectores⁵⁵. Por ello, la autonomía contractual del usuario, que se sirve de la competencia para poder desarrollarse eficazmente, puede resultar comprometida.

A esta especificidad estructural del mercado, se suma una particularidad atinente a la posición contractual del usuario.

Subyacente a la provisión del servicio público, está la necesidad del usuario de obtener la prestación: la provisión tiende a satisfacer exigencias básicas, a las cuales el usuario no puede renunciar sin comprometer sus derechos fundamentales. Empero, en la óptica de un mercado que tiende al equilibrio a través del ejercicio de poderes contractuales contrapuestos, la situación de 'necesidad' de uno de los contratantes constituye un factor fatal de debilidad. La naturaleza primaria de su interés lo priva, en efecto, de una opción con la que el contratante cuenta ordinariamente: la opción de renunciar a la prestación. Y si se considera que a veces el escaso nivel de competencia vuelve menos accesible la otra opción, o sea, la de dirigirse a otros posibles proveedores, el

⁵¹ Tribunal de Brindisi, sentencia del 6 junio 2006, n. 505.

⁵² Corte di Cassazione, sala I, 25 junio 2002, n. 9240.

⁵³ Juez de Paz de Napoli, 13 de julio 2005 n. 2781. Hay que observar, por otro lado, que este régimen está contaminado –como indicaremos más adelante– por la previsión de indemnizaciones preestablecidas que el prestador debe pagar en caso de violación de cláusulas contractuales o de estándar cualitativos obligatorios (art. 2, co. XII, letra g, ley n. 481/1990).

⁵⁴ Piénsese en la red de transmisión y distribución de la energía eléctrica, en la red de transporte y distribución del gas, en la red postal, la red de las telecomunicaciones.

⁵⁵ El legislador ha previsto, por otro lado, y en relación con ello, específicas medidas en favor de la competencia. Sobre dichas medidas puede consultarse: E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, spec. 35 ss.; S. TORRICELLI, *La tutela dell'interesse pubblico nel mercato liberalizzato del trasporto ferroviario*, en A BRANCASI (coordinador), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, 2003, 76 ss.

estado crítico de la posición del usuario resulta evidente.

Por otra parte, el derecho común italiano no sólo presenta límites de eficacia: desde cierto punto de vista, parece ser también insuficiente para los fines que persigue y, más específicamente, para el nivel de protección que se propone ofrecer a quien usa la prestación.

En efecto, el punto de equilibrio que el derecho común italiano asegura entre los intereses de las partes contratantes puede resultar aceptable respecto de una transacción ordinaria, pero puede resultar intolerable, en cambio, respecto de un servicio público. La necesidad que constituye la base del servicio público amerita una consideración más allá de lo ordinario: como consecuencia de ello, el legislador puede exigir del prestador de tales servicios, en el balance de los intereses contrapuestos que se realizan en la transacción, un mayor sacrificio, permitiendo al usuario procurarse mayor beneficio.

La relación contractual está condicionada, pues, por una regulación pública imperativa que responde a estas distintas exigencias⁵⁶. La regulación surge, evidentemente, de un impulso político originario, asociado con la valoración discrecional del grado de protección que el sistema, con el respaldo de los preceptos constitucionales, se propone brindar a las necesidades de los ciudadanos.

Paradigmática es la disposición según la cual “el Gobierno, en el ámbito de la programación del presupuesto económico-financiero, indica a las Autoridades el cuadro de exigencias de desarrollo de los servicios de utilidad pública que corresponden a los intereses generales del País”⁵⁷.

A través de la política, por lo tanto, el interés general orienta y condiciona la relación entre proveedor y usuario, quitando de su posibilidad de negociación, numerosos aspectos de la provisión del servicio. Ello no significa, como quiera que sea, que la política intervenga directamente en la esfera de libertad de los particulares. Por el contrario, después de la identificación de los intereses generales a perseguir, el legislador confía, por lo general, a una Autoridad independiente del Gobierno la adopción de medidas necesarias y, por lo tanto, la identificación de la solución técnica que concilie más eficazmente los diversos intereses implicados⁵⁸. Esto también se realiza mediante el reconocimiento de garantías participativas sólidas: como ha observado el Consiglio di Stato: “en ausencia de responsabilidad y de sometimiento al Gobierno, la independencia y la neutralidad de las Autoridades puede encontrar un fundamento desde sus propias bases, siempre que estén aseguradas las garantías del debido proceso y de que el control tenga lugar posteriormente, en el ámbito jurisdiccional”⁵⁹. La garantía de la participación, según el Consiglio di Stato, puede constituir, justamente, una forma de

⁵⁶ D. SORACE, S. TORRICELLI, *Régulation et services d'utilité publique en Italie*, en G. MARCOU, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, t. 2, Paris, 2005, 347 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002.

⁵⁷ Art. 2., 21.º párrafo, de la Ley N.º 481/1995.

⁵⁸ D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse generale*, en *Mercato concorrenza regole*, 2003, 337.

⁵⁹ Consiglio di Stato, sala VI, 27 de diciembre 2006. n. 7972. En orden a las garantías participativas en el procedimiento frente a la Autoridad para la Energía Eléctrica y el Gas, véase el art. 5 de la deliberación de la Aeg n. 61 del 20 de mayo 1997 (las disposiciones de la Aeg pueden consultarse en el website www.autorita.energia.it). En la doctrina, véase: G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, a su vez en A. PREDIERI (coordinador), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, 145 ss.

legitimación alternativa “[a] la dialéctica propia de la estructuras representativas”⁶⁰.

La complejidad de la legislación producida en este marco queda bien ejemplificada por el art. 1 de la Ley N° 481 de 1990, que señala como finalidad a perseguir “la promoción de la competencia y de la eficiencia en el sector de los servicios de utilidad pública[...] así como niveles adecuados de calidad en los servicios mismos en condiciones económicas y rentables, asegurando su disponibilidad y difusión de modo homogéneo en todo el territorio nacional, definiendo un sistema tarifario seguro, transparente y basado en criterios predefinidos, promoviendo la tutela de los intereses de usuarios y consumidores, teniendo en cuenta la normativa comunitaria europea en materia y las directrices de política general formuladas por el Gobierno”. Las normas posteriores constituyen, consiguientemente, los poderes reguladores necesarios.

La transacción económica entre usuario y proveedor resulta, en consecuencia, sometida a líneas de conducta inderogables que, atendiendo a la prohibición de practicar discriminaciones⁶¹, obligan al proveedor a asegurar estándares de calidad mínimos⁶², a garantizar un precio que no sea superior respecto del límite fijado por la Autoridad sobre la base de costos efectivamente afrontados por el proveedor (el denominado

price-cap)⁶³. De ordinario, el precio es tal que cubre totalmente los costos, y garantiza un razonable margen de utilidad igualado a la gestión de una empresa eficiente: en la selección de los costos relevantes y en la definición del porcentaje de utilidad a perseguir, se aplica, de todos modos, la política que el Gobierno pretende realizar en el sector.

Filtro evidente de esta regulación es la voluntad de proteger al usuario; sin embargo, su razón de ser es, en realidad, más compleja. Regularmente, el usuario “paga” la calidad que el regulador impone. Él no puede elegir una prestación de calidad reducida a fin de obtener un precio más cómodo, sino que debe invertir una parte de sus ingresos con la finalidad de beneficiarse de prestaciones que corresponden a ciertos estándares: así contribuye al desarrollo global de la sociedad. El usuario, entonces, se presenta investido de una responsabilidad social que no tiene correspondencia con la posición de un consumidor normal.

La excepción está representada por las prestaciones de servicios “universales”. En algunos sectores, en efecto, el legislador italiano ha identificado un núcleo fundamental de prestaciones que deben ser brindadas sin discriminaciones geográficas, y a un precio necesariamente accesible, incluso si es inferior en comparación con el costo necesario para producir el servicio⁶⁴. En tal caso, si el precio fijado resulta antieconómico, se contemplan medidas de

⁶⁰. Consiglio Stato, sala VI, 29 maggio 2006, n. 3272.

⁶¹. Art. 2., 12.º párrafo, letra (n), de la Ley N.º 481/1995.

⁶². Art. 2., 12.º párrafo, letra (h), de la Ley N.º 481/1995.

⁶³. Art. 2., 12.º párrafo, letra (e), de la Ley N.º 481/1995. La norma del art. 1 de la Ley N.º 481/1990, “[e]l sistema tarifario debe armonizar, igualmente, los objetivos económicos y financieros de los sujetos que brindan el servicio con los objetivos generales de carácter social, de tutela ambiental y de uso eficiente de los recursos”.

⁶⁴. El servicio universal es objeto de un régimen específico en el sector postal (art. 3 del Decreto Legislativo del 22 de julio de 1999, n. 261) y de las comunicaciones electrónicas (art. 53 y siguientes del Decreto Legislativo del 1 agosto 2003, n. 259). En dicho régimen, sin embargo, parece que sólo se indican los casos en los cuales el proveedor tiene la obligación de brindar el servicio en condiciones no remunerativas, de forma tal que se garantice, a un precio económicamente ‘no razonable’, la accesibilidad del servicio. Sobre el servicio universal, véase: G. CARTEI, Il servizio universale, cit.; G. NAPOLITANO, Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti, en Mercato Concorrenza Regole, 2000, 448.

compensación. Así, la transacción económica se desarrolla al margen de una lógica comercial, y demanda una intervención de solidaridad por parte de otros sujetos (otros empresarios, otros usuarios, los contribuyentes), que hacen confluir en aquélla recursos externos, reestableciendo las condiciones de equilibrio económico que sostiene el interés de los empresarios para mantenerse en el mercado⁶⁵.

Estas consideraciones acreditan la existencia de una contraposición sustancial (que se manifiesta en el plano de los fines perseguidos) entre la lógica (social) de la regulación y la lógica (económica) del contrato. Ninguna contradicción se manifiesta en el plano formal. Ante todo, la regulación pública es reproducida en un documento de descripción de las finalidades y condiciones de los servicios: la “carta dei servizi”, que transforma las prescripciones imperativas en condiciones generales de contrato⁶⁶. Además, una vez que la regulación pública se establece en el contrato de usuario, ella deviene automáticamente una parte de la regulación contractual de la relación, fuente de obligaciones recíprocas para los contratantes. De tal manera, la regulación, como resultado de la valoración de la variedad de los intereses que le son propios, reconoce a los usuarios derechos subjetivos que ellos pueden hacer valer frente a su proveedor. Es significativo lo que ha afirmado la Corte di Cassazione en

relación con las tarifas determinadas por la Autoridad pública: si bien ellas “se fijan con métodos y procedimientos autoritativos [...] una vez emitidas, se introducen como elemento necesario y obligatorio en un contrato de derecho privado, como si hubiesen sido pactadas por particulares y consagradas en cláusulas contractuales”⁶⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que destacar que en los servicios públicos, el contrato no es simplemente el instrumento que regula los intereses de las partes. Es también el instrumento que concluye el proceso decisorio público, y que realiza en definitiva la composición de una pluralidad de intereses⁶⁸, según la voluntad política.

7. LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL USUARIO: ENTRE JUEZ ORDINARIO Y JUEZ ADMINISTRATIVO.

La afirmación de la naturaleza contractual de la relación entre el usuario y su proveedor implica, como consecuencia natural, que sus litigios sean de conocimiento del juez ordinario.

Acerca de este punto, es necesario formular una premisa. En el sistema italiano, la jurisdicción sobre las controversias que involucran a la Administración pública (o a los sujetos a los que ella delega sus poderes) es repartida entre los jueces ordinarios y jueces administrativos. El criterio general de reparto es la naturaleza de la situación

⁶⁵ Sobre los mecanismos de financiamiento, véase: SIMONE TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, cit.

⁶⁶ Art. 2., 12.º párrafo, letra (p), de la Ley n. 481/1995. Sobre estas “carte dei servizi” véase: G. SBISÀ, *Natura e funzione delle “carte dei servizi”*: la carta del servizio elettrico, en *Rassegna giuridica dell’energia elettrica*, 1997, 333 ss.; F. GIGLIONI, *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, en *Politica e diritto*, 2003, 405 ss. S. BATTINI, *La tutela dell’utente e la carta dei servizi pubblici*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 185.

⁶⁷ Corte di Cassazione, sala plena, 23 junio 2005, n. 13447.

⁶⁸ B. BOSCHETTI, *Cittadino e utente*, en *Jus*, 2003, 138.

subjetiva hecha valer en juicio⁶⁹. Sin embargo, existen materias que son enteramente atribuidas a la “jurisdicción exclusiva” del juez administrativo, independientemente del interés invocado⁷⁰. Entre estas materias se encuentra, ni más ni menos, la de los servicios públicos, pero con la expresa exclusión de las controversias que atañen a las relaciones individuales de uso del servicio⁷¹.

La interposición del contrato entre la regulación administrativa y la provisión de la prestación ofrece el justificativo teórico para semejante desproporción. La materia de los servicios públicos está cubierta por intereses públicos, y pertenece, con carácter general, a la jurisdicción del juez administrativo. Sin embargo, una vez que los intereses subyacentes al servicio público se han especificado y consolidado en una regulación bilateral negociada, tales intereses se vuelven componentes de los derechos y de las obligaciones de las partes, de forma tal que la jurisdicción puede quedar, razonablemente, en manos del juez ordinario. Esto tiene lugar a pesar de la ambigüedad de la formulación normativa, ya sea cuando el proveedor es un sujeto privado (lo cual constituye la regla), o cuando la relación contractual se instaura,

más bien, con un sujeto público⁷². La Corte di Cassazione ha hablado, precisamente, de una jurisdicción homogénea a la “realidad ontológica de la relación jurídica que nace de una negociación individual”⁷³.

En el sistema italiano, entonces, el juez ordinario es a la vez el juez del consumidor y el juez del usuario, mientras que los instrumentos procesales son los ordinarios, previstos en el Codice di Procedura Civile. Como veremos, existe una ampliación de la posibilidad de ejercer la acción, de modo que se comprenda a las asociaciones; por lo demás, sin embargo, el legislador no ha previsto ninguna regla derogatoria para los juicios promovidos por los consumidores y usuarios o, en todo caso, para los juicios relativos a las prestaciones de servicio público. En este caso, el usuario es asimilado, no sólo al consumidor, sino a un sujeto cualquiera que, al ver lesionados sus derechos, pretende recurrir al juez sin que la disposición procesal le brinde una consideración especial. Si se agranda la perspectiva, las posibilidades de tutela jurisdiccional brindadas al consumidor y al usuario, no se presentan plenamente convergentes. No se puede pasar por alto el hecho de que parte del contenido del contrato no deriva de una negociación ni,

⁶⁹ El juez administrativo es el juez de los “intereses legítimos”; el juez ordinario es el juez de los “derechos subjetivos”. La distinción entre estas dos figuras es extremadamente problemática: el interés legítimo puede ser calificado como el interés por un bien de la vida tutelado por el ordenamiento que se relacione con un poder de elección de la administración y que, por lo tanto, no está asistido por las garantías de la satisfacción de la pretensión del bien: su contenido de poderes y facultades se traduce en la pretensión al respeto de las reglas impuestas al ejercicio del poder. La incertidumbre acerca de la satisfacción del interés material que le es subyacente es aquello que generalmente (pero solo generalmente) distingue el interés legítimo del derecho subjetivo. Véase, en relación a la problemática identificación de la naturaleza de las situaciones subjetivas: A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2005, 51 ss., e igualmente, en relación con la calificación de los intereses en el ámbito de los servicios públicos: D. SORACE, *Gli “interessi di servizio pubblico” tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, cit., 205 ss..

⁷⁰ El art. 103 de la Constitución atribuye al juez administrativo la tutela de los intereses legítimos y en “particulares materias indicadas por la ley, también de los derechos subjetivos”.

⁷¹ Art. 33 del Decreto Legislativo del 31 marzo 1998, n. 80.

⁷² M. DELSIGNORE, *I rapporti individuali di utenza con soggetti privati secondo l'interpretazione della Corte di cassazione*, en *Diritto processuale amministrativo*, 2004, 1127 ss.

⁷³ Corte di Cassazione, sala plena, 16 abril 2004, n. 7265.

por lo tanto, de la expresión más o menos genuina de la autonomía contractual, sino que tiene una génesis “administrativa”. Más allá de la relación entre prestador y usuario, el servicio público genera una relación entre usuario y poder público que, mediante los actos administrativos de regulación, se sustituye a él en las elecciones sobre la modalidad con la cual la prestación será provista, definiéndose algunas cláusulas del contrato. Esta relación también atribuye al usuario intereses protegidos: ello acontece cuando el poder público pretende expropiarlo de su autonomía contractual, en cuyo caso el usuario puede pretender frente al juez administrativo que el poder público, no solamente respete las reglas formales y procedimentales que rigen las decisiones administrativas, sino que apunte hacia los objetivos de servicio público impuestos por el legislador ⁷⁴.

El origen “publicista” de una parte de la regulación contractual, así como la interacción entre regulación y contrato, plantea también el problema de las cláusulas contractuales que reproducen el contenido de los documentos públicos, en lo tocante a su eventual carácter vejatorio. Esta consideración no debe sorprender. Se ha advertido que la regulación pública tiende a tutelar intereses heterogéneos y

conflictivos: el interés del usuario no es el único tomado en consideración, y el regulador puede imponerle un sacrificio específico para la tutela de intereses distintos (la difusión territorial, el desarrollo infraestructural, la economía de la gestión, la promoción de la competencia, etc.), que puede dar origen a un desequilibrio entre las partes del contrato.

En relación con este punto, el Codice del Consumo dispone que no son vejatorias las cláusulas que reproducen disposiciones legales⁷⁵. Por lo tanto, si la regla es impuesta por una disposición legal, ella, una vez integrada, formalmente o no, a la regulación contractual, es por definición no vejatoria. No queda en claro si tal exclusión se extiende a las cláusulas que reflejan reglas impuestas por documentos públicos de naturaleza no legislativa⁷⁶. En efecto, la jurisprudencia ha realizado, de vez en cuando, un control del carácter vejatorio de disposiciones de naturaleza reglamentaria⁷⁷, aunque esta conclusión parece contradictoria. Si se admite que el legislador puede dictar directamente una disposición al margen del control del carácter abusivo de las cláusulas, es difícil descartar, que él pueda delegar un poder de la misma extensión al Gobierno o a una Autoridad administrativa (siempre que, como impone el principio de legalidad, se definan los

⁷⁴ Siempre que ello se traduzca en la impugnación de actos de Autoridades independientes, el juicio frente al juez administrativo sigue reglas particulares, que tienden a asegurar su rápida conclusión (art. 23 bis de la Ley del 6 de diciembre 1971, n. 1034).

⁷⁵ Art. 34, 3.º párrafo, del Codice del Consumo.

⁷⁶ Sobre este punto, puede verse: L. MANCINI, I contratti di utenza pubblica, en *Diritto amministrativo*, 2002, 146 ss.; E. GRAZIUSO, La tutela del consumatore contro le clausole abusive, Milano 2002, 78; G. CIAN, Gli interventi dell'autorità regolatoria sul contratto, en *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1997, 325 ss; C. MARZUOLI, Pubblica amministrazione e clausole vessatorie, en *Diritto privato*, 1996, 259-265; G. ALPA, L'autorità per i servizi pubblici e i consumatori, en *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1996, 266 ss.

⁷⁷ Tribunal de Roma, sentencia del 4 febrero 2002, Tribunal de Napoli, sentencia 4 enero 2003; en sentido contrario Tribunal de Roma, sentencia del 2 agosto 1997.

critérios a seguir y los fines a perseguir en su ejercicio)⁷⁸.

Cualquiera que sea su extensión, sin embargo, es evidente que la exclusión prevista por el Codice del Consumo refleja una lógica que diferencia profundamente la posición sustancial y procesal del usuario y del consumidor. La gran cantidad de reglas que condicionan el contenido del contrato del usuario definen un ámbito amplio en el cual la garantía del equilibrio entre las partes del contrato no está asegurada. Así, la regulación puede imponer, en nombre del interés general, condiciones sustancialmente vejatorias, e introducir autoritariamente, por lo tanto, desequilibrios entre los derechos y obligaciones de las partes: reaflore, en consecuencia, la idea, que había singularizado al sistema anterior: que el interés público representa, para el usuario, un límite insuperable.

8. LOS REMEDIOS ALTERNATIVOS Y LA TUTELA EXTRAJUDICIAL.

La tutela del usuario de los servicios públicos no se agota en la posibilidad de acceder al juicio. En efecto, lo dilatado de

los procesos y los costos de las acciones jurisdiccionales ponen en riesgo la efectividad de los derechos de los usuarios. Por otro lado, el valor económico de las controversias, a menudo exiguo, puede inducir al usuario a renunciar a la tutela, eliminándose así un elemento fundamental para el funcionamiento global del sistema. Éste se sirve, ni más ni menos, de la contribución de cada operador, que, actuando para la tutela de su interés, garantiza la legalidad de los comportamientos y la efectiva correspondencia del servicio a los intereses generales perseguidos.⁷⁹.

El legislador, por lo tanto, ha acompañado la afirmación de los derechos de los usuarios con la previsión de formas ulteriores de tutela. En términos generales, las cámaras de comercio pueden promover la creación de comisiones de conciliación y arbitraje para la solución de las controversias entre empresas y consumidores o usuarios (80). Empero, en lo que concierne al arbitraje, la cámara de comercio se limita en poner a disposición un tribunal que opera como consecuencia de una cláusula arbitral libremente suscrita por

⁷⁸. Puesto que el art. 34 del Codice del Consumo responde a una Directiva Comunitaria europea, su interpretación no puede perder de vista dicha premisa. En efecto, la Directiva n. 93/13/CEE, concerniente a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con el consumidor, excluye del ámbito de su aplicación aquellas "cláusulas contractuales que reproducen disposiciones legislativas o reglamentarias imperativas". Por lo tanto, si se interpreta la normativa nacional como capaz de excluir el control del carácter vejatorio de las cláusulas que reproducen disposiciones regulatorias, no hay ningún problema de compatibilidad con el derecho comunitario europeo que pueda surgir. En lo que atañe, en cambio, a la eventual exclusión de cláusulas que reproducen disposiciones impuestas por actos de naturaleza no normativa (en particular, por actos administrativos generales), la compatibilidad con el derecho comunitario parece dudosa, en atención a algunas diferencias que se registran en las diversas versiones lingüísticas de la Directiva. En la versión italiana, la Directiva quita de su aplicación a las cláusulas que reproducen disposiciones legislativas o reglamentarias; en la versión francesa, se quita a las cláusulas que "reflètent" disposiciones legislativas o reglamentarias. Es evidente que el verbo "reflejar" no coincide con el verbo 'reproducir': se podría decir, por ejemplo, que una cláusula que reproduce un acto administrativo general adoptado sobre la base de una ley, 'refleja' la disposición de la ley, si bien no la 'reproduce'. Aun más amplia es la exclusión prevista en la versión inglesa, que concierne a las cláusulas "which reflect mandatory statutory or regulatory provisions": la expresión 'regulatory provisions' puede bien comprender los actos de las Autoridades independientes.

⁷⁹. Se ha observado, certeramente, que la acción administrativa puede dirigir a los operadores sólo creando oportunidades para ellos, es decir, aprovechando su oportunismo, en sentido positivo o negativo": B. TONOLETTI, Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete, en *Anuario Aipda* 2003, 2004, 357.

⁸⁰. Art. 2, 4.º párrafo. letra (a), de la Ley n. 580/1993.

las partes. En lo que atañe a la conciliación, ésta se funda, análogamente, en la voluntad de las partes de someterse al procedimiento y aceptar la solución conciliadora⁸¹. La importancia de este instrumento, entonces, tanto en el plano concreto, cuanto en el plano teórico, resulta reducida.

En la explicación completa del estatuto del usuario, se muestran más interesantes los procedimientos específicamente previstos para las controversias referidas a prestaciones de servicios públicos.

Una primera tipología reúne los procedimientos de reclamo que el proveedor debe predisponer y administrar, conforme a una directiva del Presidente del Consejo de Ministros de 1994. En realidad, dicha la directiva es genérica⁸², y la organización de los procedimientos ha sido dejada casi totalmente en manos del proveedor, si bien bajo la supervisión de la Autoridad de regulación (que tiene un poder general para verificar la congruencia de las medidas adoptadas por el proveedor a fin de asegurar los principios de los servicios públicos⁸³). A veces, los proveedores han organizado algunos procedimientos de acuerdo con las asociaciones de consumidores⁸⁴. Para animar tales acuerdos, se han previsto también subvenciones públicas⁸⁵.

Estos elementos conducen a preguntarse sobre las funciones reales de los procedimientos internos. Esto no parecen ser, en efecto, instrumentos de solución de las controversias, sino más bien instrumentos que apuntan a prevenirlas⁸⁶. Más aún, se puede afirmar que obligan al proveedor a mantener un contacto continuo con las reacciones de los usuarios⁸⁷, y ello lo induce a mejorar progresivamente su oferta, a fin de que los usuarios sigan prefiriendo sus servicios⁸⁸. Desde este punto de vista, la previsión de estos procedimientos representa la otra cara del deber de las Autoridades regulatorias de realizar audiencias periódicas con las asociaciones de los consumidores y usuarios, incluso a solicitud de éstas, y de efectuar investigaciones sobre el grado de satisfacción de los usuarios, sobre la eficacia del servicio⁸⁹ y sobre el respeto de los estándares de calidad⁹⁰.

La función de los procedimientos de reclamo administrados por las Autoridades regulatorias independientes es sustancialmente diversa. En estos casos, la decisión pertenece a un órgano administrativo dotado de autonomía y capacidad técnica, que se encuentra, respecto de las partes en causa, en una posición de neutralidad, en la cual el poder decisorio prescinde de la existencia de la voluntad común de las partes de

⁸¹ W. GASPARRI, Gli istituti alternativi di composizione delle liti, en A. CORPACI, La tutela degli utenti dei servizi pubblici, cit., 233.

⁸² Ella se limita a prever que estos procedimientos sean accesibles, informales y de fácil comprensión (el usuario tiene derecho a proponerlos oralmente) y que el suministrador deba dar una respuesta completa y una reparación adecuada, comprendido el reembolso automático y preestablecido de los perjuicios causados.

⁸³ Art. 2, 12.º párrafo, letra (n), de la Ley n. 481/1995.

⁸⁴ W. GASPARRI, Gli istituti alternativi di composizione delle liti, cit., 229.

⁸⁵ Más específicamente, la resolución de la Aeeq n. 35/07 prevé las subvenciones para la formación del personal a destinar para el desarrollo de procedimientos de conciliación, a condición de que ellos estén organizados según un Protocolo empresarial, estipulado entre el prestador y una asociación de usuarios.

⁸⁶ W. GASPARRI, Gli istituti alternativi di composizione delle liti, cit., 214.

⁸⁷ A. MASSERA, Diritti degli utenti e regolazioni della concorrenza: le carte dei servizi e le autorità indipendenti, en D. SORACE, Le responsabilità pubbliche, Padova, 1998, 40.

⁸⁸ G. SANVITI, La carta dei servizi pubblici, en Regioni e governo locale, 1994, 725.

⁸⁹ Art. 2, 23.º párrafo, de la Ley n. 481/1995.

⁹⁰ Art. 5, del Reglamento de la Aeeq, n. 33/2003.

recurrir a él. La organización concreta de los procedimientos es dejada en manos de las distintas Autoridades independientes⁹¹. Como quiera que sea, el legislador ha buscado asegurar su efectividad, ya sea concediendo a la Autoridad el poder de adoptar las medidas temporales tendientes a asegurar la continuidad del servicio, o a hacer que cesen otros comportamientos ilegales, o bien previendo que la decisión final (que tiene la naturaleza de un acto administrativo) representará un título ejecutivo⁹².

Por regla general, el recurso a la Autoridad no es condición para recurrir al juez, al cual el usuario puede dirigirse de manera directa. Sólo en el sector de las comunicaciones electrónicas, el recurso al juez es impedido hasta que concluya un intento preliminar de conciliación, previsto en el procedimiento de reclamo organizado por la Autorità per le Garanzie nelle Telecomunicazioni (en adelante: Agcom). Dicho intento debe realizarse, en todo caso, dentro de un plazo de treinta días, contados a partir de la presentación de la demanda ante la Agcom⁹³. Una condición distinta se

prevé, a su vez, en el sector de la energía eléctrica y del gas, donde el usuario debe interponer, en primer lugar, un reclamo ante el proveedor, para luego recurrir a la Autoridad administrativa.

También en lo concerniente al desarrollo de los procedimientos, las diferencias que se detectan impiden delinear los rasgos de un modelo uniforme. El procedimiento seguido por la Aeg se desarrolla internamente, sin ninguna garantía ulterior fuera de las que son propias del procedimiento administrativo corriente. Es un procedimiento que no presenta ningún formalismo, y que no parece ser asimilable a un procedimiento contencioso. En todo caso, se le puede reconocer una función de control objetivo de la legalidad del accionar del proveedor, solicitada por un sujeto con interés para ello. El procedimiento diseñado por la Agcom se presenta diverso⁹⁴. La competencia para resolver el conflicto es delegada a los comités regionales, de modo tal que el procedimiento se vuelve cercano a los usuarios, para los cuales acceder a él resulta más fácil. El régimen parece moldeado

⁹¹ Art. 2, 24.º párrafo, letra (b), de la Ley n. 481/1995.

⁹² Art. 2, 20.º párrafo, letra (e), y 24.º párrafo, letra (b), de la Ley n. 481/1995.

⁹³ Las partes, por lo tanto, no deben esperar la decisión final que defina la controversia, sino solamente la conclusión de esta tentativa preliminar de conciliación (art. 2, 11.º párrafo, de la Ley del 31 julio de 1997, n. 249). La Corte Costituzionale ha aclarado los límites dentro de los cuales el legislador, por la exigencia de evitar abusos o excesos, o de salvaguardar otros intereses generales, puede imponer al particular la recurrencia a órganos no jurisdiccionales. En particular, se ha afirmado que ello es constitucionalmente legítimo aun cuando el recurso a tales órganos sea condición, no ya para la interposición de la acción jurisdiccional, sino para su procedencia: la consecuencia es que si el recurso jurisdiccional no ha sido precedido por el recurso prejudicial, el juez suspende el juicio, fijando un plazo para accionar ante la autoridad no judicial y otro plazo sucesivo (transcurrido desde el cese de la causa de suspensión) para asumir nuevamente el juicio. Para un resumen de la jurisprudencia constitucional sobre el punto, véase: Corte Costuzionale, 4 de marzo 1992, n. 82. Así mismo, la disposición relativa al procedimiento de conciliación en el sector de las comunicaciones electrónicas fue impugnada ante la Corte Costituzionale, bajo el presupuesto de que el sometimiento de la controversia a una supuesta obligación de conciliación violaría (entre otros) el derecho de acción contemplado en el art. 24 de la Constitución italiana. La Corte declaró la inadmisibilidad del recurso por motivos de orden procesal, indicando por otro lado, con fundamentos, que tales normas, más allá de su tenor literal, podría ser objeto de una interpretación adecuada que la vuelva constitucionalmente legítima, atribuyéndole el significado por el cual la tentativa previa de conciliación constituye una mera condición de procedencia de la acción (Corte Costituzionale, 24 de marzo 2006, n. 125). Las sentencias de la Corte Costituzionale pueden ser consultadas en el website www.giurcost.org.

⁹⁴ Resolución de la Agcom, 19 junio 2002, 182/02/CONS.

sobre la base del proceso ante el juez, y es por ello que la decisión final cobra un carácter “para-jurisdiccional”.

Estas diferencias estructurales, que obedecen a insuficiencias de la reglamentación estatal primaria y secundaria, resultan poco justificables. Atendiendo a que los procedimientos de resolución de las controversias representan, hoy por hoy, un componente fundamental de la protección del usuario y de sus necesidades, lo que parece necesario es asegurar que ellos sean capaces de cumplir eficazmente (por sus posibilidades de acceso, las reglas de desarrollo, las garantías vinculadas) la función de tutelar los intereses lesionados de los usuarios del servicio público. Como se ha visto, estos elementos no siempre están presentes. Y cuando ello ocurre, es inevitable constatar una ausencia de tutela.

9. LAS ORGANIZACIONES DE LOS USUARIOS Y SUS FUNCIONES EN LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA.

En el ordenamiento italiano, la representación organizada de los intereses de los grupos ha cobrado una importancia creciente, en todas las distintas fases en las cuales dichos intereses asumen relevancia. La tendencia es generalizada, y el sector de los servicios públicos no presenta excepciones.

En primer lugar, la representación de los consumidores y de los usuarios es asegurada por los instrumentos asociativos ordinarios. Por lo tanto, dicha representación tiene origen en movimientos espontáneos de la sociedad. El fenómeno

asociativo que emerge de tal forma es posteriormente organizado por los poderes públicos. Las asociaciones que cumplen los requisitos impuestos por el legislador (democracia interna, tutela de los consumidores como finalidad exclusiva, capacidad representativa adecuada) pueden solicitar, luego, un reconocimiento ministerial, el cual les confiere una serie de poderes y de facultades⁹⁵. A la representación “espontánea” se suma una representación que puede considerarse “institucional”. El Codice del Consumo ha previsto la creación, al interior del Ministerio de Actividades Productivas, de una Comisión Nacional de Consumidores y Usuarios (en adelante: Cncu), integrada por representantes de asociaciones reconocidas por el Ministerio, y presidida por el Ministro o por un delegado de éste⁹⁶. La exigencia no consiste solamente en admitir una representación organizada de los intereses, sino en promoverla. Es una exigencia que luego se ha manifestado, con singular fuerza, respecto de los servicios públicos, en cuyo ámbito el legislador ha dispuesto la constitución de otros organismos ad hoc. En tal sentido, puede recordarse a la Comisión de Consulta de los Usuarios de la Red Eléctrica, integrada por representantes de distintos clientes, entre los cuales se encuentra un representante de los clientes vinculados con el sector (uno para los clientes industriales, otro para los clientes mayoristas), nombrado por las asociaciones más representativas indicadas por el Ministerio⁹⁷. De igual forma, puede recordarse a la Comisión de los Usuarios del Sector de las Telecomunicaciones, también integrada por expertos designados por la asociación representativa de las distintas categorías de los usuarios de los servicios de

⁹⁵. Art. 137 del Codice del Consumo.

⁹⁶. Art. 136 del Codice del Consumo.

⁹⁷. Decreto del Presidente del Consejo de Ministros, del 11 mayo de 2004.

telecomunicaciones y de los servicios radiotelevisivos⁹⁸.

El sustento público brindado a la actividad que las asociaciones desarrollan pone en evidencia, ulteriormente, su relevancia social. No se ha previsto, en efecto, ningún financiamiento directo. Sin embargo, una contribución material es brindada al Cncu, que puede utilizar la estructura y el personal del Ministerio de las Actividades Productivas. En términos generales, además, los ingresos que derivan de las sanciones pecuniarias impuestas por la AGCI⁹⁹ deben ser destinados a sostener iniciativas en ventaja de los consumidores¹⁰⁰. Otras subvenciones son reconocidas para las iniciativas editoriales¹⁰¹. Así promovida y organizada la representación de los intereses, la relevancia que las normas del sector atribuyen a las asociaciones de los consumidores y usuarios se manifiesta en distintos aspectos. El primer aspecto es el de la voluntad de introducir en los procesos formativos de las decisiones estratégicas en materia de servicios públicos, los intereses de la “categoría” de los consumidores, a fin de poder evaluarlos adecuadamente en el diseño de tales políticas. En el nivel de la producción legislativa, interviene la Comisión Nacional de los Consumidores y Usuarios, que, si así se lo solicitan, emite opiniones sobre esquemas de actos normativos concernientes a los derechos e intereses que ella tiene como tarea tutelar. Las asociaciones de los usuarios intervienen, de igual manera, en la definición de las políticas de desarrollo de los servicios públicos, sobre todo en lo

tocante al desarrollo infraestructural. Específicamente, la Comisión de Consulta de los Usuarios de la Red Eléctrica expresa opiniones que no son vinculantes, y puede proponer modificaciones al régimen de la red y, más en general, sobre la correspondencia entre las reglas que dicho régimen contiene y las finalidades del servicio público en cuestión (para la misma finalidad, emite su parecer sobre las modificaciones propuestas por otros).

En el nivel de la actividad administrativa, las Autoridades regulatorias tienen audiencias periódicas con las asociaciones representativas¹⁰². Los representantes de los usuarios y de los consumidores deben ser escuchados, así mismo, en lo relativo a la adopción de las directivas concernientes a la producción, y a la generación de los servicios por parte de los propios sujetos que los prestan¹⁰³. Es más, un memorandum de entendimiento celebrado con el Consejo Nacional de Consumidores y Usuarios, obliga a la Aeg a consultarlo antes de que se adopten medidas de interés general, así como a valorar las actividades desarrolladas por las asociaciones de consumidores para el monitoreo de la calidad de los servicios y del respeto de las reglas aplicables¹⁰⁴.

La posible o necesaria participación de las asociaciones de consumidores va acompañada de poderes de reacción jurisdiccional. Conforme al art. 139 del Codice del Consumo, las asociaciones de consumidores están legitimadas para obrar en tutela de los intereses colectivos que ellas representan¹⁰⁵ Como ha sido destacado por

⁹⁸ Art. 1, 28.º párrafo, de la Ley del 31 julio 1997, n. 249.

⁹⁹ Arts. 15 y 19 de la Ley n. 287/1990.

¹⁰⁰ Decreto ministerial del 1 diciembre 2006.

¹⁰¹ Art. 138 del Codice del Consumo.

¹⁰² Art. 2, 23.º párrafo, de la Ley n. 481/1995.

¹⁰³ Art. 2, 12.º párrafo, letra (h), de la Ley n. 481/1995; art. 101 del Codice del Consumo.

¹⁰⁴ El referido protocolo es del 17 octubre 2001.

el Consiglio di Stato en su sesión plenaria, dicha delegación encarga a las asociaciones una “tarea de cierto cariz publicístico, porque mediante esas intervenciones para la tutela de los consumidores, las asociaciones contribuyen a la afirmación en concreto del principio de legalidad en el amplio y delicado sector del consumo”¹⁰⁶.

La legitimación que se describe permite a las asociaciones intervenir, por un lado, en la regulación pública (y, por lo tanto, oponerse a la Autoridad administrativa) y, por otro lado, en el ámbito privado, actuando frente al proveedor.

En el primer plano, las asociaciones pueden requerir al juez administrativo la anulación de actos regulatorios o de decisiones adoptadas por la Agcm en lo que atañe a la legalidad, desde la óptica antitrust, de ciertos comportamientos (por lo demás, las asociaciones pueden constituirse en juicio para oponerse a requerimientos de anulación formulados por terceros). En el plano privado, a su vez, las asociaciones pueden pedir ante el juez ordinario la inhibición de comportamientos realizados por el proveedor, la adopción de medidas idóneas para corregir o eliminar los efectos perjudiciales de las infracciones verificadas, la publicación de resoluciones en diarios de circulación nacional, a fin de contribuir a eliminar los efectos perjudiciales de las infracciones verificadas¹⁰⁷.

La amplitud de los poderes sustantivos y procesales que el ordenamiento jurídico reconoce a las asociaciones de los consumidores constituye un *unicum*: estos representan una excepción a la impermeabilidad sustancial de los procesos legislativos y reglamentarios y a las reglas que limitan la participación de los interesados en el proceso formativo de los actos administrativos generales¹⁰⁸. En el plano procesal, igualmente, si bien se ha previsto la posibilidad para las asociaciones representativas de obrar en juicio, la diversidad de las acciones que las asociaciones de los consumidores pueden proponer resulta singular. Hay dos razones que pueden justificar tales particularidades. La importancia del interés que tiene como portadores a los consumidores y usuarios, y la existencia del riesgo de que ellos no tengan la fuerza para hacerlo valer, dan pie a la necesidad de sostenerlos y asistirlos. Las asociaciones, justamente, contribuyen a brindar apoyo y asistencia. La segunda razón no es menos importante. El sistema urge de un sujeto jurídico que represente el interés de la categoría en su conjunto. Este interés no es la simple suma de todos los intereses individuales: es un interés que los sintetiza, dándoles un orden sobre la base del peso específico reconocido a cada uno. El resultado de este balance confluye, a través de las actividades de las asociaciones, en el proceso público de la toma de decisiones: en este proceso, por lo tanto, el interés del consumidor y del usuario se presenta atenuado, diluido,

¹⁰⁵ Art. 139 del Codice del Consumo.

¹⁰⁶ Consiglio di Stato, Asamblea plenaria, 11 enero 2007, n. 1.

¹⁰⁷ Art. 140 del Codice del Consumo.

¹⁰⁸ Véase, en relación con dicha amplitud: C. IURILLI, *Manuale di diritto dei consumatori*, cit., 74 ss.

¹⁰⁹ El art. 7 de la Ley del 7 de agosto 1990, n. 241, permite la participación en el procedimiento administrativo de todos los interesados, incluidas las asociaciones, que pueden sufrir un perjuicio por el acto final. El art. 13 de la misma ley, sin embargo, excluye la aplicación de las disposiciones a los procedimientos relativos a los actos normativos y administrativos en general, que quedan regulados por normativas especiales. Si bien los regímenes que regulan el procedimiento frente a las Autoridades independientes tienden a garantizar ampliamente, incluso respecto de los actos generales, el derecho de participar (véase el art. 5 de la resolución de la Aeg n. 61 del 20 de mayo 1997), muy a menudo no hay normativas sectoriales que brinden la garantía de la participación. En este contexto, los poderes participativos atribuidos a las asociaciones de consumidores y de usuarios exhiben toda su especialidad.

eventualmete sacrificado. Estas consideraciones permiten destacar la existencia de una relación, recientemente identificada, entre la valorización del papel de la asociación y la democracia participativa¹¹⁰. Las asociaciones, en efecto pueden contribuir a hacer efectiva, por un lado, la participación de los usuarios en la elaboración del derecho, y, por otro lado, la posibilidad de imponer, en el diseño de las políticas públicas, la fuerza de ciertos intereses. La importancia de dicha intervención aumenta respecto de aquellos sectores en los cuales (como ocurre en el sector de los servicios públicos) operan las Autoridades independientes, que, como se ha anotado antes¹¹¹, también encuentran su legitimación en las garantías participativas y en la efectividad de la participación.

Los poderes de las asociaciones representan, pues, un elemento constitutivo de la llamada “democracia participativa”, porque garantizan, en concreto, una participación que tendría escasas posibilidades o escaso interés de manera invidual. Destacado ello, sin embargo, es más dudosa la conclusión de que así se atenuaría la exigencia de que el ejercicio del poder sea legitimado en términos de representatividad política¹¹².

En relación con este punto, es necesario preguntarse, en primer lugar, cuál es la capacidad de las asociaciones para operar como mediadores, y para expresar el interés de un grupo social, condicionando, en nombre de dicho interés, el proceso de decisión. Ciertamente es que un mínimo de

democracia interna y un mínimo de capacidad representativa son requisitos para el reconocimiento a la asociación de ciertos poderes y facultades de relevancia pública. Pero esto no autoriza a deducir la legitimación de la asociación para sintetizar el interés de una categoría que es, inevitablemente, más amplia que la porción de la cual la asociación es expresión. Por otro lado, no hay nada que garantice la imparcialidad del proceso de decisión al interior de la asociación (por lo tanto, ella no podría ser más que la portadora de un interés “parcial”).

Sin perjuicio de lo anterior, la participación de las asociaciones expresa sólo un interés, entre los tantos afectados por las decisiones públicas: el interés de la “categoría”. Sólo que también los intereses “individuales” de los consumidores y usuarios deben ser tomados en cuenta en el proceso de la toma de decisiones. Esto se debe a que muy a menudo –como ya se ha anotado– los consumidores y usuarios no tienen la fuerza para hacer valer dichos intereses de manera autónoma, y a que dicha intervención no hace que se diluya la función de la instituciones públicas representativas. En particular, dicha función no se diluye en el sector de los servicios públicos, en el cual el interés de cada persona es relevante de forma inmediata, debido a que sólo la consideración de todos o de cada uno permite el cumplimiento del deber que el artículo 3 confía a las instituciones públicas: asegura la igualdad sustancial mediante la eliminación de los obstáculos de orden económico que impiden el ejercicio de las libertades constitucionales.

CDA
CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

¹¹⁰ U. ALLEGRETTI, Bases jurídicas de la democracia participativa en Italia: algunas orientaciones, en *Democrazia e diritto*, 2007 157.

¹¹¹ Parágrafo 3, especialmente, notas 38 y 39, y nota 90.

¹¹² A menudo, en efecto, con la expresión ‘democracia participativa’, se trata de identificar una forma alterna de legitimación del ejercicio de un poder, que se basa, no en la representatividad, o no tanto en ella, sino en la posibilidad garantizada por el sujeto en quien recae el poder, eventualmente condicionándolo. Sobre la crisis de la democracia representativa y la manifestación de la exigencia de instrumentos posteriores de legitimación democrática, véase: G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994, especialmente, pp. 81, 82.