



VNIVERSITAT
E VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Mercantil Manuel Broseta Pont

Programa de Doctorado: Derecho, Empresa y Justicia

**COOPERATIVAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS: SU
PROBLEMÁTICA JURÍDICA**

TESIS DOCTORAL

Presentada por Patricia A. Fernández de Andreani

Dirigida por:

**Prof. Dra. Isabel Gemma Fajardo García
Profesora Titular de Derecho Mercantil**

Valencia 2015

ÍNDICE

CAPÍTULO I: Introducción a la investigación del tema y su importancia	11
I.1 Planteo de la cuestión	11
I.2 Relevancia del tema objeto de estudio.....	15
I.2.1 Importante función social y destacado desarrollo de las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina	15
I.2.1.1 La función social.....	15
I.2.1.2 La expansión del cooperativismo de servicio público en Argentina	17
I.2.2 El régimen jurídico de las cooperativas prestadoras de servicios públicos: insuficiente y complejo. Ausencia de una labor integradora por parte de la jurisprudencia y la doctrina.....	19
I.3. Objetivo de la tesis.....	22
I.4. Estructura de la tesis	24
CAPÍTULO II: Cooperativas prestadoras de servicio público. Características Y Principios.....	29
II. 1. Encuadramiento y concepto	29
II.1.2. Características relativas al concepto.....	31
II.2. Los principios universales de la cooperación. Su alcance.....	34
II.2.1. Libre ingreso y adhesión voluntaria	38
II.2.2. Control democrático	40
II.2. 3. Participación Económica	43
II.2. 4. Principio de autonomía e independencia	45
II.2. 5. El Principio de Educación, capacitación e información	48
II.2. 6. El Principio de cooperación entre cooperativas	50
II.2.7. El Principio de preocupación por la comunidad.....	52
II.3. Operatividad de los Principios y análisis de aquellos que se encuentran en tensión en este tipo cooperativo. Su problemática.....	53

CAPÍTULO III: Servicio Público	59
III.1. Introducción	59
III.1.1. La noción de servicio público y la Constitución Nacional	62
III.1.2. Adopción de un concepto y delimitación de la noción	66
III.2. La titularidad de los servicios públicos y los sistemas de prestación	74
III.3. Prestaciones que están alcanzadas por la noción de servicio público en Argentina.....	77
III.4. Servicios públicos que son prestados por las cooperativas bajo estudio. Características de la prestación: ¿en competencia o en monopolio?	78
III.5. Otros servicios prestados por las Cooperativas bajo estudio	80
III.6. Consideraciones finales.....	81
 CAPÍTULO IV: Naturaleza de las cooperativas prestadoras de servicios públicos.	
Los principios como determinantes de la naturaleza	83
IV.1. Introducción	83
IV.2 Personas jurídicas públicas o privadas. Criterios de Distinción	86
IV.2.1. Personas jurídicas públicas	90
IV.2.2. Las personas públicas no estatales	92
IV.2.3. Personas jurídicas privadas	94
IV.2.4. Cooperativas prestadoras de servicio público: ¿persona pública o privada? Nuestra posición.....	95
IV.3. Encuadramiento de las Cooperativas bajo estudio como persona privada	97
IV.3.1. Consideraciones generales	97
IV.3.2. El lucro como elemento distintivo	100
IV.3.3. La condición de sociedad.....	105
IV.3.3.1. Fundamentos que tienen origen en la definición	110
IV.3.3.2. Fundamentos de la comercialidad de estas entidades teniendo en cuenta la Ley N°9.550	116
IV. 3.4. La Cooperativa prestadora de servicios públicos como empresa	118
IV.3.5. Incidencia de los principios cooperativos en la naturaleza de estas entidades.....	123

IV.3.5.1. Los principios y su proyección en la naturaleza de las Cooperativas prestadoras de servicios públicos	124
CAPÍTULO V: La naturaleza como determinante del régimen aplicable.....	131
V.1. Introducción	131
V.2. Con relación al régimen de los actos jurídicos.....	132
V.2.1. Régimen aplicable a los actos jurídicos conforme la naturaleza pública de las cooperativas prestadoras de servicios públicos.....	132
V.2.2. Régimen aplicable a los actos jurídicos de acuerdo al carácter privatista de la cooperativa prestadora de servicios públicos	136
V.3. Con relación al régimen de los bienes.....	139
V.3.1. Régimen aplicable a los bienes de acuerdo a la naturaleza pública de estas entidades.....	139
V.3.2. Régimen aplicable a los bienes según nuestra posición de persona privada de la cooperativas prestadoras de servicios públicos	142
V.4. Con relación al régimen de los contratos	144
V.4.1. Régimen aplicable a los contratos de acuerdo a la concepción de persona pública de las cooperativas en cuestión	144
V.4.2. Régimen aplicable a los contratos de acuerdo al carácter de persona privada de la cooperativa prestadora de servicios públicos	146
V.5. Con relación al régimen del personal.....	147
V.5.1. Régimen aplicable al personal de acuerdo a la condición de persona pública.....	147
V.5.2. Régimen aplicable al personal conforme el carácter de persona privada de la cooperativa prestadora de servicios Públicos	148
V.6. Consecuencias en cuanto a la competencia de los jueces	149
V.7. Régimen aplicable a las relaciones nacidas de la actividad	150
V.7.1. Introducción	151
V.7.2. Concedente-Concesionario.....	151
V.7.3. Concesionarios- Terceros no usuarios.....	151
V.7.4. Concesionarios –Usuarios	152

CAPÍTULO VI: La regulación y las modalidades por las que prestan el servicio las cooperativas bajo análisis	157
VI.1. La regulación de los servicios públicos en Argentina: conceptualización y evolución de su alcance	157
VI.1.1. Conceptualización	157
VI.1.2. Evolución del alcance de la regulación en la Argentina	158
VI.2. Competencia regulatoria de los servicios públicos en Argentina	164
VI.2.1. Introducción	164
VI.2.2. Identificación de los servicios y competencia regulatoria	169
VI.2.3. Problemática de la atomización de la competencia regulatoria	178
VI.2.4. ¿Existen regulaciones especiales para el caso de que la prestadora del servicio público sea una empresa cooperativa?	180
VI.2.5. Importancia de adecuar la regulación de los servicios públicos a las características de las organizaciones cooperativas.....	191
VI.3. Modalidades atributivas de la facultad de prestar el servicio	194
VI.3.1. Concesión.....	194
VI.3.2. Autorización.....	197
VI.3.3. Licencia.....	199
VI.3.4. Permisos	200
VI.3.5. Problemática jurídica derivada del tipo de título que permite la prestación a las cooperativas prestadoras de servicios pública.....	200
VI.3.5.1. El procedimiento de selección del contratista estatal: la licitación pública como regla general que admite excepciones	201
VI.3.5.2. La concesión y/o licencia como modo típico de gestión frente a cooperativas organizadas por los propios usuarios para prestarse a sí mismos el servicio que necesiten	204
VI.3.5.3. Modos de gestión bajo título precario, su incidencia en la forma de prestación de servicio	207
VI.4. Consideraciones finales	208
 CAPÍTULO VII. Mecanismos de control de la actividad y vías que tutelan los derechos del usuario/asociado	 213

VII.1. Introducción.....	213
VII.2. Mecanismos de control de la gestión.....	214
VII.2.1. Entes reguladores y organismos descentralizados.....	215
VII.2.2. Mecanismos de control no orgánico: audiencia pública. Finalidad de los mismos.....	222
VII.2.3. Otros mecanismos de control externo: fiscalización externa prevista por el art. 104 de la Ley N° 20.337	225
VII.3. Vías reclamatorias del asociado y/o usuario que tutelan sus derechos.....	228
VII.3.1. Vías reglamentarias	229
VII.3.2. Defensoría del Pueblo.....	233
VII.3.3. Vías instrumentales previstas por la Ley de Defensa del Consumidor	235
VII.3.3.1. Tutela administrativa	235
VII.3.3.2. Vía judicial de tutela de los derechos	241
VII.3.3.3. Arbitraje de consumo: Particularidades que dispone la Ley N° 24.240 y sus modificaciones.....	242
VII.3.4. Vía interna	244
VII.4. Consideraciones y propuestas finales frente a la carencia de Regulaciones que prevean mecanismos especiales de control de las cooperativas de servicios públicos y vías particulares para tutelar los derechos del asociado/ usuario	246
CAPÍTULO VIII. Los derechos del usuario de servicios públicos en el marco de la normativa de defensa del consumidor y su eventual aplicación al socio-usuario de la cooperativa bajo estudio.....	253
VIII.1. Introducción	253
VIII.2. Derechos y garantías de los usuarios de servicios públicos	256
VIII.2.1. Derechos fundamentales.....	257
VIII.2.1.1. Acceso al consumo.....	257
VIII.2.1.2. Trato digno y equitativo	258
VIII.2.1.3. Educación	260
VIII.2.2. Derechos sustanciales del consumidor	261
VIII.2.2.1. Derecho de información. Normas sobre condiciones del servicio	261
VIII.2.2.2. Derecho a la salud, protección y seguridad.....	263
VIII.2.2.3. Derecho a un servicio público eficiente	264

VIII.2.3. Derechos instrumentales del consumidor.....	266
VIII.2.3.1. Derecho de acceso a la justicia y solución de conflictos.....	266
VIII.3. ¿Los derechos y garantías de los usuarios/consumidores son aplicables al asociado de una cooperativa de servicios públicos? ¿La relación cooperativizada sustituye a la relación de consumo?.....	268
VIII.3.1. Las relaciones de las cooperativas con sus socios.....	276
VIII.3.2. La relación de consumo.....	276
VIII.3.3. Conclusiones	281
VIII. 4. La relación entre la cooperativa/usuario no asociado y el régimen aplicable	283
VIII.5. Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a la relación asociado/usuario/cooperativa. Directa o análoga?	284
VIII.6. Consideraciones finales.....	290
CAPÍTULO IX. Estructura orgánica de las cooperativas prestadoras de servicios públicos	293
IX. 1. Introducción	293
IX.2. El órgano de gobierno	294
IX.2.1. Las asambleas indirectas y/o de distrito en las cooperativas de Servicio público y su organización	296
IX.2.1.1. Alcance de la noción de distrito.....	296
IX.2.1.2. Condiciones de las asambleas distritales	296
IX.2.1.3. Tipos de asamblea de distrito.....	299
IX.2.1.4. Delimitación de los distritos	300
IX.2.2. Incorporación de las minorías.....	301
IX.2.3. Mandato de los delegados	304
IX.2.4. Impugnación de las decisiones asamblearias	306
IX.2.4.1. Noción general y causas de la nulidad	306
IX.2.4.2. Problemática que presenta la acción de impugnación en el caso de las cooperativas de servicios públicos.....	318
IX.3. Estructura del órgano de administración y composición del mismo	320
IX.3.1. Especial referencia de las condiciones para el cargo en las Cooperativas prestadoras de servicios públicos	321

IX.3.2. Retribución.....	325
IX.4. Sindicatura	330
IX.5. Conclusiones	332
CAPÍTULO X: Estructura económica y financiera de las cooperativas prestadoras de servicios públicos.....	339
X.1. Introducción	339
X.2. Capital Social y Aportaciones	341
X.2.1. Capital Social	341
X.2.2. Aportaciones al capital	344
X.2.2.1. Noción y tipos de aportes por su contenido	344
X.2.2.2. Tipos de aporte por necesidad	347
X.2.2.2.1. Aportes obligatorios. Aportes originarios. Nuevas aportaciones	347
X.2.2.2.2. Aportes voluntarios	350
X.2.3. La remuneración de las aportaciones	358
X.3. Aportaciones que no integran el capital. Otras formas de financiamiento de las cooperativas	362
X.3.1. Cuotas periódicas	363
X.3.2. Títulos participativos.....	364
X.3.3. Obligaciones negociables	367
X.3.4. Transmisión de las aportaciones y derecho de reembolso	371
X.3.4.1. Transmisión de las cuotas sociales.....	371
X.3.4.2. Derecho al reembolso.....	373
X.4. Los resultados del ejercicio económico	377
X.4.1. Fondos de reserva obligatorios.....	381
X.4.2. Distribución de los excedentes repartibles y destino de los beneficios.....	385
X.5. Conclusiones	386
CAPÍTULO XI: Conclusiones finales.....	391
Listado de Abreviaturas	407
Bibliografía	410
Listado de Legislación y Jurisprudencia citada	431

CAPÍTULO I: Introducción a la investigación del tema y su importancia

I.1. Planteo de la cuestión

Las Cooperativas prestadoras de servicios públicos encuadran en el concepto general de Cooperativas, conforme la definición aprobada por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI)¹, esto es “una asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y gestión democrática”².

Este tipo de cooperativas pueden ser integradas por cualquier tipo de persona visible o ideal y también, en el caso de que las leyes que los rigen lo permitan, por el Estado Nacional, las provincias, los municipios, los entes descentralizados y las empresas del Estado³; sin embargo, la condición que tienen en común todos aquellos que integran este tipo de cooperativas es la calidad de usuarios y consumidores.

De tal modo, las cooperativas en análisis son organizaciones de usuarios y consumidores que se asocian para satisfacer, mediante una empresa, alguna necesidad colectivamente sentida en el seno de una comunidad⁴.

Ahora bien, la calidad de usuarios y/o consumidores de los asociados no es el único elemento distintivo de estas entidades, ya que la organización cooperativa constituye una fórmula jurídica económica apta y muy desarrollada para dar respuesta a las más variadas necesidades de usuarios y consumidores, tales como las Cooperativas de consumo, vivienda, crédito entre otras⁵.

¹ La Alianza Cooperativa Internacional es una organización no gubernamental independiente que reúne, representa y sirve a organizaciones cooperativas en todo el mundo.

² La definición transcrita surge de la declaración emanada del XXXI Congreso de la ACI, Manchester, 1995, que refiere a la Identidad Cooperativa y fue publicado por el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi y reeditado por la Confederación de Cooperativas de la Comunidad Valenciana en 1996.

³ Conforme el art. 19 de la Ley N° 20.337 que dice: “El Estado Nacional, las Provincias, los Municipios, los entes descentralizados y las empresas del Estado pueden asociarse a las cooperativas conforme con los términos de esta ley, salvo que ello estuviera expresamente prohibido por sus leyes respectivas. También pueden utilizar sus servicios, previo su consentimiento, aunque no se asocien a ellas. Cuando se asocien pueden convenir la participación que les corresponderá en la administración y fiscalización de sus actividades en cuanto fuera coadyuvante a los fines perseguidos y siempre que tales convenios no restrinjan la autonomía de la cooperativa”.

⁴ Conforme define CALLEJO, Alfredo, V., *Los Principios Cooperativos y las Cooperativas de Servicios Públicos*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1998, pág. 14.

⁵ Tal como señala Fajardo García: “En las denominadas cooperativas de consumo en sentido amplio, los socios se asocian con el fin de obtener “más económicamente” unos bienes o servicios; su fin es, por tanto, obtener un ahorro. En este grupo podemos incluir las cooperativas de consumo *stricto sensu*, las

La característica particular de las cooperativas bajo estudio y diferenciadora del concepto genérico de cooperativas está dada por el tipo de servicio que prestan a sus propios asociados: los llamados servicios públicos.

Así, las cooperativas en cuestión nacen a partir de las necesidades de resolver los problemas colectivos que afectaban a los pobladores de pequeños y medianos pueblos o ciudades muchas veces olvidados o tenidos muy poco en consideración por parte del Estado o del mercado. De allí que se dice que este tipo de entidades ha estado presente donde algunos sectores no podían estar y/o donde otros sectores no les interesaba estar o si estaban lo hacían a precios excesivos con relación a la calidad del servicio que prestaban.

Frente a esa situación, los pobladores decidieron organizarse para autogestionarse sus propios problemas, satisfacer las necesidades primordiales y básicas de su comunidad, mejorar la calidad de vida de los habitantes de su aldea/pueblo/ciudad, proveer a sus asociados un servicio de calidad, adquirir el servicio a precios razonables, participar de la toma de decisiones, recibir una parte equitativa de los beneficios y además constituir una barrera contra prácticas monopólicas.

En Argentina, el éxito logrado en las primeras experiencias, sumado al notorio cambio que se producía en las localidades que el servicio era prestado por cooperativas, impulsó rápidamente a que esta experiencia asociativa comenzara a multiplicarse⁶.

Por ello, con justicia la doctrina considera que la prestación cooperativa de servicios tales como electricidad, agua, gas, teléfono (normalmente involucradas en la noción de servicio público) es una experiencia única que no conoce prácticamente antecedentes en el plano global⁷.

En efecto, algunas antecedentes similares podemos encontrar en otros países como veremos en el apartado I.2.1.2., aunque en España las experiencias que se proponen no se adecuan estrictamente al concepto de las entidades prestatarias de

cooperativas de vivienda o las de crédito y seguros". FAJARDO GARCÍA, Isabel G., *La gestión económica de la cooperativa: Responsabilidad de los socios*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 77.

⁶ GUARCO, Ariel, *El cooperativismo argentino*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 2014, pág. 132. A partir de 1926 que tuvo lugar el nacimiento de la primera cooperativa prestadora de electricidad en la ciudad de Punta Alta, Provincia de Buenos Aires; a los pocos años el fenómeno se había expandido, así el 1930 ya eran cuatro las empresas cooperativas prestadoras, mientras que el 1934 eran veinte y el 1939 eran cuarenta y siete.

⁷ CRACOGNA, Dante, *Problemas actuales del Derecho Cooperativo*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1992, pág. 57.

servicios públicos de Argentina en la medida que no son organizaciones exclusivamente nacidas de la voluntad de los consumidores que procuran auto prestarse el servicio⁸.

Por el gran desarrollo cuantitativo en la República Argentina su alcance en el interior del país representa parte de la identidad regional y nacional.

En orden a la importancia cualitativa de estas cooperativas corresponde afirmar que el cooperativismo de servicio público es un gran contribuyente del desarrollo económico y social de las economías regionales, aprovecha fundamentalmente los recursos locales, participa en la creación de empleo local, ayuda a recomponer el tejido social y da respuestas directas a las demandas de sus socios y usuarios. Asimismo, las cooperativas bajo análisis aplican sus recursos a una solidaridad más próxima, donde el que necesita está vinculado a la entidad, es reconocido y de esa manera permite que la ayuda llegue con más eficacia.

Sin embargo, a pesar de esta relevancia económica y social es un modelo económico carente de una adecuada regulación legal en Argentina, como veremos más adelante, lo que plantea en la práctica muchos problemas de orden jurídico. Un ejemplo de ello lo constituye la multiplicidad de regímenes que confluyen sobre estos entes cooperativos y que no tienen en cuenta las particulares características de estas empresas de la economía social.

Este deficiente marco normativo tampoco se ha visto compensado por la labor integradora de la doctrina que, si bien ha destacado algunos de los problemas que aquejan a las cooperativas prestadoras de servicios públicos, sin embargo no ha logrado ensayar soluciones superadoras.

⁸ En efecto, en el año 2014 en Andalucía se aprobó un nuevo Reglamento de Cooperativas, que habilita a los Ayuntamientos a aliarse con otras cooperativas, usuarios y empleados, al efecto de prestar servicios públicos básicos. El reglamento dice lo siguiente: “Artículo 101. Cooperativas de servicios públicos. 1. La Administración de la Junta de Andalucía así como las Administraciones locales andaluzas, a fin de asegurar la existencia de servicios públicos de calidad, podrán proveer que la prestación directa de éstos se haga mediante la constitución de sociedades cooperativas de servicios públicos. 2. En estas sociedades cooperativas participarán como personas socias promotoras la entidad o entidades públicas competentes y, en su caso, entidades privadas con experiencia demostrada en el sector; asimismo, podrán participar las personas usuarias de los servicios que sean objeto de la sociedad cooperativa así como las personas socias trabajadoras que presten su trabajo personal en la sociedad, en este último caso hasta alcanzar el veinticinco por ciento del capital de la misma. No obstante, las entidades públicas promotoras conservarán el control en cuanto a las condiciones de prestación de los servicios públicos”. <http://manololay.com/blog/otra-politica-de-empleo-local-es-possible-cooperativas-de-servicios-publicos/> (recurso consultado el 31/01/2015).

A la vista de la situación anteriormente descrita, el objetivo que nos planteamos en esta tesis es profundizar en el conocimiento de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, con el fin de poder aportar soluciones a los problemas jurídicos que se plantean. Estos últimos se relacionan en parte con la naturaleza de estas entidades; la confluencia de regímenes normativos sobre un mismo sujeto (cooperativas prestadora de servicios públicos) o relaciones (vínculos de los cuales son parte estas entidades); normativa que en la generalidad de los casos desnaturaliza o ignora el vínculo cooperativo entre asociado y ente; insuficiencia normativa y falta de regulación particular de las cooperativas en análisis en la Ley de Cooperativas argentina N° 20.337, sobre todo en materia de buen gobierno corporativo que en muchos casos afecta a la propia vida democrática de las organizaciones y, por último, insuficiencia legal que permita nuevas herramientas de capitalización y financiamiento.

Son, entonces, las cooperativas de servicios públicos y su problemática jurídica los dos temas centrales de la investigación. El estudio se ha hecho sobre la base de la regulación legal argentina, pero teniendo como principal referencia la legislación española.

La elección del primer país como referente principal de nuestro trabajo se debe a la especial función social que estas entidades han desarrollado en Argentina, siendo que han liderado el crecimiento de cientos de pequeñas y medianas ciudades del interior del país, contribuyendo de manera decisiva al crecimiento de la cadena productiva y a la modernización de estas localidades. Pero además, la preferencia del mencionado país sudamericano encuentra su explicación en que, siendo la doctoranda abogada de nacionalidad argentina, su interés en el análisis del ordenamiento jurídico de su país es manifiesto, aun más si se detiene sobre las materias como son las que en esta tesis se estudian, cuyo terreno es propicio para su análisis.

A su vez, la elección de España como país de referencia legislativa se debe a la particular evolución normativa en cooperativas que tiene este país y, de igual modo, a que esta tesis se ha desarrollado en el ámbito universitario español.

Para identificar la problemática jurídica que plantea este modelo de cooperativa se tendrá en cuenta la observación y análisis de la praxis a partir de involucrarse en la gestión de estas cooperativas, asistiendo a los órganos sociales, estudiando la relaciones internas y externas, sus normas de funcionamiento y procurando entrevistas con asociados, clientes y administradores.

Sin perjuicio de dichas fuentes de información y conocimiento, también se tendrá en cuenta el debate y los distintos criterios que algunos aspectos problemáticos han generado en la jurisprudencia y la doctrina argentinas.

Para el tratamiento de ciertos temas elegidos se ha recurrido al estudio de la legislación y la doctrina internacional en materia cooperativa y de servicios públicos, principalmente de habla hispana.

Por ello, para comprender cuál es la problemática que encierra este tipo cooperativo, hemos diseñado una estructura de abordaje, cuyo contenido *in extenso* será tratado en el punto I.3 de este capítulo.

I. 2. Relevancia del tema objeto de estudio

La relevancia del tema objeto de estudio se identifica en dos dimensiones: por la importante función que cumplen estas cooperativas y el especial desarrollo en Argentina y por el tratamiento normativo insuficiente de este fenómeno cooperativo y la falta de consenso en doctrina y jurisprudencia sobre algunos aspectos que se reseñarán.

I.2.1. Importante función social y destacado desarrollo de las cooperativas de servicios públicos en Argentina

I.2.1.1. La función social

Los pioneros de estas empresas tenían plena conciencia de cuáles eran las necesidades insatisfechas en sus comunidades y de que únicamente con el esfuerzo mutuo y mediante una organización propia iban a poder autoabastecerse de un servicio esencial y necesario para la supervivencia, logrando además abaratar los costos de los consumos primordiales.

En ese camino, las cooperativas prestadoras de servicios públicos han cumplido y siguen cumpliendo una importante función social en las comunidades donde se desarrollan en la medida que logran afianzarse por ser un lugar de encuentro y de referencia para las personas y las familias.

En ese ámbito, y por ser espacios democráticos de participación, han contribuido a la organización de los territorios donde están insertas, esto es: en la

distribución espacial de las actividades urbanas y rurales, en las fuentes de energía utilizadas, las cadenas de valor prioritarias, la constitución del entramado productivo, la organización del hábitat, su impacto en el medio ambiente y los mecanismos para garantizar el acceso de toda la población a los bienes y servicios que permitan un buen vivir⁹.

Además, por estar representadas por los mismos usuarios, estas organizaciones han logrado identificar más fácilmente las necesidades de su gente y han dado respuesta a muchas de las demandas sociales que se fueron imponiendo en las sociedades modernas y en la actualidad. Empezaron en muchos casos generando electricidad o proveyendo gas o agua potable, no obstante después fueron ampliando sus servicios a otras prestaciones que, si bien no son encuadrables en el concepto de servicio público, fueron y son muy importantes para el desarrollo de las sociedades, tal es el caso de la telefonía móvil, televisión por cable, Internet, enfermería, sepelios, entre otros.

Hoy —al menos en Argentina— estas cooperativas se encuentran dentro de las empresas más grandes y destacadas de sus comunidades, lideran la dinámica de crecimiento dándole trabajo a su gente, contratando para proveer servicios a otras pequeñas y medianas empresas de su comunidad. Por ello, consideramos que han sido vectores del crecimiento con equidad de muchos habitantes y han ayudado a fomentar el arraigo de las personas en su lugar de origen, evitando la migración de las zonas más postergadas a las zonas urbanas.

De allí que estamos convencidos de que el modelo cooperativo de servicios públicos representa una solución tangible para los retos que las sociedades van imponiendo. Su enraizamiento territorial y el sentido de pertenencia que genera en los asociados la defienden de otras alternativas de prestación.

Es una matriz económica alternativa, que si bien en Argentina tuvo origen en poblaciones o ciudades embrionarias o de poco desarrollo que luego fueron creciendo al compás de las propias empresas, sin embargo puede ser una opción válida frente al descontento reinante en muchos países de occidente, como España, por prestaciones poco eficientes y excesivos precios de los servicios brindados por otro tipo de empresas que en muchos casos abusan de su posición dominante.

Mucha de la literatura actual en materia de servicios públicos ha cuestionado las privatizaciones y la liberalización de los servicios por ignorar la importancia del

⁹ GUARCO, Ariel E. *El cooperativismo...*, Ob. Cit., pág. 112.

papel de los ciudadanos, de allí que se considera que la eficacia de los servicios públicos aumentaría con la participación ciudadana a través de un incremento del poder, implicación y confianza de los consumidores en los respectivos mercados¹⁰.

Si ese diagnóstico fuera válido, que mejor que la prestación del servicio público esté en manos de empresas democráticas conformadas por los mismos usuarios/consumidores, es sin duda un camino que puede prometer una salida a la insatisfacción reinante.

I.2.1.2. La expansión del cooperativismo de servicio público en Argentina

El destacado desarrollo en Argentina del cooperativismo de servicios públicos tiene origen en el año 1926, en la ciudad de Punta Alta, provincia de Buenos Aires. Desde ese momento hasta nuestros días este fenómeno creció notablemente de la mano del propio desarrollo poblacional argentino.

Actualmente funcionan 800 cooperativas prestadoras de servicios públicos, que brindan servicios de electricidad, gas, teléfono y agua corriente, entre otros, a más de 600 ciudades del interior del país.

Cabe destacar que el 60% de las cooperativas prestadoras de servicios públicos provee agua, el

53,1 % provee electricidad, el 33,3% es prestadora de telefonía, el 13,1 % provee cloacas, el 7,3% presta servicio de gas y el 6,4%, servicios varios.

La experiencia internacional sobre constitución de este tipo cooperativo, en especial en servicios eléctricos, es posterior a la finalización de la primera guerra mundial y especialmente en países como Alemania y Francia, mientras que en los Estados Unidos de Norteamérica se difundió con la política de Roosevelt sobre electrificación en las zonas rurales¹¹.

En Argentina el primer incentivo a la creación de estas cooperativas nace a consecuencia de la falta de respuesta del Estado y, en muchos casos, de las elevadas tarifas que cobraban las empresas de capitales privados por la energía (entre éstas se destacan CADE, ITALO, ASEC, SUDAM, entre otras).

¹⁰ CLIFTON, Judith, DÍAZ FUENTES, Daniel, FERNÁNDEZ GUTIERREZ, Marcos, REVUELTA, Julio, "Los ciudadanos ante la regulación europea de servicios públicos: una evaluación del caso español", CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 70, 2011, pág. 8 y 11.

¹¹ FREDIANI, Ramón, BRANDA, Luis, SESIN, Domingo, INGARAMO, Eduardo, *Transferencia de Servicios Públicos a Empresas Cooperativas*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1986, pág. 16.

Cuando empezaron a operar estas cooperativas eléctricas, la mayoría tenía producción propia, cuestión que en la actualidad se ha modificado, porque las mismas compran la energía al sistema eléctrico nacional, pagan el servicio de transporte a las empresas transportadoras de energía y solo se abocan a la distribución.

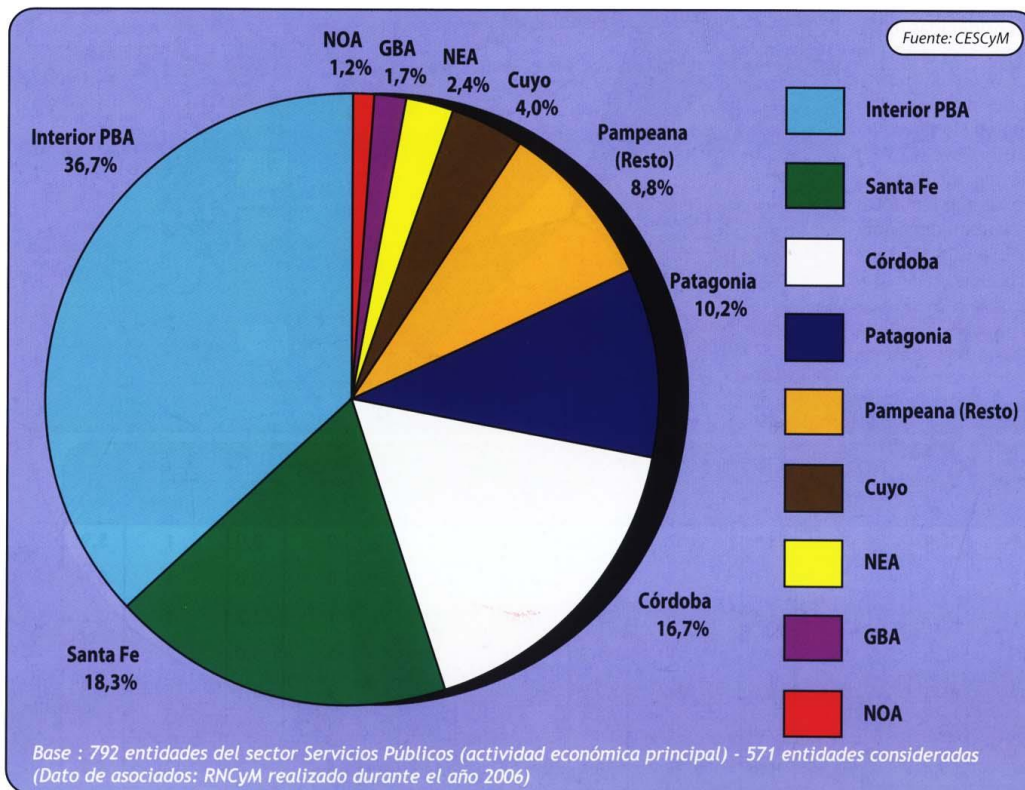
Las cooperativas prestadoras de servicios públicos pueden clasificarse según el número de servicios públicos que prestan: están aquellas que son uniactivas, que brindan un solo servicio, y aquellas que tienen dos o más servicios, llamadas multiactivas.

De las 23 provincias argentinas, algunas tienen una fuerte y arraigada cultura cooperativista en materia de cooperativas prestadoras de servicios públicos. Son las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba las que lideran el ranking en cantidad de las cooperativas en análisis; sin embargo, las más importantes en cantidad de usuarios pertenecen a las provincias patagónicas tales como Chubut y Neuquén.

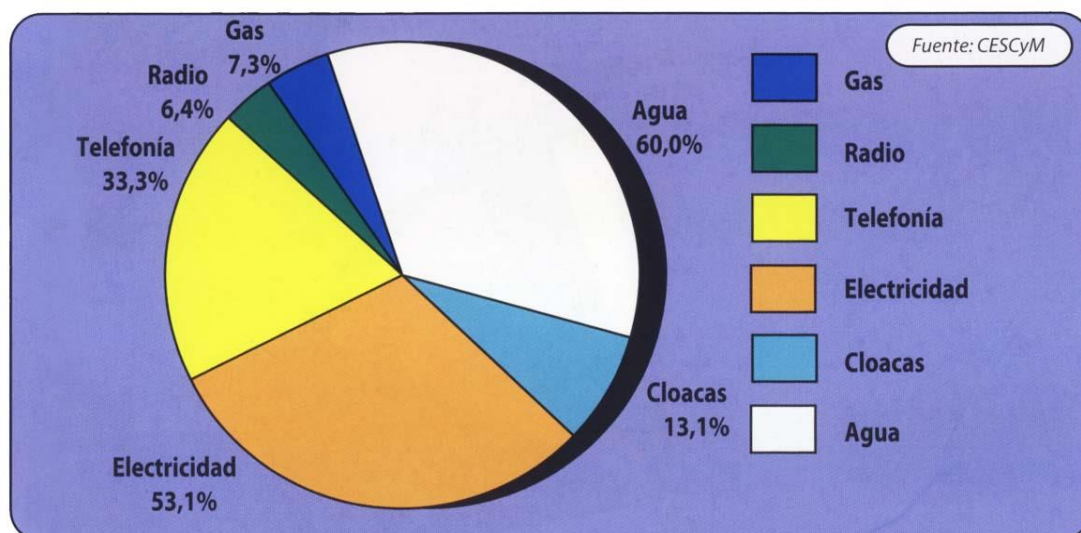
Veremos sucesivamente los datos arrojados por el Censo de Información Económica Sectorial de cooperativas y mutuales (CESCyM), realizado en el ámbito del INAES¹² y que refleja las estadísticas de las cooperativas por región. Por lo tanto aclaramos en lo sucesivo cuáles son las provincias que componen cada región: GBA corresponde al Gran Buenos Aires; Región Pampeana, compuesta por el interior de la provincia de Buenos Aires y La Pampa; NOA es el Noroeste Argentino, siendo integrado por las provincias de Jujuy, Salta, Catamarca, La Rioja y Santiago del Estero; NEA es el Noreste Argentino compuesto por las provincias de Formosa, Chaco, Corrientes y Misiones; Cuyo se encuentra integrado por las provincias de San Juan, San Luis y Mendoza y la Patagonia, se integra por las provincias de Neuquén, Chubut, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

ENTIDADES COOPERATIVAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS POR REGIÓN:

¹² Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social.



SEGMENTACIÓN DE COOPERATIVAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUERDO AL SERVICIO PÚBLICO QUE PRESTAN:



I.2.2. El régimen jurídico de las cooperativas prestadoras de servicios públicos: insuficiente y complejo. Ausencia de una labor integradora por parte de la jurisprudencia y doctrina.

El tratamiento normativo que regula a este tipo cooperativo es insuficiente porque son escasas las disposiciones de la Ley de Cooperativas argentina N° 20.337 que hacen referencia a las cooperativas bajo estudio, amén de que en términos generales no se dispone normativa en particular para cada tipo cooperativo.

En este sentido la Ley de Cooperativas solo hace referencia a las cooperativas de servicios públicos en el art. 104¹³, que dispone la fiscalización por autoridad concedente de las mismas.

La fiscalización prevista según la norma se limitará a vigilar el cumplimiento de las condiciones de concesión o el permiso y de las obligaciones estipuladas a favor del público. Los fiscalizadores podrán asistir a las reuniones del Consejo de Administración y a las asambleas y hacer constar en acta sus observaciones, debiendo informar a la autoridad respectiva sobre cualquier falta que advirtieran.

De tal modo que la Ley de Cooperativas no contempla ninguna distinción en lo relativo a la organización y funcionamiento de estas particulares entidades.

Tampoco la Autoridad de aplicación de la Ley de Cooperativas (actualmente INAES) contempla en su regulación normas destinadas a ordenar la vida de los órganos sociales de estas cooperativas, que tienen realidades particulares que deberían ser materia de una regulación especial.

A su vez, las normas regulatorias de la actividad como las disposiciones de contralor y de sanción que se derivan de las propias regulaciones —como los contratos de concesión del servicio o licencia— disocian a la empresa cooperativa del propio usuario e ignoran que el interés de los usuarios resulta coincidente con el interés de la empresa cooperativa.

La Ley de Defensa del Consumidor regula los derechos y garantías de los usuarios de servicios públicos pero no prevé ninguna particularidad frente al asociado/usuario, tal como el agotamiento de la instancia previa o la preferencia de los reglamentos internos de la entidad que contemplen derechos y garantías para el asociado.

¹³ El art. 104 de la Ley de Cooperativas argentina dice: “Las cooperativas que tengan a su cargo concesiones de servicios públicos, o permisos que signifiquen autorización exclusiva o preferencial, podrán ser fiscalizadas por la autoridad respectiva. Esta fiscalización se limitará a vigilar el cumplimiento de las condiciones de la concesión o el permiso y de las obligaciones estipuladas a favor del público. Los fiscalizadores podrán asistir a las reuniones del consejo de administración y a las asambleas y hacer constar en acta sus observaciones, debiendo informar a la autoridad respectiva sobre cualquier falta que advirtiera. Deben ejercer sus funciones cuidando de no entorpecer la regularidad de la administración y los servicios sociales”.

Asimismo, se advierte una importante complejidad del sistema normativo que rige la actividad, ya que la materia regulatoria de los servicios públicos corresponde a las provincias, salvo cuando la Constitución Nacional ha atribuido la competencia en forma expresa o implícita a la Nación (art. 75 inc. 13¹⁴) o cuando las provincias hubieran delegado tal atribución a los municipios, de tal manera que es difícil diseñar una regulación uniforme que contemple la condición de la cooperativa.

Como venimos diciendo, la regulación va a depender en gran modo de las relaciones que generen el derecho de las cooperativas a prestar el servicio público, que se resumen de la siguiente manera:

a) Municipio/Cooperativa: en este caso la cooperativa recibe la encomienda para prestar el servicio de la Municipalidad, mediante contrato de concesión, licencia, permiso o autorización. En estos casos, si el poder regulatorio de las provincias fue delegado a los municipios, está en cabeza de estos últimos la regulación.

b) Ente Regulador/Provincia/Cooperativa: en el caso de que la provincia haya creado un ente regulador, la propia Legislatura Provincial debe haber dictado el marco regulatorio general y, a su vez, haber delegado en los aspectos técnicos la regulación al propio organismo de contralor, quien deberá disponer cómo debe ser la prestación del servicio y especificar las normas técnicas, administrativas y legales aplicables, como asimismo, los términos del contrato de concesión. La encomienda para prestar el servicio es otorgada por la provincia.

c) Estado Nacional/Ente Regulador/Cooperativa: en los servicios públicos que la Constitución Nacional ha dispuesto corresponden a la Nación, el poder concedente es el Poder Ejecutivo Nacional y la regulación está a cargo del Congreso Nacional, sin perjuicio de que podrán ser delegadas las facultades regulatorias en los aspectos técnicos al ente regulador.

De tal manera que este panorama, como se dijo anteriormente, no permite una uniformidad de criterios de regulación y expone a las cooperativas a una multiplicidad de sujetos regulatorios, en la medida que la entidad preste muchos servicios, y a normas regulatorias que desconocen su particular condición de persona de la economía social.

Esta falta de tratamiento legal específico y la complejidad del sistema jurídico aplicable justifican la razón por la cual se ha elegido para el desarrollo de la presente

¹⁴ El art. 75 de la Constitución Nacional argentina dice: “Corresponde al Congreso: ...13) Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí”.

tesis la problemática jurídica que se cierne sobre las cooperativas prestadoras de servicios públicos.

A su vez, la insuficiencia regulatoria no se ha visto compensada por la labor integradora o interpretativa de la jurisprudencia y doctrina.

Ejemplo de ello es la diversidad de criterios en materias tan básicas como la naturaleza jurídica de las cooperativas en cuestión; el propio concepto de servicio público; la prestación del servicio público; el régimen aplicable a este tipo cooperativa, entre otros.

I.3. Objetivo de la tesis

Esta tesis busca profundizar en el conocimiento de las cooperativas prestadoras de servicios públicos con el fin de poner de manifiesto la problemática jurídica que suscita y proponer soluciones a la misma; problemática que, en términos generales, está asociada a la insuficiencia de su régimen normativo.

Para conseguir nuestro objetivo es importante analizar en los capítulos introductorios qué es una cooperativa prestadora de servicios públicos, qué características la definen y si los principios cooperativos le son aplicables. También debemos analizar qué tipo de actividad prestan, qué servicios públicos pueden ser atendidos por estas cooperativas y qué otras prestaciones pueden atender. De igual modo debemos dar respuesta a la naturaleza de estas entidades y si la actividad condiciona la naturaleza de las mismas.

En la segunda parte de la tesis, habiendo agotado el tratamiento tanto de las características, como el de la naturaleza de las cooperativas en cuestión y también la noción de la actividad que prestan estas entidades, estamos en condiciones de preguntarnos sobre el régimen aplicable a la persona, los actos, los bienes, los contratos, las relaciones laborales y también al régimen que le es aplicable a las relaciones que se derivan de la actividad, tales como la relación concedente o licenciante con concesionario/licenciataria/tercero/usuario.

Seguidamente analizaremos la regulación de la actividad, qué alcance tiene y si existen en las normas regulatorias algún tratamiento específico para el caso de que la prestadora sea una empresa cooperativa; consideraremos por qué deberían incorporarse normas regulatorias que respeten la condición de cooperativa y proponemos cuáles serían algunas de las normas sugeridas para su incorporación.

También, veremos a quién corresponde en Argentina la competencia regulatoria de los servicios públicos cooperativizados, cuál es la problemática que genera la atomización de la competencia regulatoria y qué herramientas podrían servir para intentar homogeneizar la regulación y así evitar tanto dispendio burocrático y de costos.

Nos preguntaremos cuál es el título que permite la prestación y si es necesaria la concesión o licencia cuando el que presta el servicio es una cooperativa. También daremos respuesta a si es exigible la selección del contratista vía licitación y si es necesario adaptar las normas para respetar el carácter de prestador primigenio de la cooperativa, aun sin licitación.

Asimismo, analizaremos cuáles son los mecanismos de control de la actividad, tales como los entes reguladores o entidades autárquicas a cargo de la regulación, y si las normas regulatorias que prevén el control destacan alguna diferencia cuando las prestadoras son cooperativas o sociedades de capital. Así, también veremos la similitud de la audiencia pública como mecanismo de contralor no orgánico frente a la asamblea. De igual modo, analizaremos el especial mecanismo de control previsto por la propia Ley de Cooperativas a los efectos de que la Autoridad de aplicación del servicio participe con voz en los órganos sociales y si el mismo representa una mayor carga de control sobre estas entidades.

También nos preguntaremos cuáles son las vías reclamatorias internas y externas que posee el asociado para reclamar por el servicio que se le presta. Concluiremos analizando la problemática frente a la multiplicidad de mecanismos de control y de vías que permiten tutelar los derechos del asociado/usuario y propondremos mecanismos de integración y armonización de la legislación.

Por último, nos preguntaremos si los derechos previstos en la Ley de Defensa del Consumidor para los usuarios de servicios públicos le son aplicables a la relación asociado-cooperativa y, en su caso, en qué carácter debe aplicarse esta ley a la vinculación referida para que se respete la vinculación cooperativizada.

En la tercera parte de la tesis nos preguntaremos particularmente cuestiones endógenas que se relacionan con las particularidades de la organización y funcionamiento de las cooperativas prestadoras de servicios públicos y su problemática, como así también particularidades que presenta la estructura económica y financiera de este tipo de cooperativas y la necesidad de incorporar nuevas herramientas para su fortalecimiento.

Como se advierte en la exposición de los objetivos particulares, los mismos se encuentran encadenados lógicamente en la medida que los temas que se van introduciendo van surgiendo como consecuencia de las cuestiones previamente formuladas.

De esta manera, la tesis intenta averiguar cuál es la problemática jurídica o encrucijada normativa a la que están sometidas estas cooperativas y cuáles podrían ser soluciones superadoras de esta problemática, ya sea a través reformas legislativas o regulatorias que prevean una integración o armonización de la normativa, cambios interpretativos de las normas, introducción de cláusulas estatutarias que permitan superar estos problemas, inclusión de regulación de policía o fiscalización externa, entre otros.

La intención es acercar a los operadores jurídicos, a los líderes cooperativistas y a los usuarios-asociados respuestas claras con relación a la problemática jurídica de estas cooperativas.

En miras de poder aportar a la comprensión de este fenómeno cooperativo, de tanta expansión en nuestra tierra y que tanto ha contribuido al desarrollo social de nuestras ciudades, se pasará oportunamente revista sobre las distintas posiciones de la doctrina y la jurisprudencia, en cada tema propuesto en el índice.

Ayudar al desarrollo cooperativo, máxime de este tipo, donde una comunidad entera está abocada en conjunto a dar respuesta a una necesidad básica es también colaborar para dar certezas sobre aspectos que hacen a la propia esencia de la cooperativa y que ayudan a construir un paraguas de seguridad jurídica sobre estas entidades y las relaciones que de ella se deriven.

Pesa sobre las nuevas generaciones contribuir con la noble causa del cooperativismo de servicio público. Entendemos que identificando su problemática, buscando soluciones a los conflictos, habremos ayudado a fortalecerlas y a poner luz en algunos aspectos que quizás el día de mañana permitan al legislador o regulador poner más celo en su labor.

I.4. Estructura de la tesis

La estructura de la tesis obedece a los objetivos que nos hemos planteado en el apartado precedente y tiene en miras responder las inquietudes previamente puestas de manifiesto en el apartado anterior y aportar soluciones a los problemas identificados.

La tesis doctoral se ha desarrollado en diez capítulos. En el Capítulo I se pretende justificar el tema de investigación y la importancia del mismo. También se pone énfasis en cuál es el objetivo de la tesis.

En el Capítulo II se presentan las cuestiones preliminares del tema elegido. Partiremos de la noción de cooperativa de servicio público y sus características. A su vez, se desarrollarán los principios cooperativos.

Abordar el tema de los principios procura determinar en cuánto influyen estas materias en la propia naturaleza jurídica de las entidades cooperativas prestadoras de servicios públicos.

Sin perjuicio de ello, asimismo el objetivo de tratar el punto en cuestión tiene en miras detenernos a analizar si los principios se encuentran afectados o incluso son inoperativos ante la modalidad de la cooperativa bajo estudio, y en su caso ofrecer soluciones que permitan superar aquellos escollos.

En el Capítulo III se abordarán las características de la actividad que desarrollan las cooperativas en cuestión. Se analizará qué se entiende por servicio público, qué prestaciones constituyen servicio público en Argentina, quién es el titular de los servicios públicos y de los sistemas de prestación y las características de las prestaciones. A su vez, indagaremos qué otras prestaciones pueden brindar estas cooperativas que no sean servicios públicos.

El Capítulo IV lo destinaremos en forma íntegra al aspecto subjetivo, es decir, a la determinación de la naturaleza jurídica de estas cooperativas y los efectos que pueda tener la actividad sobre la naturaleza y la incidencia de los principios cooperativos.

Preguntarse por la naturaleza jurídica no es una cuestión baladí. Y no lo es porque ésta es, precisamente, el faro que guía la labor del intérprete de la normativa que regula la institución.

De allí que nuestro objetivo es desentrañar si la actividad de estas cooperativas es determinante de la naturaleza y, en su caso, si las cooperativas prestadoras de servicios públicos son personas privadas, públicas o públicas no estatales. A su vez, si fueran privadas, determinar si las mismas pueden encuadrarse dentro del concepto de asociación o sociedad y cuáles son los efectos de los principios cooperativos sobre la naturaleza. En función de adherir a alguna de estas categorizaciones se determinará las consecuencias que las normas de derecho positivo enlazan.

En el Capítulo V responderemos a la inquietud sobre si la personalidad o la actividad es la determinante del régimen aplicable a las cooperativas bajo estudio.

Asimismo, se abordará el Régimen de los actos, bienes, contratos y personal de las cooperativas en cuestión, como así también la competencia de los jueces.

Veremos si el régimen que se aplica a los actos, bienes, contratos y relaciones laborales depende de la condición de la persona.

Por último, trataremos el régimen que se deriva de la actividad que prestan estas cooperativas, teniendo en cuenta las distintas vinculaciones que se generan, a saber: concedente o licenciante/ concesionario o licenciatario /tercero y usuario.

En el Capítulo VI se analizará la regulación de la actividad del servicio público en la Argentina, su alcance y si existen diferencias en la normas regulatorias cuando la cooperativa es la prestataria del servicio. Además, se propondrán cuestiones que deberían tenerse en cuenta en las normas en cuestión para adecuar las mismas a las características de las organizaciones cooperativas. A su vez, haremos lo propio respecto de los contratos de concesión y licencia.

También nos preguntaremos cuál es el tipo de servicios que prestan las cooperativas y a quién le pertenece el poder regulador, ya sea Nación, provincias o municipios. Determinando el poder regulador, podremos saber el origen de la normativa que se le aplica a la actividad y la problemática de la atomización de la competencia regulatoria. Ofreceremos propuestas a los efectos de procurar homogeneizar la normativa regulatoria.

En otro orden, abordaremos también cuál es el instrumento por el que la cooperativa presta el servicio. En este sentido, se analizarán las diferentes modalidades para prestarlo, ya sea concesión, autorización, licencia o permiso y su problemática.

Asimismo, se considerará la problemática jurídica derivada del tipo de título que le permite a la cooperativa su prestación. Se analizarán distintos aspectos, a saber: a) Si es necesaria la licitación pública cuando es una cooperativa la que se encuentra prestando el servicio; b) Si es necesaria de concesión y/o licencia cuando son los propios usuarios, quienes se organizan para prestar el servicio; c) Si existen modos de gestión de los servicios bajo título precario y, en su caso, su incidencia en la forma de prestar el servicio.

En el Capítulo VII analizaremos los mecanismos externos de control de la actividad de estas cooperativas, tales como entes reguladores u otros organismos descentralizados, audiencia pública, la participación del órgano o ente de contralor del

servicio público en los órganos sociales de la cooperativa que prevé el art. 104 de la Ley de Cooperativas, como asimismo si los organismos de fiscalización externos pueden involucrarse con el servicio.

Por último, analizaremos las vías que tutelan los derechos del usuario/asociado, ya sean externas: reglamentaria, defensor del pueblo y defensa del consumidor y las vías internas: sindicatura.

En el Capítulo VIII se abordará si los derechos del consumidor de servicios públicos previstos en el régimen del consumidor se aplican a la relación cooperativa/asociado.

Se tratará la prioridad de las normas y el efecto del acto cooperativo en la relación cooperativa asociado, como así también su alcance a los no asociados. También se abordará en que carácter debe aplicarse la Ley de Defensa del Consumidor a la relación asociado/usuario/cooperativa, si es de manera directa o análoga.

En el Capítulo IX analizaremos algunos problemas que plantea la insuficiencia normativa en argentina respecto del régimen orgánico de estas cooperativas.

Mayormente, estas cooperativas superan la cantidad de asociados (5.000) y la Ley Argentina de Cooperativas exige en estos casos que las asambleas sean con representación indirecta.

Por lo tanto, la organización de las asambleas distritales, la carencia de norma que disponga la incorporación de las minorías, el mandato de los delegados a la asamblea que en muchos casos es vulnerado, las incompatibilidades para ser consejero y delegado cuando se ejerce un cargo público o se es miembro de un órgano de contralor, entre otros temas, serán tratados por la gran conflictividad que generan en la práctica.

Lo mismo sucede con respecto a la integración del órgano de administración y de contralor (sindicatura); se tratará cómo se compone, condiciones para el cargo, inhabilidades e incompatibilidades, entre otros.

En lo que refiere al Capítulo X, sobre Estructura Económica y Financiera, se analizarán los siguientes temas: los distintos tipos de aportes de capital; la necesidad de incorporar legalmente el aporte voluntario; la remuneración del capital obligatorio y voluntario; la remuneración mixta: intereses y participación; los aumentos de capital y las distintas modalidades de captación de recursos internos; la posibilidad de implementar nuevos mecanismos de financiación de fuente externa; los resultados del ejercicio; la contabilidad cooperativa y extracooperativa; posibilidad de deducir gastos

e intereses de los resultados cooperativos y extracooperativos; reservas, entre otros. Estos temas son materia de mucho interés en la Argentina, donde las entidades bajo estudio se encuentran seriamente afectadas por las políticas públicas de congelamiento de tarifas y subsidios cruzados.

Se pondrá especial reparo en lo que respecta a los aportes de capitalización y su eventual posibilidad de poder incorporar tal ítem a la factura del servicio. Asimismo, en lo que respecta a nuevas posibilidades de financiamiento, frente a la carencia de instrumentos por parte de la legislación argentina de cooperativas, se tendrán en cuenta como soluciones superadoras los elementos incorporados por la legislación cooperativa española, tales como cuotas periódicas, títulos participativos y analizaremos si ellos pueden servir para hacer frente a las debilidades financieras que experimentan estas cooperativas.

En todos los capítulos iremos adelantando propuestas para superar la problemática planteada y en el último capítulo se plasmarán las conclusiones de la tesis.

CAPÍTULO II: Cooperativas prestadoras de servicios públicos. Concepto, características y principios

II.1. Encuadramiento y concepto

En principio hay que destacar que la Ley de Cooperativas argentina no ha adoptado un criterio para clasificar a las cooperativas¹⁵.

Por ello, destacada doctrina¹⁶ nacional ha repasado la sistematización de las entidades cooperativas teniendo en cuenta para su encuadramiento los siguientes criterios: a) Lugar donde desarrollan la actividad¹⁷; b) Segmento de la economía¹⁸; c) Naturaleza de la actividad¹⁹; d) Grados de integración²⁰.

Por su parte, la doctrina española²¹ con justeza indica que la clasificación y sistematización de los distintos tipos ha sido una constante histórica desde que estas entidades aparecieron en el tráfico y considera que, dentro de la variedad de criterios para clasificar, se han destacado los siguientes: por la actividad u objeto societario-empresarial que realizan (de enseñanza, de vivienda, agrarias, etc.); por la naturaleza de su actividad (de producción y de servicios); por el sector en que actúan (del campo,

¹⁵ La Ley N° 20.337 no ha adoptado criterio de clasificación. Compartimos el criterio adoptado por el legislador en la medida que es difícil de aprehender el sinnúmero de variantes que presenta el fenómeno.

¹⁶ CUESTA, Elsa, *Derecho cooperativo*, T. I, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 169 y sigs.

¹⁷ Teniendo en cuenta esta clasificación, las cooperativas se diferencian en urbanas y rurales. Las primeras comprenden las cooperativas de vivienda, de trabajo, de consumo entre otras, y las segundas, las de comercialización e industrialización de productos agropecuarios y de provisión para productores, las extractivas, mineras, areneras, etcétera. Este criterio ha sido cuestionado porque existen cooperativas que pueden desenvolverse tanto en medios urbanos como rurales.

¹⁸ Esta clasificación asocia las distintas cooperativas con dos segmentos de la economía: la producción y el consumo. Se entiende por cooperativas vinculadas al segmento de la economía de la producción aquellas que cubren las necesidades profesionales, y tienden a atender los requerimientos para el ejercicio de las actividades productivas, profesionales o gremiales de los asociados. Por su parte, las que abarcan el sector de la economía de consumo son aquellas que tienden a cubrir las necesidades generales de sus miembros, en cuanto a consumidores y se trataría de cooperativas de consumo, crédito, turismo, etc. Esta sistematización es insuficiente en la medida que existen cooperativas en las cuales su objeto está asociado tanto a la economía de producción como de consumo.

¹⁹ Otros autores clasifican a las cooperativas según la naturaleza de la actividad y reconocen tres tipos fundamentales: 1) Cooperativas de distribución que comprenden los subtipos de consumo y de provisión; 2) Cooperativas de colocación de la producción en estado natural o elaborado; y 3) Cooperativas de trabajo. KAPLAN DE DRIMER, Alicia y DRIMER, Bernardo, *Las cooperativas*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1981, pág. 155 y sigs.

²⁰ De acuerdo al nivel de organización las cooperativas pueden sistematizarse en cooperativas de primer grado o cooperativas de segundo grado, que son aquellas que conforman federaciones o confederaciones de cooperativas.

²¹ GADEA, Enrique, SACRISTÁN, Fernando, VASSEROT VARGAS, Carlos, *Régimen Jurídico de la Sociedad Cooperativa del Siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma*. Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2009, págs. 83 y sig.

del comercio, etc.); por la naturaleza de los sujetos (consumidores, profesionales y productores); por la finalidad de los principios cooperativos (puras e impuras); por el régimen fiscal (privilegiados y especialmente privilegiados); por el grado de integración empresarial (de primer grado y de segundo o ulterior grado).

Conforme lo expresa Gadea, Sacristán y Vasserot, en la actualidad la Ley de Cooperativas española ha adoptado un criterio mixto “al mezclar criterios funcionales (de trabajo asociado); con el objeto y la actividad cooperativizada que desarrolla la cooperativa (agrarias, servicios, etc.) que es el que predomina, junto con la habitual referencia de los sujetos que se pueden asociar (consumidores, transportistas, profesionales, etc.) y, en algunos casos, se fija en los sectores en que la cooperativa actúa (cooperativas sanitarias, de enseñanza, etc.)”²².

Sin embargo, teniendo en cuenta la legislación argentina en la materia, compartimos con autorizada doctrina española que las cooperativas “derivan de dos modelos clásicos: cooperativas de producción y cooperativas de consumo”²³.

En las cooperativas de producción, los socios se agrupan con el fin de aumentar sus rentas por medio del ejercicio en común de una actividad económica. En este grupo se podría incluir a las cooperativas que comercialicen la producción o los servicios prestados por sus socios, por ejemplo las cooperativas del campo o de trabajo asociado.

En cambio, en las cooperativas de consumo los socios se reúnen generalmente con el fin de obtener “más económicamente” unos bienes o servicios, aunque en muchos casos pueden reunirse simplemente para obtener ese servicio o para obtenerlo a mejor calidad, aunque sea más caro. Estas cooperativas son las que atienden a necesidades de demandas de los socios de los bienes o servicios que adquiere la cooperativa. En este grupo se pueden incluir las cooperativas de vivienda, crédito, seguro, servicios, entre otras.

Por ello, la doctrina que seguimos indica que “podríamos concluir diciendo que todas las demás clases de cooperativas, por la actividad a la que se dedican, pueden encuadrarse en uno de estos dos modelos”²⁴.

En lo que respecta a la especie bajo estudio, no cabe duda de que se trata de una cooperativa de consumo donde la cooperativa se propone prestar el servicio a los

²² GADEA, Enrique, SACRISTÁN Fernando, VASSEROT VARGAS, Carlos, *Régimen Jurídico...*, Ob. Cit., pág. 86.

²³ FAJARDO GARCÍA, Isabel G., *La gestión...*, Ob. Cit., pág. 77.

²⁴ FAJARDO GARCÍA, Isabel G., *La gestión...*, Ob. Cit., pág. 77.

socios en la forma más ventajosa posible, a través de la organización en la adquisición a mayoristas o a través de su propia producción, pero tendiendo en miras superar parcialmente la intermediación.

En efecto, la cooperativa de consumidores responde a iniciativas colectivas encaminadas a resolver necesidades comunes del consumidor o usuario y las cooperativas prestadoras de servicios públicos son fieles exponentes de este atributo.

Además, en el caso de las cooperativas bajo análisis los consumidores que se agrupan tienen como objetivo obtener un servicio a los que, de otro modo, no podrían acceder, o bien obtenerlos a un coste menor que el precio de mercado, consiguiendo así un ahorro en su economía doméstica, condición que también comparte con las cooperativas de consumo.

De allí que la doctrina define a las cooperativas prestadoras de servicios públicos como una organización de “usuarios que se asocian para autosatisfacer mediante su empresa alguna necesidad colectivamente sentida en el seno de una comunidad”²⁵.

Por nuestra parte, consideramos que las cooperativas prestadoras de servicios públicos son aquellas organizadas por personas que tienen por objeto, a través de la organización que constituyen, brindarse y abastecerse el suministro de uno o varios servicios básicos que se caracterizan por ser de alcance colectivo y procuran satisfacer necesidades individuales a través de una empresa democráticamente gobernada.

II.1.2. Características relativas al concepto

La noción de esta especie de cooperativa nos hace detener en las características que hacen al concepto:

a) Organización asociativa: se trata de una unión voluntaria duradera y organizada de personas que ponen en común sus fuerzas para conseguir un fin determinado.

La entidad que nace a través de esa unión voluntaria constituye una unidad distinta de los individuos que la componen.

La especie cooperativa es una manifestación del derecho de asociarse tendiente a la prosecución de una actividad y tiene origen en un contrato plurilateral de organización.

²⁵ CALLEJO, Alfredo V., *Los principios cooperativos...*, Ob. Cit., pág. 14.

Se dice que es una de las posibles formas de asociarse, ya que la noción de asociación es abarcativa de cualquier modo de actuación humana colegiada y organizada, llámese sociedad, asociación civil o cooperativa²⁶.

b) Sujetos: los sujetos que conforman estas entidades pueden ser personas físicas o jurídicas que sean plenamente libres para ingresar como socias, y para salir de la sociedad. También pueden ser asociados e integrar estas cooperativas el Estado Nacional, las provincias, los municipios, los entes descentralizados y las empresas del Estado.

Cualquiera de estos sujetos que se asocie a la cooperativa reúne la calidad de consumidor/usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Ahora bien, ello no significa que la relación que vincule a estos consumidores con la cooperativa sea una relación de consumo —en los términos que dispone el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor—, como veremos en el punto d) e *in extenso* en el Capítulo VIII.

La premisa para asociarse a las cooperativas en cuestión es la libertad de ingreso sólo con reunir los requisitos que establecen la norma legal y los estatutos correspondientes²⁷. También se destaca como derecho del asociado la libertad de salida. Ambos derechos son los pilares del sistema cooperativo.

c) Objeto: brindar y abastecerse uno o varios servicios a través de la organización que constituyen. En las cooperativas en cuestión, el fin común se cumple con la participación directa de los socios en el objeto, siendo este último la satisfacción y el suministro de uno o de varios servicios adquiridos a terceros o producidos por las mismas cooperativas²⁸, en principio para uso o consumo de los asociados, sin perjuicio de que como se trata de servicios públicos esenciales, las cooperativas podrán prestar servicios a terceros no asociados. Esta posibilidad está

²⁶ BIAGOSCH, Facundo A., *Asociaciones Civiles*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, pág. 57.

²⁷ En los elementos de los caracteres de esta especie de cooperativas se ha seguido a DROMI, José R., *Manual de Derecho Administrativo*, T. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, págs. 470 y sig.

²⁸ La mayoría de las cooperativas eléctricas de Argentina, compra la energía al Mercado Eléctrico Mayorista, sin perjuicio de que existen cooperativas que son generadoras de energía, tales como las correspondientes a la Provincia de Chubut.

expresamente contemplada en la normativa argentina, en el artículo 2 inciso 10, y artículo 20 de la Ley de Cooperativas²⁹.

A su vez, los socios de una cooperativa prestadora de servicios públicos tienen como finalidad brindarse el servicio a través de la organización que conforman. Este es uno de los elementos más interesantes para destacar, ya que los asociados se organizan para ser “sus propios prestadores”³⁰ del bien de consumo. Excepcionalmente y en proporción limitada se suministran los servicios a terceros, pero es claro que ese no es el objetivo social, ni de los socios al momento de conformar la sociedad.

Más allá de la especie de cooperativa prestadora de servicios públicos, la permisibilidad (acceso a no asociados) ha sido discutida en torno a la vigencia de la mutualidad rigurosa o tolerante, expresando en síntesis la Exposición de Motivos de la Ley de Cooperativas argentina: “1. En realidad, la mutualidad rigurosa no constituye principio esencial de la doctrina cooperativa. 2. La mayoría de las leyes de la materia, tanto en Europa como en América, autorizan tales operaciones. 3. Se trata de una solución práctica a una exigencia impuesta por la realidad económica-social y el desarrollo del cooperativismo...”³¹.

d) Relación interna: a diferencia de otras legislaciones donde no existe ningún precepto que aborde la cuestión de la naturaleza de la relación cooperativizada, dando ello origen a la discusión de si las adquisiciones se hacen en el marco societario de la cooperación o en el marco de intercambios ajenos al contrato social, bajo la normativa argentina no existe ninguna duda de que la relación es única y es asociativa.

En efecto, el legislador ha adoptado expresamente la teoría del acto cooperativo según el cual la relación mutualística no implica una operación de mercado³², es por ello que en el caso de las cooperativas de consumo donde los socios aparecen como los principales clientes, no existe una relación contractual por un lado y otra

²⁹ Los mencionados artículos de la Ley de Cooperativas argentina disponen: en el art. 2 inc. 10 que “Las cooperativas son entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios, que reúnen los siguientes caracteres: (...) 10° Prestan servicios a sus asociados y a no asociados en las condiciones que para este último caso establezca la autoridad de aplicación y con sujeción a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 42.”; mientras que el art. 20 de la citada ley reza: “Cuando las cooperativas sean o lleguen a ser únicas concesionarias de servicios públicos, en las localidades donde actúen deberán prestarlos a las oficinas de las reparticiones públicas nacionales, provinciales o municipales, sin el requisito previo de asociarse y en las condiciones establecidas para sus asociados”.

³⁰ En este sentido se postula CRACOGNA, Dante, *Problemas actuales...*, Ob. Cit., pág. 62.

³¹ VERÓN, Alberto V., *Tratado de las cooperativas*, T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 26.

³² Conf. Expresión de motivos de la Ley de Cooperativas N° 20.337, Apartado II “Consideraciones Particulares”, 4).

asociativa. Ello va a originar importantes consecuencias en materia de régimen aplicable, cuestión que veremos en profundidad en el Capítulo VIII.

e) Servicio: el servicio que prestan estas cooperativas mayormente son los llamados servicios básicos que engloban los intereses de la comunidad en su conjunto. Tienen la particularidad de estar alcanzados por un régimen administrativo especial, que tiene como finalidad el interés general, ser de alcance colectivo y procurar satisfacer necesidades individuales.

Es de destacar que también estas cooperativas brindan otros servicios que son voluntarios y que no son servicios públicos pero que en términos generales son actividades de interés público.

Por ello se dice que el servicio que prestan estas cooperativas se destaca por su volumen (en la medida que llegan a numerosos usuarios y satisfacen las necesidades del conjunto de las familias de éstos y de la comunidad en general), por su variedad (la mayoría de estas empresas son multiactivas: brindan varios servicios públicos, como así también otras prestaciones que no pueden ser encuadrados en aquella noción) y por su alcance geográfico (la dimensión geográfica dependerá de la escala de la ciudad donde proveen el servicio público, sin perjuicio de que existen cooperativas que prestan servicios a varias ciudades y, por ende, su alcance geográfico es definitivamente mayor).

Como se puede apreciar, las cooperativas bajo estudio no ofrecen distinción conceptual de las cooperativas de consumo. Sin embargo, las características derivadas de la actividad constituyen un dato distintivo que tiene muchas consecuencias como podremos apreciar en el tratamiento de los capítulos siguientes.

II.2. Los principios universales de la cooperación. Su alcance

La Alianza Cooperativa Internacional es una organización no gubernamental que se constituyó en Londres en 1895 teniendo como fin la promoción de los “Estatutos de los Equitativos Pioneros de Rochdale”, experiencia cooperativa con gran trascendencia que tuvo lugar en la ciudad de Rochdale en el año 1844. También dicha organización tuvo en miras representar a las cooperativas a nivel mundial.

Teniendo a la ACI como principal referente del movimiento cooperativo mundial, se han ido formulando ciertos ejes rectores “principios” que constituyen las

“pautas generales por medio de las cuales las cooperativas ponen en práctica sus valores”³³.

La última revisión de estos principios, comenzado en 1988 y plasmado en la Resolución de la Asamblea General de la ACI acerca de la “Declaración sobre Identidad Cooperativa” en el año 1995 ha estribado en una “reformulación” de los Principios Cooperativos actualizados precedentemente en el Congreso de Viena del año 1966, y con una amplia acogida jurídico-normativa a nivel global.

El repaso de los principios declarados en cada congreso realizado, es decir, en los años 1937, 1966 y 1995, ha sido el corolario de la evolución que ha sufrido el Movimiento Cooperativo, congruente con la evolución del sistema económico e incluso político de las sociedades modernas³⁴.

Los principios reformulados y la incorporación del último principio de “preocupación por la comunidad”, son los que deben servir como modelo al movimiento cooperativo y a las cooperativas en particular.

Valores que fueron claramente expuestos por la ACI en ocasión de la Declaración de 1995, siendo ellos la autoayuda, la responsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad. Añade que, conforme a la tradición de sus fundadores, los socios hacen suyos los valores éticos de la honestidad, la transparencia, la responsabilidad y la vocación social.

Así las cosas, los principios cooperativos son la fuente de inspiración de numerosas legislaciones locales e internacionales y sirven como fuente de interpretación de las mismas.

Al menos éste ha sido el pensamiento de los miembros de la ACI en ocasión de la declaración de Manchester de 1995³⁵.

La observancia de estos principios “define a una auténtica cooperativa y de igual manera, su recepción también constituye la piedra de toque para caracterizar una adecuada legislación de la materia”³⁶.

En este sentido, el derecho cooperativo argentino da sobradas muestras de ello. En la Exposición de Motivos de la Ley N° 20.337 encontramos una remisión expresa a

³³ “Declaración sobre la identidad cooperativa”, Resolución Asamblea General del ACI, Manchester 1995.

³⁴ Ello se advierte de los puntos 10 a 15, del Preámbulo del “Informe acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995.

³⁵ Conf. Punto 31, Preámbulo del “Documento de Referencia acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995.

³⁶ CRACOGNA, Dante, “La cooperativa en el derecho argentino”, en AA.VV, *Régimen jurídico de las cooperativas*, Ed. Colegio de Abogados de La Plata, Buenos Aires, 1990, pág. 20 y sigs.

la Declaración de 1966, y a los principios allí enarbolados. Allí se pone de manifiesto que “la caracterización (de las cooperativas) incluye la enunciación íntegra de los principios del cooperativismo universalmente aceptados, tal como fueran formulados por la Alianza Cooperativa Internacional en su XXIII Congreso realizado en Viena en 1966”³⁷.

En cuanto al derecho cooperativo español, Manuel Paniagua Zurera expone la estrecha relación entre los principios y el Derecho positivo de su país y en este sentido dice: “En los términos en que nuestro Derecho positivo los incorpora, los principios cooperativos son principios específicos de la cooperativa, que informan la constitución y el funcionamiento de este tipo social. Estamos, *mutatis mutandi*, ante los principios a los que apelan el art. 10 LSA y el artículo 12.3 LSRL. Su carácter normativo les dota de preeminencia en casos de colisión de cláusulas estatutarias o con acuerdos sociales (SSTS 26.1.1983, R. Ar. 389 y 20.3.1986, R. Ar. 1273). Su carácter informador de la estructura y del funcionamiento la cooperativa les adiciona un notable y claro valor como elemento de interpretación de la normativa cooperativa (art. 3.1 CC) y de la contratación en el ámbito cooperativo (arts. 1.281 a 1.289 CC, arts. 50 y 57 CCo y arts. 1 y 52.3 LCoop), como elemento de integración de la normativa cooperativa (art. 4.1 CC) y de los referidos contratos (art. 1.258 CC y art. 57 CCo), y como límite intrínseco a la autonomía privada en materia cooperativa (arts. 6 y 7 CC). En consecuencia, si la ley estatal no lo impide habrá que optar por la interpretación que sea más acorde con los principios cooperativos vigentes o por una interpretación restrictiva en el caso de que resulte un sentido contrario a estos principios; hemos de utilizar los principios cooperativos como un cualificado elemento de aplicación e integración de normas legales y convencionales (art. 87.1 párr. primero y d.a. 10.^a.1 LCoop); y debemos contar con los principios cooperativos cuando se enjuicien comportamientos de la cooperativa o de sus socios en el ejercicio de sus derechos y facultades, en la observancia de sus deberes y obligaciones y en el cumplimiento de la legislación cooperativa y sectorial aplicable”³⁸.

La enorme importancia que revisten los principios cooperativos es unánimemente receptada por la doctrina nacional, a punto tal que se ha dicho que “constituyen el cartabón para caracterizar a las cooperativas diferenciándolas

³⁷ Comentario al artículo 2º, exposición de motivos de la Ley de Cooperativas Nº 20.337.

³⁸ PANIAGUA ZURERA, Manuel, “Las Sociedades cooperativas. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social”, en *Tratado de derecho mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, T. XII, Vol. 1, pág. 37.

claramente de otras formas de organización jurídica y aún antes de tratar su régimen legal”³⁹. En un mismo orden de ideas, otro autor ha sostenido que “el exhaustivo estudio de los principios universales de la cooperación, o principios universales del cooperativismo, o simplemente principios cooperativos es de capital importancia porque ellos dan sustento a la naturaleza jurídica particular de las instituciones del Derecho Cooperativo y fundamentan –en definitiva– la autonomía científica de esta novísima rama de las ciencias jurídicas”⁴⁰.

La importancia de los valores y principios cooperativos ha servido para que diversos organismos y estamentos internacionales, tales como Naciones Unidas⁴¹, Organización Internacional del trabajo (OIT)⁴² y la Unión Europea los incorporen y reconozcan⁴³.

Luego de esta somera introducción al tema repasaremos los principios, teniendo en cuenta cómo la evolución de los mismos ha influido en la noción de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, limitadas por una dinámica coyuntural particular donde influyen cambios culturales importantes.

No es tarea fácil para este tipo de cooperativas, mantener los valores resultantes de los Congresos de la Alianza Cooperativa Internacional y compatibilizarlos con su actividad, como tendremos oportunidad de ver en el presente capítulo.

Hoy, tras la reformulación de los principios cooperativos, se han doblado los desafíos y con acierto la doctrina señala que “es imprescindible profesionalizar la gestión, implementar o incrementar fuentes de financiamiento, mejorar la garantía de asociados y terceros, lograr simplificaciones administrativas y discriminaciones tributarias positivas, impulsar una profunda educación, información y capacitación cooperativas y, en el caso de nuestras Cooperativas de Servicios Públicos, adecuarse gradual y paulatinamente, a los marcos regulatorios, a la competencia...”⁴⁴.

³⁹ CRACOGNA, Dante, “La cooperativa...”, Ob. Cit., pág. 20 y sig.

⁴⁰ CORVALÁN, Alfredo R., *Derecho Cooperativo Argentino*, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1985, pág. 41.

⁴¹ Resolución 56/114 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 19 de diciembre de 2001 sobre la Promoción de las cooperativas.

⁴² Recomendación N° 193 sobre la promoción de cooperativas. Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 20 de junio de 2002.

⁴³ Comunicación de la Comisión de la Unión Europea al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones, de 23 de febrero de 2004, sobre la Promoción de las Sociedades Cooperativas en Europa.

⁴⁴ BERTOSSI, Roberto F., *Servicios públicos cooperativos*, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2008, pág. 28.

En lo sucesivo se abordará cada uno de los principios surgidos de la Declaración de Manchester y veremos cómo repercuten y cómo se acompañan con la actividad de nuestras cooperativas de servicios públicos. A su vez, dejaremos para el Capítulo IV el análisis de la incidencia de los principios sobre la condición de las cooperativas prestadoras de servicios públicos. Ello nos permitirá delinear los rasgos esenciales de la naturaleza de las cooperativas bajo análisis.

II.2.1. Libre ingreso y adhesión voluntaria

El Congreso de Manchester de la ACI mantiene vigente el principio de “libre ingreso y adhesión voluntaria”. Sin embargo, encontramos novedades que juzgamos de utilidad para las cooperativas de servicios públicos.

El principio reza: “Las cooperativas son organizaciones voluntarias, abiertas a todas las personas capaces de utilizar sus servicios y dispuestas a aceptar las responsabilidades de ser socio, sin discriminación social, política, religiosa, racial o de sexo”.

En consonancia con este principio se encuentra la Ley N° 20.337 de Cooperativas argentina (conforme artículos 2, 8 y 17)⁴⁵, la cual enuncia como elementos caracterizantes de la cooperativa la ilimitación del número de asociados y del capital. Asimismo, el ingreso se proclama libre y, en este aspecto, se dispone que estas entidades no tienen como fin principal ni accesorio la propaganda de ideas políticas, religiosas, de nacionalidad, religión o raza, ni imponen condiciones de admisión vinculadas con ellas.

El principio de asociación voluntaria implica entonces, que la incorporación de una persona a la cooperativa debe ser el resultado de una decisión propia de aquella,

⁴⁵ Los artículos 2, 8 y 17 de la Ley de Cooperativas argentina disponen lo siguiente: “Art. 2: Las cooperativas son entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios, que reúnen los siguientes caracteres: (...) 2° No ponen límite estatutario al número de asociados ni al capital (...) 7° No tienen como fin principal ni accesorio la propaganda de ideas políticas, religiosas, de nacionalidad, región o raza, ni imponen condiciones de admisión vinculadas con ellas”. El art. 8 dice: “El estatuto debe contener, sin perjuicio de otras disposiciones: (...) 6° Las condiciones de ingreso, retiro y exclusión de los asociados”. Por último, el art. 17 establece: “Pueden ser asociados las personas físicas mayores de dieciocho años, los menores de edad por medio de sus representantes legales y los demás sujetos de derecho, inclusive las sociedades por acciones, siempre que reúnan los requisitos establecidos por el estatuto. Dentro de tales supuestos el ingreso es libre, pero podrá ser supeditado a las condiciones derivadas del objeto social.”

asumida en libertad y en todo caso resultado de un estudio, comprensión y aceptación de los valores cooperativos⁴⁶.

Así se ha dicho, en referencia al Informe de la Comisión sobre los Principios Cooperativos presentado en el Congreso de la ACI realizado en Viena en el año 1966: “La libertad de cada uno —individuo y cooperativa— de considerar sus intereses y obrar en consecuencia, deben armonizarse entre sí. Por una parte el individuo debe ser libre de adherirse a una cooperativa y de participar en sus ventajas económicas y sociales en igualdad con los otros socios. Ello implica que debe asumir también una parte proporcional de la responsabilidad. Pero no debe ser forzado a asociarse, ni directamente, en virtud de una obligación jurídica o administrativa, ni indirectamente, bajo presiones de carácter social o político. La decisión de solicitar la admisión debe normalmente ser el resultado del convencimiento personal sobre el valor de la cooperativa y de las ventajas económicas para él y para sus dependientes”⁴⁷.

En este sentido, el Informe sobre la Identidad Cooperativa avanza y añade que “No se puede forzar a las personas a hacerse cooperativistas (...) No obstante, a veces y en numerosos países del mundo, las presiones económicas o las reglamentaciones gubernamentales han tendido a presionar a la gente para que ingrese como asociados en algunas cooperativas. En estos casos, las cooperativas tienen la especial responsabilidad de asegurar que todos los asociados estén plenamente comprometidos de manera que lleguen a apoyar a sus cooperativas en forma voluntaria”⁴⁸.

Ahora bien, este principio de libre ingreso y adhesión voluntaria, de alguna manera no se concilia con el régimen de las cooperativas de servicios públicos, toda vez que el carácter especial del servicio que prestan, en la generalidad de los casos, es monopólico y no permite a los usuarios poder acceder al mismo por otro medio.

De manera tal que cuando la organización cooperativa de usuarios es la que presta el servicio a una comunidad, los habitantes que pretendan gozar del servicio se ven compelidos a asociarse para usar el mismo, no porque exista una obligación legal, sino porque no existe otra alternativa⁴⁹.

⁴⁶ CALLEJO, Alfredo V., *Los principios...*, Ob. Cit., pág. 19 y sig.

⁴⁷ CORVALÁN, Alfredo R., *Derecho...*, Ob. Cit., pág. 52.

⁴⁸ Punto 34 del “Documento de Referencia acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995.

⁴⁹ CALLEJO, Alfredo V., *Los principios...*, Ob. Cit. pág. 22 y sig.

Ante estas contingencias, para que no se vulnere el principio en cuestión se presentan dos soluciones complementarias entre sí: a) la prestación a “no socios” y b) la concientización colectiva de los beneficios cooperativos.

En lo que respecta al punto a), la misma Ley de Cooperativas argentina se hace eco de mantener a salvo el principio en análisis en el artículo 2º inciso 10, que establece que “las cooperativas prestan a los no asociados en las condiciones que establezca la autoridad de aplicación destinando los excedentes derivados de tales operaciones a una cuenta especial de reserva (artículo 42, último párrafo, Ley 20.337)”⁵⁰.

Igualmente, la misma Ley, en respeto del principio de adhesión voluntaria, dispone que el Estado, las provincias, los entes descentralizados, etc., pueden asociarse, como también pueden utilizar sus servicios, aunque no se asocien.

En cuanto a lo previsto en el punto b), esto es, la concientización colectiva de los beneficios cooperativos, son los administradores quienes deben ser conscientes del importante rol que les toca en la difusión de los beneficios de ser parte de una cooperativa. La política de acercamiento al asociado, donde el asociado se sienta parte de la toma de decisiones, se sienta involucrado en el destino de la entidad y en los servicios y calidad de los mismos, depende del liderazgo de los que la dirigen.

La mayor concientización de los usuarios/asociados con los beneficios de ser parte de una cooperativa se conseguirá con un asociado compenetrado con la administración y con el gobierno de la sociedad.

A nuestro entender, estas son las prácticas palpables que dan forma al camino que se debe transitar para que las cooperativas de servicios públicos den fiel y cabal cumplimiento al principio de libre ingreso y adhesión voluntaria reconocido por la Alianza Cooperativa Internacional.

II.2.2. Control democrático

La democracia es el gobierno (*kratos*) por el pueblo (*demos*), no es fácil de definir, ya que esta frase “gobernado por el pueblo” puede interpretarse de múltiples maneras.

En efecto, la democracia no es un concepto homogéneo. Así se distinguen tres tipos de democracia en función de la manera que se vinculan el poder y el pueblo.

⁵⁰ CRACOGNA, Dante, *Problemas Actuales...*, Ob. Cit., pág. 79.

- Democracia Liberal: la democracia se concibe como normas de ley y protección de las libertades individuales impersonales.
- Republicanismo Cívico: democracia como deliberación colectiva que lleva a los ciudadanos a alcanzar un acuerdo sobre el bien común.
- Democracia Pluralista o Representativa: democracia como representación de grupo y negociación de grupo. La democracia se entiende como un medio por el que se elige a los que deben tomar las decisiones.

Las justificaciones de la democracia son también numerosas e incluyen: igualdad política, libertad, autodesarrollo moral, el interés común, un compromiso moral justo, decisiones de cumplimiento obligatorio que tienen en cuenta los intereses de todos, utilidad social, la satisfacción de las necesidades, decisiones eficientes, entre otras.

Ahora bien, según la ACI el principio en análisis se refiere al control democrático de los socios.

El principio es desarrollado en los siguientes términos: “Las cooperativas son organizaciones gestionadas democráticamente por sus asociados, los cuales participan activamente en la fijación de sus políticas y en la toma de decisiones. Los hombres y mujeres elegidos para representar y gestionar las cooperativas son responsables ante los socios. En las cooperativas de primer grado, los socios tienen iguales derechos de voto (un socio, un voto), y las cooperativas de otros grados están también organizadas de forma democrática”⁵¹.

De los términos del documento se induce que "democracia" incluye consideraciones sobre derechos y responsabilidades, pero significa también algo más: significa promover el espíritu de la democracia en las cooperativas⁵².

Es decir, el espíritu y el control democrático que debe estar presente en la actividad cooperativa importa tanto la obligación para los administradores, como las responsabilidades de los asociados en el propio control de la gestión, al igual que el deber de comportarse en base a los postulados democráticos.

Por último, el documento de Manchester atiende a la igualdad de voto (un socio, un voto) en las cooperativas primarias y a la posibilidad de alternativas diferentes en los casos de entidades de ulterior grado.

⁵¹ “Declaración sobre la identidad cooperativa”, ACI, 1995, en *Los Principios Cooperativos para el Siglo XXI*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1996, pág. 37 y sigs.

⁵² Punto 45 del “Documento de Referencia acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995 en *Los Principios ...*, Ob. Cit., pág. 36.

En el caso de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, las asambleas son generalmente indirectas en tanto el volumen de asociados es equivalente a un integrante por cada hogar de la comunidad en la cual se desarrolla y presta el servicio la cooperativa. Las asambleas indirectas permiten elegir a los delegados que conformaran el órgano de gobierno.

A pesar de que existen controversias en cuanto a que si las asambleas indirectas respetan el principio en análisis, nosotros entendemos que el principio de control democrático es perfectamente compatible con las cooperativas de servicios públicos y con las asambleas indirectas que deben llevarse a cabo en este tipo de organizaciones, donde no se concibe una democracia directa por el volumen de asociados.

Ya en el Congreso de la ACI de 1966⁵³ se advertía la presencia de métodos democráticos indirectos para la conformación de las asambleas generales “en las grandes cooperativas de primer grado”.

En este sentido, nuestra legislación nacional se hace eco de la democracia indirecta y prevé obligatoriamente la constitución de asambleas de delegados cuando el número de asociados supere los 5.000 (artículo 50, Ley N° 20.337⁵⁴); del mismo modo lo hacía la vieja Ley N° 11.388, con la salvedad de que el límite era de 10.000 asociados.

Dentro del derecho cooperativo español, encontramos el artículo 30 de la Ley estatal de Cooperativas⁵⁵ que regula lo atinente a la asamblea general de delegados

⁵³ CORVALÁN, Alfredo R., *Derecho...*, Ob. Cit., pág. 65 y sig.

⁵⁴ El art. 50 de la Ley de Cooperativas en su parte pertinente dice: “Cuando el número de asociados pase de cinco mil, la asamblea será constituida por delegados elegidos en asambleas electorales de distrito en las condiciones que determinen el estatuto y el reglamento. Puede establecerse la división de los distritos en secciones a fin de facilitar el ejercicio de los derechos electorales a los asociados.”

⁵⁵ El art. 30 de la Ley de Cooperativas española N° 27/1999, de 16 de julio, dice: “1. Cuando los Estatutos prevean por causas objetivas y expresas, Asambleas de Delegados deberán regular los criterios de adscripción de los socios en cada junta preparatoria, su facultad de elevar propuestas no vinculantes, las normas para la elección de delegados, de entre los socios presentes que no desempeñen cargos sociales, el número máximo de votos que podrá ostentar cada uno en la Asamblea General y el carácter y duración del mandato que no podrá ser superior a los tres años. Cuando el mandato de los delegados sea plurianual los Estatutos deberán regular un sistema de reuniones informativas, previas y posteriores a la Asamblea, de aquéllos con los socios adscritos a la junta correspondiente. 2. Las convocatorias de las juntas preparatorias y de la Asamblea de Delegados tendrán que ser únicas, con un mismo orden del día, y con el régimen de publicidad previsto en el artículo 24 de la presente Ley. Tanto las juntas preparatorias como la Asamblea de Delegados se regirán por las normas de constitución y funcionamiento de la Asamblea General. Salvo cuando asista el Presidente de la cooperativa, las juntas preparatorias estarán presididas por un socio elegido entre los asistentes y siempre serán informadas por un miembro, al menos, del Consejo Rector. Cuando en el orden del día figuren elecciones a cargos sociales, las mismas podrán tener lugar directamente en las juntas preparatorias celebradas el mismo día, quedando el recuento final y la proclamación de los candidatos para la Asamblea General de Delegados. 3. La aprobación diferida del acta de cada junta preparatoria deberá realizarse dentro de los

elegidos en juntas preparatorias, estableciéndose una serie de supuestos de admisibilidad y los requisitos para su conformación.

Lo que queremos mostrar con ello es que de ningún modo hay una afectación del control democrático, cuando rigen al respecto normas con un claro propósito de preservación de la naturaleza del principio bajo examen, tales como las citadas precedentemente.

De este modo se garantiza que los delegados assembleístas sean elegidos democráticamente por todos los socios, y que aquéllos, a su vez, sean quienes elijan a los administradores, que —por cierto— también son publicitados en las elecciones.

Asimismo, el principio de control democrático alcanza al deber del asociado en el control de la gestión, de tal manera que si éste advierte que los administradores han vulnerado la ley o el estatuto debería recurrir a los mecanismos internos (sindicatura) o a sede administrativa o judicial en búsqueda de resguardar el respeto por el ordenamiento legal y el interés social.

Por eso, como ya se señaló anteriormente, el principio democrático no es solo un derecho, sino también un deber. En el caso de los socios de las cooperativas de servicios públicos, se debe agudizar la comunicación con los socios-usuarios y motivarlos permanentemente con los destinos de la sociedad para que éstos se encuentren en condiciones de ejercer el debido control.

Más allá de lo señalado advertimos un destacado debilitamiento en el funcionamiento democrático interno de las cooperativas bajo estudio, tema que desarrollaremos en el punto III.3 de este capítulo.

II.2. 3. Participación económica

El documento de Manchester señala que “Los socios contribuyen equitativamente a la formación del capital de la cooperativa y lo gestionan democráticamente. Por lo general, al menos una parte de este capital es propiedad común de la cooperativa. Los socios suelen recibir una compensación limitada, si acaso alguna, sobre el capital suscrito como condición para asociarse. Destinan los

cinco días siguientes a su respectiva celebración. 4. Sólo será impugnabile el acuerdo adoptado por la Asamblea General de Delegados aunque para examinar su contenido y validez se tendrán en cuenta las deliberaciones y acuerdos de las juntas preparatorias. 5. En lo no previsto en el presente artículo y en los Estatutos sobre las juntas preparatorias se observarán, en cuanto sean aplicables, las normas establecidas para la Asamblea General”.

excedente a todos o algunos de los siguientes fines: el desarrollo de la cooperativa, posiblemente mediante la constitución de reservas de las cuales una parte al menos debe ser indivisible; la distribución a los socios en proporción a sus operaciones con la cooperativa; y el apoyo a otras actividades aprobadas por los socios”.

En punto a las formas de contribución de los socios para el financiamiento de las cooperativas y su eventual compensación, el documento de la ACI elaborado en Manchester distingue entre el capital individual de cada socio y lo que sería un capital colectivo, es decir, las reservas provenientes de la actividad de la organización⁵⁶.

Sobre el capital individual, diremos que el capital obligatorio lo “constituye el aporte equitativo primario reflejado en la cuota de pertenencia para gozar de los derechos de uso del servicio y participación democrática en la actividad social”, como así también las nuevas aportaciones al capital; señalándose en el documento que “sólo en raras ocasiones esa cuota o aporte del asociado produce algún interés”⁵⁷.

Por su parte, los socios también pueden realizar un aporte de capital voluntario, que como su nombre lo indica no es exigido para ser miembro de la misma y consiste en un desembolso adicional. El interés en hacer aportes adicionales o voluntarios reside en la ganancia que puedan acarrear dichas aportaciones, que deben estar estatutariamente contempladas y que, en general, consiste en un interés sobre el dinero aportado.

El aporte voluntario no se encuentra previsto en la Ley de Cooperativas argentina⁵⁸, aunque frente a la anomia legal la Autoridad de aplicación reconoció, por medio de las Resoluciones N° 349/95, 593/99 y 1.966/95, la posibilidad de hacer aportes complementarios mediante la emisión de títulos cooperativos de capitalización.

⁵⁶ CALLEJO, Alfredo V., *Los principios...*, Ob. Cit., pág. 39.

⁵⁷ Punto 50, primer párrafo, del “Documento de Referencia acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995 en *Los Principios...*, Ob. Cit., pág. 39.

⁵⁸ El Anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales impulsado por el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) incorpora el aporte voluntario y en este sentido indica que: Art. 30: “La Asamblea General podrá acordar la admisión de aportaciones voluntarias al capital social por parte de los socios. Las aportaciones voluntarias tendrán carácter temporal, con un plazo mínimo de devolución de un año, serán remuneradas con un interés anual máximo equivalente a la tasa pasiva del Banco de la Nación Argentina. Asimismo, podrá acordarse la admisión de aportaciones voluntarias destinadas a una nueva actividad cooperativa específica, por un plazo determinado no inferior a dos años ni superior a cinco, con contabilización debidamente separada y a riesgo de los participantes, que podrán percibir hasta un máximo de setenta y cinco por ciento (75%) de los resultados netos obtenidos por dicha actividad en el período a liquidar. El resto de los resultados obtenidos deberá aplicarse a reservas. 2. Las aportaciones voluntarias deberán desembolsarse totalmente en el momento de las suscripción, tendrán el carácter de permanencia establecido y deberán ser aprobadas por la Autoridad de Aplicación que podrá reglamentar esta operatoria”.

Con respecto al capital colectivo, éste se encuentra conformado por las reservas derivadas de los excedentes provenientes de las actividades de la organización; y al decir del texto emanado del Congreso de Manchester, representan ni más ni menos que la realización colectiva del aporte de los asociados a su cooperativa.

Ahora bien, focalizándonos en el plano de las cooperativas de servicios públicos advertimos que este tipo de entidades en Argentina no contemplan habitualmente el pago de intereses sobre el capital. Tampoco es habitual que, sobre la base de las Resoluciones de la Autoridad de aplicación referenciadas precedentemente, dispongan sobre aportes voluntarios.

Sí vemos que este tipo de cooperativas, en el marco de la normativa reinante en la Argentina (artículo 27⁵⁹ de la Ley N° 20.337), resuelven con frecuencia —mediante Asamblea— recurrentes aumentos de capital que lógicamente son aplicados al uso que la Asamblea disponga. Dicha herramienta es muy utilizada por ser necesaria para sostener el capital que permite hacer frente a las inversiones que requiere el servicio, máxime en épocas recientes donde la tarifa y la inflación reinante no permiten destinar fondos para inversiones.

II.2. 4. Principio de autonomía e independencia

La ACI ha formulado en su congreso de Manchester de 1995 el cuarto principio cooperativo bajo los siguientes términos: “Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda gestionadas por sus socios. Si intervienen en acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o captan capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguran el control democrático por parte de los socios y mantienen su autonomía cooperativa”.

De esta forma la ACI ha resaltado el principio de autonomía, que significa la independencia de la cooperativa frente a los agentes externos, como a quienes ejerzan el control interno de la entidad, para evitar riesgos por los vínculos que se contraigan con personas públicas o privadas.

⁵⁹ El art. 27 de La Ley de Cooperativas argentina dice: “El estatuto puede establecer un procedimiento para la formación e incremento del capital en proporción con el uso real o potencial de los servicios sociales”.

Tanto la autonomía como la autogestión pueden estar en riesgo, sea por los vínculos contraídos por la cooperativa con personas públicas y privadas, sea por la captación de capitales ajenos a los asociados⁶⁰.

En definitiva, la ACI se refiere al tratar este principio, tanto a las relaciones que entablen las cooperativas con los gobiernos, como con los privados.

En este último caso trata el tema de la asociación de las cooperativas con otro tipo de entidades y no a la asociación de otras entidades, a la cooperativa. Es decir, es una asociación extrasocietaria a la que se refiere el principio, no intrasocietaria. Entendemos por ésta última la integración de otras personas jurídicas a la cooperativa como socios.

El principio destaca que no se puede afectar en ningún caso (incluida la captación del capital de fuente externa) el control democrático por parte de los socios. Y a diferencia de otras legislaciones como la española, Argentina no permite otros socios que aquellos a quienes la cooperativa está abierta, es decir las personas capaces de utilizar sus servicios. No hay posibilidad de internalizar con ese status a otras personas ni siquiera poniéndole límites a sus derechos políticos o económicos dentro de la cooperativa⁶¹.

Ello no significa que las cooperativas no puedan ser socias en otras sociedades comerciales. En efecto, el artículo 5° de la Ley de Cooperativas argentina admite que las cooperativas “pueden asociarse con personas de otro carácter jurídico a condición de que sea conveniente para su objeto social y que no desvirtúen su propósito de servicio”.

En definitiva, la Alianza Cooperativa Internacional pretende condicionar las asociaciones de las cooperativas con otras sociedades comerciales, para que en esa vinculación no se afecte la autonomía de éstas, ni el control democrático por parte de los socios de la propia cooperativa.

En relación con la prevención de cualquier tipo de interferencia de los gobiernos o los entes públicos en el gobierno de las cooperativas, la Alianza señala que los gobiernos “con sus políticas fiscales, económicas y sociales (...) pueden ayudar o perjudicar a las cooperativas. Por tal motivo, todas las cooperativas deben

⁶⁰ CALLEJO, Alfredo V., *Los principios...*, Ob. Cit., pág. 48.

⁶¹ CALLEJO, Alfredo V., *Los principios...*, Ob. Cit., pág. 51.

estar alertas para desarrollar relaciones abiertas y claras con los gobiernos⁶², siempre defendiendo su autonomía en el trato con ellos.

Este punto es crucial para las cooperativas prestadoras de servicios públicos porque, justamente por el tipo de actividad, sus vinculaciones con el Estado son esenciales para la prestación del servicio y de ello, se derivan muchas situaciones de interferencia en la autonomía de las cooperativas.

En este sentido, cabe advertir sobre los potenciales efectos nocivos que acarrea para este principio la intervención del Estado en la fijación de las tarifas de los servicios públicos prestados por cooperativas.

Por otra parte, se critica que en el caso de las cooperativas prestadoras de servicio público, en líneas generales, sus dirigentes guardan a menudo una estrecha relación con los gobiernos de turno, sin que exista en los socios y la comunidad información clara sobre este punto. Esto también puede ser relacionado con el principio de neutralidad política y religiosa.

Ahora bien, la neutralidad política de la entidad la tienen que resguardar los administradores y representantes, ya que el asociado actuando individualmente sin representar al ente puede evidenciar en su accionar tanto su ideología, su religión, su moral o afiliación política. Tratar de impedirlo implica discriminar y vulnerar los principios cooperativos.

Es decir, el hecho de que en las compulsas distritales que tienen lugar en las cooperativas prestadoras de servicios públicos, existan listas que cuenten con la adhesión de socios afiliados a partidos políticos, como de uno o varios partidos políticos o de fracciones de éstos, ello no significa que la cooperativa tenga como finalidad principal o accesoria la propaganda política, ni que sufra intervención en su autonomía. Sin embargo, llegado el caso, si ejerciendo la calidad de administradores la cooperativa adquiriera como finalidad accesoria la propaganda política, vulnerando de tal modo el principio de independencia, sus directivos serían pasibles de las responsabilidades del caso, en tanto ello afectaría la autonomía de la entidad. Pero el hecho de que una lista cuente con la simpatía de uno o más grupos políticos, no reviste suficiente entidad para agredir el principio cooperativo bajo análisis.

Sin embargo, más allá de lo indicado precedentemente, se advierte con preocupación que estas organizaciones se están convirtiendo cada vez más en

⁶² Punto 53 del “Documento de Referencia acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995 en *Los Principios...*, Ob. Cit., pág. 41 y sig.

instrumentos de la política partidaria y que, por tanto, ponen en tensión el principio en análisis. El presente tema será desarrollado en el punto II.3 de este capítulo.

Somos conscientes de que la mixtura entre la política y las cooperativas — lógicamente con mayor grado en las de servicios públicos— es un hecho inevitable⁶³, pero lo que se intenta superar con este principio es que los administradores limiten el libre desarrollo cooperativo, con decisiones que condicionen la libertad y democracia interna y que provoque perjuicios al interés social.

II. 2. 5. El principio de educación, capacitación e información

Surge del Congreso de Manchester que el principio en análisis ha sido levemente modificado y que ha quedado reformulado de la siguiente manera: “Las cooperativas brindan educación y capacitación a sus socios, representantes elegidos, administradores y empleados, de manera que puedan contribuir efectivamente al desarrollo de ellas. Informan al público en general, particularmente a los jóvenes y a los líderes de opinión, acerca de la naturaleza y los beneficios de la cooperación”.

Lo que busca el documento transcrito es promover la instrucción y la comprensión del fenómeno cooperativo, y también el contenido humanista del movimiento cooperativo.

Es decir, no se debe interpretar que los cooperativistas tengan que procurar la instrucción y educación general, sino que deberán asumir el compromiso de promover y proyectar en las nuevas generaciones el modelo cooperativista.

La alianza intenta orientar este principio en dos direcciones: una, puertas adentro, fomentando la capacitación y la educación; y la otra, puertas afuera, difundiendo los beneficios de participar en las entidades cooperativas.

Así, educar implica comprometer la mente de los asociados, dirigentes electos, funcionarios y empleados para que comprendan plenamente la complejidad y riqueza del pensamiento y acción cooperativos⁶⁴.

⁶³ Ya lo ha expresado Jacobo Amar hace más de 40 años, “las cooperativas HACEN política. Lo vienen haciendo desde antes que tomaran forma concreta con la histórica tienda de Rochdale en la calle del Sapo, en las propias especulaciones teóricas de los precursores del cooperativismo y aún en sus ensayos prácticos (...) En el trasfondo de las ideas de estos teóricos y de muchos que siguieron sus enseñanzas y fueron abonando la doctrina cooperativista, anidó la esperanza y aun el objeto político de alcanzar por vía del desarrollo del movimiento y durante sucesivas transformaciones sociales, el ideal de la sociedad cooperativista”. AMAR, Jacobo, *Política y cooperativas*, Ed. Instituto, Rosario, 1965, pág. 21 y sig.

⁶⁴ Punto 57, 1er párr., del “Documento de Referencia acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995 en *Los Principios...*, Ob. Cit., pág. 43.

Capacitar significa asegurar que todos aquellos que estén asociados a las cooperativas tengan la pericia necesaria para hacer frente efectivamente a sus responsabilidades⁶⁵.

La educación⁶⁶ y la capacitación⁶⁷ de los actores de una cooperativa permite también un mayor y mejor cumplimiento del resto de los principios; así, vemos que dotado de amplios conocimientos, un cuerpo de socios puede ejercer exitosamente el control democrático, defender con pericia la autonomía de la cooperativa, garantizar plenamente la participación económica y la calidad de los servicios, etc.

Por último, el documento habla sobre el deber de información. Ello va destinado a difundir en los jóvenes, dirigentes políticos y ciudadanos en general, los beneficios de la cooperación, pues como señala el texto, “la gente no apreciará, no apoyará aquello que no comprende”⁶⁸.

Frente a las implicancias que ha tenido la postmodernidad en las sociedades, este movimiento solidario y humanista por excelencia debe ser difundido para que desde el entendimiento pueda seguir consolidándose en esta sociedad, donde mensajes de comunión y solidaridad resultan tan escasos.

En la Argentina, un paso necesario pero no suficiente hacia la educación global del cooperativismo lo encontramos en el artículo 90 de la Ley N° 26.206 (Ley Nacional de Educación), en el cual se expresa: “El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología promoverá, a través del Consejo Federal de Educación, la incorporación de los principios y valores del cooperativismo y del mutualismo en los procesos de enseñanza-aprendizaje y la capacitación docente correspondiente, en concordancia con los principios y valores establecidos en la Ley N° 16.583 y sus reglamentaciones. Asimismo, se promoverá el cooperativismo y el mutualismo escolar”. A su vez, el órgano de aplicación creado por la Ley de Cooperativas argentina tiene funciones relativas a la educación, investigación y difusión del cooperativismo.

⁶⁵ Punto 57, 1er párr., del “Documento de Referencia acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995 en *Los Principios...*, Ob. Cit., pág. 43.

⁶⁶ Punto 57, 1er párr., del “Documento de Referencia acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995 en *Los Principios...*, Ob. Cit., pág. 43.

⁶⁷ Punto 57, 1er párr., del “Documento de Referencia acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995 en *Los Principios...*, Ob. Cit., pág. 43.

⁶⁸ Punto 57, 2do párr., del “Documento de Referencia acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995 en *Los Principios...*, Ob. Cit., pág. 43.

Por último, cabe agregar que las cooperativas de servicios públicos están en condiciones de hacer mucho por la efectividad del principio a partir de su privilegiada posición comunitaria⁶⁹.

Sin embargo, el gran desafío que tienen quienes las dirigen y se encuentran enrolados en el cooperativismo es cómo proyectar la pasión en este tipo de organizaciones a las nuevas generaciones.

Se suma a ello la propia actividad que explota la cooperativa de servicios públicos, que es obviamente sensible para los ciudadanos y que muchas veces la comunidad actual, que no ha participado del inicio y desarrollo de la misma, no logra interpretar los beneficios de éstas, con relación a las empresas de capital.

Los nuevos retos que la sociedad actual exige de los cooperativistas no son menores, pero creemos que la difusión de sus valores y la exaltación del humanismo harán que estas empresas cooperativas se proyecten con éxito en el mañana.

II.2. 6. El Principio de cooperación entre cooperativas

El Congreso de Manchester de 1995 ratificó el principio de la cooperación entre pares, prevista en la formulación de Viena en 1966.

Así, indicó que “Las cooperativas sirven más efectivamente a sus socios y fortalecen el movimiento cooperativo trabajando mancomunadamente a través de estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales”⁷⁰.

Sin embargo, cuando en Manchester se convoca a la cooperación entre cooperativas, se hace teniendo en cuenta el orden económico mundial presente en la década de los noventa del siglo pasado.

De esta manera el Congreso hace referencia a que las cooperativas “deben considerar, con mucha mayor frecuencia que en el pasado, las posibilidades de actividades conjuntas internacionales. De hecho, como los estados nacionales están perdiendo su capacidad de control sobre la economía internacional, las cooperativas tienen una oportunidad única para proteger y expandir los intereses directos del común de la gente”⁷¹.

⁶⁹ CALLEJO, Alfredo V., *Los principios...*, Ob. Cit., pág. 67.

⁷⁰ Punto 58, 1er párr., del “Documento de Referencia acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995 en *Los Principios...*, Ob. Cit., pág. 45.

⁷¹ Punto 58, 3er párr., del “Documento de Referencia acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995 en *Los Principios...*, Ob. Cit., pág. 46.

La mundialización de la economía y la pérdida de protagonismo de los Estados frente a la concentración económica global, hace que este principio de la cooperación tenga más vigencia que nunca. Es decir, la colaboración de las cooperativas entre sí, incluso conformando confederación de cooperativas, es una de las mejores respuestas a las necesidades de la gente común.

En el documento de Manchester la convocatoria a la cooperación entre cooperativas está seccionada en dos frentes: (i) en cuanto a lo funcional y operacional, y (ii) en cuanto al aspecto institucional y representativo.

En lo que respecta al primer punto, dice el documento que para lograr los beneficios de las organizaciones de gran escala, manteniendo simultáneamente las ventajas del compromiso y propiedad local, deben actuar mediante una colaboración práctica y rigurosa. Así, en todo el mundo las cooperativas deben identificar nuevos mercados para abordarlos conjuntamente.

Por otro lado, esto también significa un llamamiento para que las cooperativas no restrinjan las aspiraciones de integración al mero interés de la rama de la actividad que explotan. De este modo se exhorta a que conformen confederaciones con la finalidad de agruparse para enriquecerse y beneficiarse mutuamente con la integración de las actividades.

En definitiva, el pasaje transcrito del documento exhorta a las cooperativas a unirse aun cuando no tengan el mismo tipo de actividad, con el objeto de construir una posición fuerte ante cualquier otra institución, máxime a escala mundial y a los efectos de promover los principios cooperativos, más allá de procurar ventajas materiales.

Por ello desde el aspecto institucional, el documento destaca la necesidad de reforzar las organizaciones y actividades de apoyo a la cooperación y en especial destaca como de crucial importancia “para los diferentes tipos de cooperativas unirse cuando se dirigen a los gobiernos o promueven el camino cooperativo entre el público”⁷².

En referencia a esta última cuestión, en Argentina las federaciones de cooperativas prestadoras de servicios públicos han sido prolíferas, sin embargo, la cooperación entre cooperativas se da entre aquellas que se dedican a una misma rama.

⁷² Punto 59 del “Documento de Referencia acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995 en *Los Principios...*, Ob. Cit., pág. 45 y sig.

Así, la Federación Argentina de Cooperativas de Electricidad (FACE) data de 1939 y es una de las integraciones supra organizaciones más destacada en nuestro país.

La actividad de las federaciones se ha dado con mayor intensidad, sobre todo constituyéndose federaciones locales o provinciales, entre varias cooperativas de servicios públicos, que después confluyen, con mayor identidad y peso, ante una Federación Nacional.

Indudablemente, este proceso de integración es sumamente trascendente para el movimiento cooperativo, porque dicha unión permite a las cooperativas negociar con los actores privados, así también con el Estado, en condiciones más ventajosas.

II. 2.7. El Principio de la preocupación por la comunidad

Este principio vio la luz por primera vez en el Congreso de Manchester de 1995, como consecuencia de la creciente y global toma de conciencia sobre la preservación del ambiente y los recursos que, en definitiva, son patrimonio de toda la humanidad.

Así, dice: “Las cooperativas trabajan para conseguir el desarrollo sostenible de sus comunidades mediante políticas aprobadas por sus socios”.

Sin dudas, este nuevo principio se hace eco de los contemporáneos esfuerzos de la ONU por elaborar y advertir sobre los peligros de la actividad humana en el equilibrio medioambiental, y en la explotación de los recursos, tales como el “Informe Brundland” de 1987 y la “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”⁷³ de 1992.

De esta manera, el nuevo panorama cooperativo no sólo se compone de actividades cooperativas destinadas a satisfacer necesidades de sus socios, sino que además ahora se exigen acciones positivas tendientes a llevar a la práctica, políticas de desarrollo comunitario y de protección del medio ambiente y los recursos.

¿Cómo juega este principio en relación con las cooperativas de servicios públicos? Primeramente, hay que decir que conforma la esencia de la cooperativa de servicios públicos el satisfacer necesidades individuales de alcance colectivo (servicio comunitario). Como ya fuera dicho en su oportunidad, la nota distintiva de esta clase

⁷³ Así en el Principio 3º se establece: “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”.

de cooperativas es la prestación de un servicio de interés general, por lo que este principio está ínsito en la naturaleza de su prestación.

Con respecto a la protección del medioambiente y al desarrollo sustentable de los recursos, las cooperativas prestadoras de servicios públicos tienen el compromiso de velar por la tranquilidad de la comunidad y por el equilibrio medio ambiental, tanto en la explotación del servicio como en cualquier otro tipo de aporte que haga al mejoramiento comunitario, en cuestiones ajenas a su cometido.

Sin embargo, dada la estrecha relación que une al Estado con toda entidad que brinda un servicio público (no sólo del tipo cooperativo) y considerando que el Estado es el principal garante del adecuado funcionamiento de los servicios públicos y, además, es el encargado por excelencia de cumplir y hacer cumplir las leyes (entre ellas las leyes y resoluciones medioambientales), creemos a todas luces que no solo sobre las cooperativas que regularmente prestan un servicio público se ciñe la obligación de dar cumplimiento al principio en análisis, sino también la obligación de respetar las normas regulatorias que en muchos casos procuran similar fin. Ello, sin perjuicio de compartir la posición de doctrina que sostiene que existe la tendencia a una mayor adopción de medidas para la preservación del ambiente y los recursos por parte de las cooperativas, a diferencia de otro tipo de empresas⁷⁴.

II.3. Operatividad de los principios y análisis de aquellos que se encuentran en tensión en este tipo cooperativo. Su problemática

Como hemos tenido oportunidad de ver al tratar cada uno de los principios cooperativos, las cooperativas prestadoras de servicios públicos han procurado actuar en consecuencia con los mismos y mayormente lo han logrado. Sin embargo, hay que destacar que algunos de estos valores o estándares se encuentran en permanente tensión frente este tipo cooperativo, tales el principio de control democrático y el principio de autonomía e independencia.

En lo que respecta al principio de control democrático, advertimos un destacado debilitamiento en el funcionamiento democrático interno de las cooperativas prestadoras de servicios públicos.

Nuestra posición se basa en la observación de vida societaria de estas cooperativas en Argentina, que demuestra los siguientes ejes centrales:

⁷⁴ CALLEJO, Alfredo V., *Los principios...*, Ob. Cit., pág. 93 y sig.

- Falta de participación de los socios.
- Manipulación de los mecanismos electorales por parte de los administradores.
- Control de la organización por aquellos que la dirigen y disminución de la influencia de los asociados.
- Preponderancia de estructuras burocráticas y concentración del poder en los dirigentes.
- Carencia de oposición.
- Falta de información a los asociados, permitiendo ello que las conducciones se mantengan por años en la administración de estas entidades.

Para explicar los fundamentos de los puntos indicados, es preciso indicar algunas experiencias que tienen lugar en las asambleas cooperativas.

En principio recordemos que nuestra legislación nacional se hace eco de la democracia indirecta y prevé obligatoriamente la constitución de asambleas de delegados cuando el número de asociados supere los 5.000 (artículo 50 Ley N° 20.337⁷⁵); del mismo modo lo hacía la vieja Ley N° 11.388, con la salvedad de que el límite era de 10.000 asociados.

Por lo tanto, las asambleas de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, cuando los asociados son superiores al tope impuesto por Ley de 5.000, deben realizarse de manera indirecta. De tal modo que como la mayoría de las cooperativas poseen más de 5.000 asociados, en tanto el volumen de asociados es equivalente a un integrante por cada hogar de la comunidad en la cual se desarrolla, es más frecuente que las mismas posean un órgano de gobierno elegido mediante asambleas electorales indirectas.

En lo que refiere a este tipo de asambleas, si bien somos partidarios —como ya se dijo anteriormente— de que éstas son perfectamente compatibles con el principio de control democrático de la ACI, lo cierto es que ello no garantiza por sí solo el cumplimiento de dicho principio.

Algunas cuestiones indicadas arriba y que han sido materia de observación para el desarrollo de este trabajo, hacen dudar del proceso democrático para elegir administradores y miembros de los demás órganos, como así también para hacer realidad la integración asociativa.

En este sentido, advertimos que sólo un promedio del 10% de los asociados a las cooperativas prestadoras de servicios públicos, concurre a emitir su voto y a su vez

⁷⁵ El art. 50 de la Ley de Cooperativas argentina fue transcrito en la nota N° 54.

muy pocos se involucran en el control de la administración y en la vida de la cooperativa. Ello nos hace dudar sobre la legitimidad de la representación de los directivos que resulten electos, como así también del cumplimiento del principio de control democrático.

Por otra parte, la afectación del mencionado principio también se advierte en las normas estatutarias que en muchos casos no contemplan la incorporación de las minorías. Como la Ley de Cooperativas no exige tal recaudo, si el contrato social no lo incorpora quien resulta vencedor en las elecciones ocupa la totalidad de los cargos, tanto de delegados como de consejeros a cubrir, sin que ello permita la pluralidad de voces y el control de gestión por parte de la oposición. Ello genera un daño irremediable al principio en análisis.

De igual modo, aunque los estatutos obliguen a la incorporación de las minorías, los administradores manipulan tanto la división de los distritos electorales como la dirección de la propia publicidad de la convocatoria, que el principio democrático se ve notablemente afectado.

En lo que refiere a las asambleas directas, cuando los asociados no superan el máximo de 5.000, allí también se advierte en la práctica una clara afectación al principio de control democrático, toda vez que en general los administradores, difícilmente se recambian, porque éstos, junto al grupo de poder utilizan todo tipo de maniobra para imponerse en las asambleas.

Estas maniobras van desde ocupar el recinto asambleario con suficiente antelación a la hora de la convocatoria, como para que los demás asociados no tengan lugares suficientes para ejercer el voto⁷⁶, hasta la manipulación del número de asociados para que no se supere el máximo legal de 5.000 asociados.

En este sentido, muchos administradores de estas cooperativas prefieren proveer el servicio a los usuarios como terceros (antes que asociarlos) y de esa manera evitar riesgos que desestabilicen el control del poder.

Siguiendo con las demás cuestiones que afectan el principio democrático, es el turno de poner el acento en la conducta de los administradores y grupos de control que omiten recrear una cultura de integración asociativa.

⁷⁶ Este supuesto se da en el caso de poblaciones pequeñas, donde la cantidad de asociados rondan los 5.000, pero que no cuentan con recinto suficiente como para albergar la totalidad de los asociados, de tal modo que los que conducen estas cooperativas se aseguran el ingreso de socios con voto seguro que le permita conseguir el quórum para sesionar, siendo que los demás socios que no logran ingresar al recinto y que no sirven para conformar el quórum muchas veces se ven imposibilitados de participar de la reunión del órgano de gobierno.

Como venimos diciendo, son pocos los asociados que se interesan y se involucran con la cooperativa. Son pocos los que van a votar y son muchos menos los que ejercen un control de gestión.

Ello tiene que ver en principio, porque es difícil que el hombre moderno se involucre con lo colectivo. Ya decía Aristóteles que la democracia exigía del hombre contar con tiempo suficiente para lo público.

Sin embargo, también son los propios administradores los que no convocan a participar. Es más, para un administrador mantener la gestión bajo discreción es garantía de permanencia.

Prueba de ello es que poco saben los asociados de la administración, del nivel de inversión y de endeudamiento, entre otros tópicos relativos a la gestión de las cooperativas prestadoras de servicios públicos.

Consecuencia del perfil de los procesos que viven estas cooperativas y de las conductas usuales de los administradores que las dirigen, también encontramos que es difícil la consolidación de una oposición.

A su vez, al no recrearse la integración asociativa ni la convocatoria a los asociados, difícilmente encontraremos nuevos liderazgos.

Si a ello le sumamos que quienes manejan los hilos sociales, cuentan con los recursos y con la estructura de la entidad para hacer política, es claro concluir que la oposición logra imponerse sólo si los asociados se deciden a dar batalla a una administración deficiente y muchas veces con claros indicios de corrupción. De lo contrario, las gestiones —si son modestas y medianamente prolijas—, pueden llegar a sobrepasar los quince años de continuidad.

Con lo cual, también en este aspecto se está vulnerando el principio bajo análisis.

Por último, como el principio de control democrático no es solo un derecho sino también un deber, los socios deberían ejercer el control de la gestión, ya sea intimando al síndico para que lo haga o mediante los caminos que ofrece la ley, que entre otros son el de impugnación de resoluciones sociales.

Claro que para ello, la comunicación con los socios debe agudizarse y la motivación con los destinos de la sociedad tiene que surgir del accionar consecuente de los que la dirigen.

Lo que queremos mostrar con los hechos reseñados que afectan el principio del control democrático, es que de ningún modo hay una afectación del control

democrático porque la elección sea indirecta, sino que tal afectación proviene de la baja participación de los asociados y de las maniobras espurias de muchos administradores para mantenerse en el ejercicio de la gestión.

Herramientas que permitan superar la debilidad democrática de estas cooperativas serán materia de tratamiento en el Capítulo IX.

En lo que respecta al principio de autonomía e independencia, como hemos indicado anteriormente, vemos con honda preocupación la creciente injerencia de la política partidaria y de los poderes políticos sobre el gobierno de las cooperativas.

La cuestión no reside en si grupos políticos acceden al poder de una cooperativa prestadora de servicios públicos o si logran contar con apoyo de fuerzas políticas para ganar las elecciones, la cuestión es más profunda y tiene que ver con la ignorancia de los directivos sobre el deber de actuar conforme el principio en cuestión y la inmunidad en la que operan, ya que es difícil encontrar un control eficaz de los socios y demás órganos, como también es difícil encontrar acciones de responsabilidad contra directivos que violaran el interés social.

Así las cosas, es habitual encontrar que las cooperativas prestadoras de servicios públicos son víctimas de los favores que deben los administradores que accedieron al cargo. Como así también es habitual que estas entidades sean prisioneras de las negociaciones que hacen los administradores con el poder concedente o regulador para obtener, por ejemplo aumento de tarifa. Es decir, si se recibe apoyo político o público se corre el riesgo de tener que actuar en contra de los propios intereses de la entidad.

Ello se evidencia más en la última década en la Argentina, toda vez que las tarifas de los servicios públicos fueron contenidas por las políticas públicas y a los efectos de procurar mantener la ecuación económico financiera, se acudió a otorgar subsidios directos a las prestadoras de servicios públicos para que pudieran paliar el déficit de la operación.

Al mismo tiempo, la importante inflación desencadenada en la Argentina en este período, hizo que ni siquiera la inyección directa del subsidio del Estado alcanzara para cubrir los costos de la actividad.

Por ello, el aumento de las tarifas ha sido renegociado de manera permanente; sin embargo, los aumentos llegan siempre con demoras que generan que dicho incremento tarifario quede nuevamente desfasado de los costos, que siempre van detrás del reconocimiento de tarifa y del subsidio.

De tal manera que los administradores para lograr tarifa, tienen que estar en constante tensión y negociación con el poder concedente o regulador, ya que el resultado de la gestión de los directivos está en directa relación con la posibilidad de poder hacer frente a los incrementos de costos, sobre todo en lo que respecta al costo laboral cuando los gremios involucrados en los servicios públicos ejercen una fuerte presión.

Entonces en esa puja de intereses, los administradores comprometen favores personales a los políticos, llamase puestos de trabajo para familiares o círculo cercano o liberación de pago de facturas de los servicios que prestan las cooperativas para seguidores o grupo político de apoyo. También se advierte con frecuencia una importante cantidad de donaciones que hacen estas cooperativas, ya sea mediante condonación del propio servicio o asistencia directa a instituciones intermedias o personas que, en muchos de los casos, son otorgadas por el pedido que hacen los políticos.

A su vez, como habíamos indicado antes, los compromisos que deben los administradores a los grupos partidarios o sectores de la política pública por haber aportado fondos, organización y estructura en las campañas electorales (requisitos necesarios para afrontar una campaña electoral importante que involucra a una población entera), también son pagados con contratos de diverso tipo a empresas donde los políticos tienen intereses, entre otras maneras que afectan el propio objeto de la sociedad.

De tal manera que superar la injerencia de la política y de la política partidaria en la administración de estas cooperativas, no resulta simple pero si limitamos la exposición de las cooperativas a reclamar constantes reajustes de tarifa y permitimos la incorporación de otros ítems a la factura de servicio, como por ejemplo el aporte de capitalización entre otros, cuestiones que trataremos *in extenso* en el Capítulo VI, sumado a una mayor formación de los administradores en lo relativo a la necesidad y la importancia de mantener la independencia de la institución, se resguardará más eficazmente el principio de autonomía e independencia, como también el interés social.

CAPÍTULO III: Servicio Público

III.1. Introducción

El concepto de servicio público fue objeto de trascendentes debates doctrinarios y sufre una permanente adaptación de acuerdo a los momentos históricos y las condiciones políticas y sociales de cada país. La falta de consenso sobre la noción de servicio público en la mayor parte de Europa y América avala lo señalado.

La evolución del concepto de servicio público ha partido de la propia crisis de su noción y de los tres elementos que componen el universo de servicio público, que son: el fin que persigue el servicio, la persona que lo presta y el régimen que lo regula⁷⁷.

En Argentina la concepción de la noción de servicio público generó y sigue generando un acalorado debate. Desde posturas subjetivas, inspiradas en la vieja doctrina clásica francesa⁷⁸, que consideraban en nuestros primeros años patrios que

⁷⁷ La crisis o evolución del concepto, tiene fuentes en varias características superadoras de los elementos que la componen. El fin que se persigue con el servicio público, será siempre un elemento susceptible de ampliación o restricción conforme los requerimientos de cada momento histórico. En lo que respecta a la persona, la evolución está signada por la incorporación de las personas particulares como prestatarios del servicio público impropio, sin que se haya concesionado o prestado un servicio, tales como taxis o farmacias, es decir, fuera del concepto de la transferencia de funciones estatales. En lo que respecta al régimen que lo regula, la aplicación extensiva del mismo a ciertas actividades que no constituyen servicios públicos, (V.gr. Colegios profesionales), ha forzado la tradicional noción de servicio público.

⁷⁸ Sus máximos exponentes han sido Jése, Duguit, Hauriou y Bonnard, y concebían al servicio público como comprensivo de la totalidad de las funciones estatales. En este sentido, el derecho administrativo sería un conjunto de reglas relativas a los servicios públicos y la función administrativa tendría como único objeto el de organizar y funcionalizar los servicios. Para Hauriou, la Administración era “una organización pública de poderes, competencias y prácticas, que se atribuye la facultad de ofrecer al público, de manera regular y continua, un servicio inspirado en un propósito de policía, tomada ésta en el sentido elevado de la palabra”. HAURIOU, Maurice, *Derecho Administrativo*, Ed. Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenos Aires, 1951, pág. 58. En lo que respecta a Bonnard, se advierte una evolución en su concepción de servicio público, toda vez que reconoció que “los servicios públicos no absorben la totalidad de la actividad administrativa. El servicio público emplea esencialmente una intervención administrativa con relación a los particulares, tendiente a la satisfacción de necesidades públicas, o sea necesidades cuya satisfacción importa a todos. Ahora bien, algunas actividades administrativas no tienen ese objeto”. BONNARD, Roger, “Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les services publics”, en la *Revue du Droit Public*, Paris, 1925, pág. 5, en: CITARA, Rúben M., “El servicio público”, Parte 1, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1995, pág. 30.

Por su parte, en Latinoamérica encontramos como exponentes de esta escuela, a los brasileños López Meirelles y Cretella Junior, quienes entendieron que servicio público es “toda actividad que el Estado ejerce para cumplir sus fines”. LÓPEZ MEIRELLES, Hely, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. *Revista Dos Tribunais*, San Pablo, 1989, pág. 289 y sigs., y CRETELLA JUNIOR, José, “Concepto Moderno de servicio público”, en AA.VV, *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del Siglo XX*. Homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso, T. IV, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, pág. 1265 y sig.

prácticamente todo el servicio prestado por el Estado era público, hasta nociones esencialistas, que pretenden definirlo desde las características propias de la necesidad colectiva que buscan cubrir⁷⁹.

A efectos ilustrativos repasaremos la doctrina contemporánea argentina, teniendo en cuenta que, la mayoría de la misma, parte de la condición de la necesidad de que el legislador disponga la declaración de la función pública del servicio y disponga asimismo, en consecuencia, de una regulación especial. Sin embargo, algunos autores sostienen que ello no basta para abarcar la noción de servicio público, ya que deben tenerse en cuenta otros aspectos, tales como la potestad, las características del servicio y los alcances de las necesidades a cubrir, como veremos en lo sucesivo.

En la actualidad la doctrina uniformemente avala el criterio objetivo, entendiendo por tal la pauta que permite delimitar al servicio público como una “parte” de la actividad del Estado, es decir, no toda la actividad que despliega el Estado es compatible con la noción de servicio público sino aquella que efectivamente ha sido reconocida y sometida a un régimen especial por el legislador, pero algunos autores, que analizaremos en lo sucesivo, consideran que se deben tener en cuenta otros aspectos para circunscribir el espectro donde se demarca el servicio público.

a) Criterio Objetivo: esta corriente se basa en la naturaleza material de la actividad. Si bien quienes se enrolan en esta posición circunscriben la actividad encuadrada en servicio público a una parte de la actividad administrativa del Estado, quien puede, a su vez, encomendar, conceder o atribuir el ejercicio de los correspondientes cometidos a los particulares⁸⁰, se exige para el encuadramiento de la actividad en servicio público la declaración de la función pública por parte del legislador.

Exponente de esta corriente es Rafael Bielsa, quien pone de manifiesto algunos elementos fundamentales para acercarse a una noción clara de servicio público y sostiene que: i) en principio es el legislador quien debe declarar tanto la función pública, que es lo abstracto y general, como el servicio público que es lo concreto y

⁷⁹ PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Servicios Públicos, Régimen, Regulación y Organismos de Control”, en AA.VV, *Servicios Públicos y Organismos de Control*, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, pág. 8.

⁸⁰ CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, T. II, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 418.

particular; ii) Debe establecerse el concepto lato de servicio público y dentro del mismo los servicios públicos propios e impropios⁸¹.

b) Criterio Objetivo que pone énfasis en la potestad y las características del régimen: este criterio exige la declaración pública de una determinada función — mediante ley como presupuesto esencial de la configuración del servicio público— y las características propias de la necesidad colectiva a cubrir.

Fiel exponente de esta corriente es un distinguido administrativista argentino contemporáneo, Juan C. Cassagne, quien ha formulado las siguientes expresiones: “La idea objetiva de servicio público se combina con dos aspectos complementarios que permiten configurar el llamado servicio público propio a saber: a) la declaración legislativa que una actividad de prestación configura un servicio público (*publicatio*), y b) las notas que perfilan los caracteres de su régimen jurídico (regularidad, continuidad, igualdad, obligatoriedad y prerrogativas de poder público). En rigor, todo servicio público (ya sea propio o impropio) consiste en una prestación obligatoria y concreta, de naturaleza económica-social, que satisface una necesidad básica y directa del habitante (correos, transportes, electricidad, etc.)”⁸².

Contribuyen también a clarificar la noción prestigiosos autores como Pérez Hualde⁸³ y Comadira⁸⁴, que hablan del servicio público como potestad y en este sentido se indica que el “servicio público es el régimen exorbitante impuesto por el legislador, y garantizado por las autoridades, a una actividad económica determinada, sustrayéndola —en la medida necesaria— de las reglas de la libertad de mercado, con la finalidad fundada y motivada de asegurar el bien general mediante su satisfacción a la generalidad de la comunidad en ejercicio de potestades constitucionales”.

Igualmente, Daniel Nallar⁸⁵ identifica el concepto con una “técnica legal de regulación” sobre actividades de contenido económico, cuya titularidad ostenta el Estado y su gestión los particulares, destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los habitantes, regulación que permite mantener e impulsar el bien común y el desarrollo económico social de la persona humana, por lo cual deberá asegurar prestaciones de carácter obligatorio y sujeta a reglas preestablecidas.

⁸¹ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, T. I., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1955, pág. 475 y sig.

⁸² CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, T. II, Ob. Cit., pág. 423.

⁸³ PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Servicios ...”, Ob. Cit., pág. 12.

⁸⁴ COMADIRA, Julio, “El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, en AA.VV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, Ed. Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 22.

⁸⁵ NALLAR, Daniel M., *El Estado Regulador y el nuevo mercado del Servicio Público*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 64.

c) Criterio Objetivo con especial consideración de la modalidad de prestación: la posición bajo consideración pretende definir al servicio público partiendo de la declaración pública, pero poniendo especial énfasis en el tipo de prestación: material, en especie, periódica y sistemática.

En tal sentido, Sarmiento García ha conceptualizado el servicio público como “aquellas actividades encaminadas a procurar utilidades específicas a determinados habitantes (usuarios), ya que sólo en estos casos se configura la actividad como una prestación en sentido técnico...”. A su vez el autor agrega que “la actividad administrativa que constituye servicio público tiene por finalidad satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva” y esas “necesidades colectivas se satisfacen mediante prestaciones materiales, en especie, de manera periódica y sistemática”⁸⁶.

III.1.1. La noción de servicio público y la Constitución Nacional

(i) Antecedentes Constitucionales

- Constitución de 1853

La organización constitucional argentina comienza con la aprobación de la Constitución Nacional del año 1853.

Mayormente, la doctrina⁸⁷ entiende que la Carta Magna en su redacción original era de tendencia liberal pura, al igual que las constituciones coetáneas.

La Constitución de 1853 se destaca por consagrar los derechos de “primera generación”, entendidos éstos por los derechos directamente relacionados con el sujeto titular.

Los derechos de primera generación se identifican con el constitucionalismo demoliberal originario de la Constitución de 1853 y son principalmente los mencionados en el artículo 14⁸⁸.

⁸⁶ SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “Noción y elementos del servicio público”, en AA.VV, *Los Servicios Públicos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, pág.16 y 17.

⁸⁷ BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, T. IV, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, pág. 103. En el mismo sentido se ha postulado DALLA VÍA, Alberto, *Derecho Constitucional Económico*, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 55.

⁸⁸ El art. 14 de la Constitución Nacional argentina dispone: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer

En lo que respecta a los servicios públicos, la Constitución en su originaria versión contemplaba (artículo 67 inciso 16⁸⁹) el caso de “concesiones temporales de privilegio y recompensas de estímulo”. De allí se deriva el pensamiento de que bajo la redacción primigenia, esta frase era indicadora de que existía la posibilidad de otorgar tales beneficios excepcionales con el fin de conceder la prestación de servicios públicos a terceros particulares.

En este mismo orden de ideas, Ariño Ortiz⁹⁰, señala que “El viejo art. 67 inc. 16 de la Constitución Nacional (actualmente art. 75, inc. 18), no obstante la opinión de algunos, no alude a la técnica de la concesión para construir obras públicas o explotar servicios públicos, sino a la competencia del Congreso para conceder privilegios y estímulos” y, en este sentido, agrega que “no existía cláusula alguna que autorizara al Estado a realizar la gestión directa de los servicios públicos, y el derecho de ejercer actividades de naturaleza económica sólo resultaba reconocido en forma expresa a favor de los particulares (como lo prescribe el art. 14 de la Constitución Nacional)”.

- Reforma Constitucional de 1949

La Reforma de 1949 introdujo de manera manifiesta en la Carta Magna Argentina la Declaración de los Derechos del Trabajador, de la niñez, de la familia, de la ancianidad y de la educación y cultura; incluyó el derecho de huelga expresamente y la acción de *habeas corpus*. Además, incorporó el principio de que la propiedad privada, el capital y la actividad económica tienen una función social.

Esta reforma amplia de la Constitución vigente en ese entonces fue inspirada en las ideas que con gran claridad expresó Sampay⁹¹, que a su vez remiten a la

toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

⁸⁹ Art. 67 inc. 16 de la Constitución Nacional argentina antes de la Reforma de 1994 decía: “Corresponde al congreso (...) Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

⁹⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La regulación económica*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 31.

⁹¹ SAMPAY, Arturo E., *La reforma Constitucional*, Ed. Laboremus, La Plata, 1949.

Constitución Alemana de Weimar. Este protagonista del proceso político que culminó en la Convención sostenía que “El Estado, en la reforma que se propicia, (...) abandona la neutralidad liberal que, repito, es intervención a favor del poderoso”.

Sobre esta base de pensamiento, la Constitución de 1949 estatizó el capital y lo puso a disposición del Banco Central de la República Argentina. De igual modo, estatizó también el comercio exterior, la energía, los servicios públicos, etc.

La Constitución de 1949 dispuso en su artículo 40: "Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley, nacional lo determine".

Sin embargo, derrocado por entonces el Presidente, Juan Domingo Perón, por el gobierno militar que asumió el poder en el año 1955, se derogó el texto de la Reforma de 1949 y se declaró nuevamente vigente el texto de la Constitución de 1853.

- Reforma Constitucional de 1957

La Reforma Constitucional de 1957 sólo introdujo pequeñas modificaciones en el texto de 1853, pero en el artículo 14 bis, hoy vigente, reflejó el intervencionismo en boga en nuestro país por esos tiempos.

Allí se establece: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción de un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera”.

De esta manera, los derechos de segunda generación que se identifican con los derechos del constitucionalismo social, fueron incorporados por la reforma de 1957, pero todo lo relativo a los servicios públicos, consagrados en el artículo 40 de la Constitución de 1949, no tuvo acogimiento en la Reforma de 1957.

- La Constitución vigente reformada en el año 1994

La Reforma Constitucional de 1994, fue la última reforma que experimentó nuestra Carta Magna.

En su momento la oposición celebró con el Presidente Carlos Saúl Menem el llamado Pacto de Olivos⁹², sobre la base de dicho acuerdo se establecieron los puntos sujetos a reformas.

La impronta de la década de 1990 vino acompañada de una fuerte concepción liberal de la economía. De allí que la reforma constitucional, se hizo eco parcialmente de esta concepción.

La Convención Constituyente de 1994 no adhiere completamente a la corriente fuertemente liberalizadora del mercado instaurada por la Reforma política del Estado, que había privatizado sin marcos regulatorios y que pretendía despublicitar los servicios públicos, sino que el Constituyente propone una nueva impronta que es un Estado protagonista y responsable de su rol, en procura de asegurar el bienestar general y garantizar los medios necesarios para desarrollar una verdadera política en materia de servicios públicos.

La Reforma de 1994 plantea un Estado fuertemente presente en la gestión pública.

Y por ello la última parte del artículo 42⁹³ de la Constitución señala que debe establecer la legislación para que se cumplan los objetivos del precepto (protección de

⁹² En él se acordó expresamente la prohibición de introducir modificaciones a la primera parte de la Constitución, que contempla la declaración de derechos y garantías, que representan la filosofía demoliberal clásica de la Constitución, con la sola modificación del artículo 14 bis, introducida en el año 1957.

⁹³ El art. 42 de la Constitución Nacional argentina dispone: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

los consumidores, educación para el consumo, defensa de la competencia, calidad y eficiencia de los servicios públicos, entre otros), precisando los procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional.

Asimismo, dispone que se deberá prever la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en el organismo de control.

En conclusión, el Constituyente de 1994 se postula a favor de que el Estado es el titular evidente de la garantía de control de la calidad y eficacia de los servicios públicos, de la imposición de un marco regulatorio y también lo es, de la facultad de conceder privilegios (artículo 75 inciso 18 CN)⁹⁴ en caso en que fuera menester, por el carácter de las condiciones en que se desenvuelve la prestación a cumplir. La norma recepta la titularidad del Estado, no en carácter de dueño sino de titular de la facultad de determinar su creación y de la regulación del servicio público⁹⁵.

De allí que aunque la Constitución argentina ha equiparado la actividad económica entre sujetos privados y públicos, lo cual nos permite calificar al sistema económico como de economía mixta, la actuación del Estado en el rol empresarial y como prestador de servicios públicos es subsidiaria, ya que en el art. 42 al decir que “las autoridades proveerán (...) a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales o legales” dichas normas sientan las bases de la prestación privada de los servicios públicos y del Estado como garante del servicio y titular de la regulación del mismo.

III.1.2. Adopción de un concepto y delimitación de la noción

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

⁹⁴ El art. 75 inc. 18 de la Constitución Nacional argentina reza: “Corresponde al Congreso (...) proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

⁹⁵ PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Servicios...”, Ob. Cit., pág. 12.

Después de haber repasado los distintos conceptos de servicio público y el marco constitucional advertimos que no existe una definición única a la que podamos adherir, sino que compartimos elementos integrantes de ese concepto con muchos autores.

En tal sentido, compartimos el criterio objetivo, en tanto y en cuanto el servicio público se circunscribe a una parte de la actividad desarrollada por el Estado, cuya declaración pública de una determinada actividad se exige. Es decir, no toda la actividad que despliega el Estado es compatible con la noción de servicio público, sino aquella que efectivamente ha sido reconocida y sometida a un régimen especial por el legislador.

Sin embargo, el criterio objetivo, no alcanza para abarcar la noción de servicio público. Motivo por el cual, somos partícipes de que éste criterio debe ser complementado con la *publicatio*, es decir la declaración legislativa de sometimiento a un régimen público de determinada actividad y con las características propias del servicio (continuo, regular y uniforme), como así también con la particularidad de la necesidad colectiva que se busca cubrir.

En virtud de lo expresado, la noción de servicio público que más comprende el fenómeno actual de servicio público en Argentina es la siguiente: régimen exorbitante impuesto por el legislador, y garantizado por las autoridades, a una actividad económica determinada, que tiene como finalidad el interés general y que procura satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, cuyas características de prestación se destacan por ser de contenido económico, en especie, de manera periódica y sistemática.

El concepto adoptado tiene su inspiración en la noción vertida por Pérez Hualde y Comadira ya citadas previamente, a la cual adherimos, diferenciándonos en algunos aspectos que se explicarán seguidamente.

Las razones por las que se comparte esta noción parten de la premisa de conceptualizar al servicio público, como un régimen exorbitante, entendiendo por éste un régimen de derecho público que otorga una potestad, un título jurídico para el control y la regulación de las actividades que merecen dicha calificación, como única forma de asegurar su cobertura a una parte de la población, conforme lo disponga el legislador.

Dicho de otro modo, un régimen exorbitante implica que la actividad regulada por ese derecho excepcional no está regida por el derecho común o privado, sino que

se encuentra ajena a la esfera de la libertad y, por tanto, regida en virtud de la declaración pública de una determinada actividad (*publicatio*), por el derecho administrativo⁹⁶.

También compartimos con la doctrina citada, que dicho régimen regula una actividad económica; cualquier otro tipo de actividad no puede constituir servicio público bajo la normativa argentina.

Adicionalmente, coincidimos con la concepción de servicio público de Pérez Hualde y Comadira, en tanto esta doctrina funda la finalidad del servicio en el aseguramiento del interés general, siendo este concepto mucho más amplio que la propia defensa de los derechos de los consumidores o usuarios de estos servicios. El interés general es la “reunión de condiciones exteriores necesarias al conjunto de los ciudadanos”⁹⁷.

Agregamos que, más allá de que el servicio público tenga como finalidad el interés general, en concreto procura satisfacer necesidades individuales de un colectivo de personas que son los usuarios del servicio. La justificación de esta posición la desarrollaremos en el apartado (iii) de este punto.

Por último, integra el concepto de servicio público adoptado, las características de la prestación, que se destaca por ser de contenido económico, en especie, de manera periódica y sistemática. Ello equivale a decir que las necesidades individuales, de implicancias colectivas, se satisfacen mediante prestaciones materiales, en especie, periódicas y sistemáticas.

Los aspectos de la definición adoptada serán analizados en lo sucesivo.

(i) Régimen exorbitante impuesto por el legislador y garantizado por las autoridades

El servicio público “no se trata de una pura formulación positiva, sino de la expresión del legislador, responsable máximo de la función gubernativa, vinculada a la política por excelencia, que encarna las prioridades y valores de la comunidad en un momento y lugar dados”⁹⁸.

Es decir, no es un puro normativismo lo que se declama, sino que el servicio público depende en su existencia, de la presencia efectiva de un régimen público. Por lo tanto, es el legislador el único autorizado para declarar la prestación del servicio

⁹⁶ CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, T. II, Ob. Cit., pág. 419.

⁹⁷ SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Derecho Público*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 39.

⁹⁸ PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Servicios...”, Ob. Cit., pág. 9.

público, sujeto a una serie de normas, las que pueden ser dictadas por el propio legislador o ser delegadas a un órgano ejecutivo o regulador.

De tal modo que así como ocurre con el “elemento normativo”, que es esencia del concepto de dominio público, de igual modo, el referido elemento es esencial para el servicio público, porque es el legislador quien puede expresar cuáles son las necesidades, en determinada coyuntura histórica, que hacen imprescindible su sometimiento a un régimen de derecho público, como única forma de asegurar su cobertura a la generalidad o una parte de la población que ese legislador expresa⁹⁹.

La calificación de servicio público como régimen exorbitante impuesto por el legislador y garantizado por las autoridades pretende resguardar esta herramienta como determinante del bien común.

(ii) Actividad económica determinada

Compartimos con otros autores¹⁰⁰ que la actividad comprendida en el servicio público debe ser de naturaleza económica.

La naturaleza económica de la actividad está dada porque el usuario del servicio público debe abonar, como contraprestación del servicio que recibe, tanto las inversiones como los costos del mismo que se prestan mediante el pago de las tarifas que se fijen.

Es fundamental comprender que las actividades sometidas a un régimen regulatorio de servicio público en Argentina son actividades de neto contenido económico; la técnica del servicio público se limita a las prestaciones de naturaleza económica que crean o generan relaciones singulares con los habitantes, donde las inversiones se retribuyen con los ingresos provenientes de la explotación de la actividad¹⁰¹. Ingresos que se generan a través del cobro de una tarifa preestablecida por ley y regulada por la autoridad administrativa competente, en pos de evitar las distorsiones en el libre mercado y que, no obstante, deberían ser respetuosos del principio de mantenimiento de la ecuación económica-financiera de la prestación¹⁰².

⁹⁹ PÉREZ HAULDE, Alejandro, “Servicios...”, Ob. Cit., pág. 9.

¹⁰⁰ CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, T.II, Ob. Cit., pág. 427.

¹⁰¹ CASSAGNE, Juan C., “La permanencia y utilidad del servicio público como institución jurídica”, *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, II-LXX, 2013, pág. 188.

¹⁰² “La doctrina más autorizada sostiene como límite del poder de modificación unilateral del contrato por la Administración, la incolumidad de la ecuación económico-financiera del convenio. Por cierto, el principio debe funcionar tanto a favor del concesionario o licenciatario como de los usuarios.” GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, T. II, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, pág. VI-37.

Bajo estas consignas entendemos que en Argentina actividades como la defensa exterior, la seguridad interior, la justicia, la educación, la cultura, la salud pública, la previsión social, todas ellas de ineludible cumplimiento para el Estado no constituyen propiamente “servicio público”, por cuanto no conforman una actividad económica tendiente a la satisfacción de necesidades colectivas. En efecto, las actividades previamente citadas se corresponden con el servicio social que a diferencia del público “no es una actividad industrial o comercial, sino que es una actividad dirigida en forma inmediata al mejoramiento de los individuos, especialmente de aquellos que están en condiciones menos favorables; y también, a diferencia de los servicios públicos —donde la prestación es de carácter material y está constituida por la realización de un servicio o el uso de un medio técnico—, en los servicios sociales la prestación es distinta y variada. A veces se limita a la entrega de una suma de dinero (jubilación, pensión, subsidio, asignación familiar, etc.) o de cosas materiales (auxilios de ropa, comida, etc.); en otros casos consiste en el cuidado de la persona (asistencia médica, asilo para ancianos, etc.) o en el desarrollo de sus conocimientos (servicios de enseñanza, etc.)”¹⁰³.

En países como Francia¹⁰⁴ la noción de servicio público es amplia, identificándose como tal a toda actividad estatal. Por otro lado, en la Argentina¹⁰⁵ se ha tendido a clasificar a la actividad estatal según variados parámetros: la indelegabilidad y esencialidad, distintos grados de manifestación del poder de policía, según la naturaleza económica de la actividad, etc. De allí han surgido construcciones

¹⁰³ SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “Noción y...”, Ob. Cit., pág. 10.

¹⁰⁴ Considerado unánimemente como la cuna de la noción de “Servicio Público”, a partir de pronunciamientos del Consejo de Estado francés a mediados del siglo XIX y los trabajos doctrinarios de Hariou, Duguit y Jèze.

¹⁰⁵ Si bien el derecho público francés ha sido una de las principales fuentes del derecho administrativo argentino, lo cierto es que en materia de servicios públicos ha cobrado mayor fuerza la noción de las “public utilities” provenientes del derecho norteamericano (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., pág. VI-1 y sig.). En cuanto a la evolución de la noción de servicio público en Argentina, esta ha sido de lo más variada, desde posiciones intervencionistas y estatizadoras hasta criterios privatistas y desregulatorios, siempre con un mismo denominador común: el contexto político imperante. Una buena síntesis de la progresión puede observarse en: CASSAGNE, Juan C., “La permanencia...”, Ob. Cit., pág. 188.

doctrinarias¹⁰⁶ como la actividad esencial¹⁰⁷, servicio social¹⁰⁸, servicio público “impropio”¹⁰⁹, entre otros¹¹⁰.

La actividad que es abarcada por la noción de “servicio público” se vincula con la satisfacción de necesidades básicas, pero debe tratarse siempre de una actividad de naturaleza económica que tiene como finalidad el interés general y que procura satisfacer necesidades de un colectivo de personas, cuestión que deja excluido, como hemos dicho más arriba, al servicio social que presta el Estado, como la educación, la salud, etc. En estos últimos casos, a diferencia de los servicios públicos la responsabilidad por la satisfacción de las necesidades sociales recae directamente sobre el Estado.

(iii) Que tiene como finalidad el interés general y procura satisfacer necesidades de un colectivo de personas

Para la mayoría de la doctrina la finalidad de asegurar el interés general o bien general es requisito ineludible para que se constituya un servicio público. Así el servicio público tiene como finalidad el interés general, es decir el bien de todas las personas sin discriminación de minorías, sin perjuicio de que en particular se procure satisfacer a un colectivo de personas que son los usuarios del servicio.

El Concilio Vaticano II ha declarado que “el bien común abarca el conjunto de aquellas condiciones de la vida social con las cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr con mayor plenitud y facilidad su propia perfección”.

Por su parte, la doctrina legal ha definido el término “bien común” o “interés general” como “reunión de condiciones exteriores necesarias al conjunto de los ciudadanos”¹¹¹, noción que es mucho más amplia que la propia defensa de los derechos de los consumidores/usuarios de estos servicios públicos¹¹².

¹⁰⁶ Una síntesis de ellas puede verse en: SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “Noción y...”, Ob. Cit., págs. 6 a 18.

¹⁰⁷ Actividades intrínsecas, indelegables y monopólicas llevadas a cabo por el Estado.

¹⁰⁸ Actividades de prestación pública sin contenido comercial con fines de beneficencia social (educación pública, salud pública, seguridad social, etc.) puede coexistir con prestaciones privadas sujetas a autorización estatal.

¹⁰⁹ Actividades de prestación esencialmente privada, de contenido industrial y/o económico, con fuerte regulación estatal (transporte público, actividad farmacéutica, etc.).

¹¹⁰ Actividades privadas del sector público, actividad de fomento, etc. Lo que se quiere mostrar es el grado de atomización conceptual de la actividad del Estado en la República Argentina, entre los cuales se encuentra la noción de servicio público, con los alcances que se intentan describir en el presente apartado.

¹¹¹ SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Derecho Público*, Ob. Cit., pág. 39. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “el ‘bien común’ no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aun lo que la mayoría considere ‘común’ excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas” (consid.

Sin perjuicio de que la mayoría de los autores adscriben al elemento del “interés general o bien común” como condición de la constitución del servicio, creemos que ese elemento no es suficiente si no que hay que tener presente que lo que se procura satisfacer a través del servicio público son necesidades de un colectivo de personas.

El concepto de un colectivo de personas refiere al de una necesidad sentida por una porción apreciable del respectivo conglomerado de personas.

Es menester distinguir que la finalidad del servicio público es el “interés general o bien común”, mientras que lo se busca satisfacer a través del servicio público son necesidades de un colectivo de personas, que son los usuarios de dicho servicio.

El primero es una suma de elementos homogéneos¹¹³ destinado a un colectivo indeterminado de personas, mientras el segundo representa la satisfacción de una necesidad heterogénea y concreta satisfecha mediante una relación individual (Estado/Concesionario por un lado, usuario por el otro) que, no obstante ello, debe cubrirse a una porción apreciable de personas, constituyendo un colectivo determinado.

En este sentido, la salud, la educación, la vivienda, entre otros, son postulados universales que conforman el bien común y el interés general y que hoy en día han alcanzado un grado de protección notable con la evolución de los DESC¹¹⁴. Ahora bien, el servicio público requiere para su caracterización no solo procurar la finalidad del interés general (interés que excede a los de los usuarios/consumidores) sino también satisfacer una necesidad heterogénea de un colectivo de personas que puede no ser compartida por la totalidad de las mismas¹¹⁵. No hay lugar a dudas de que a través del suministro de energía eléctrica en una ciudad se está de forma indirecta fomentando la salud, la educación y la vivienda digna; ahora bien, el contenido

15); de allí que se reafirme el carácter amplio y programático de la noción la cual apunta a un funcionamiento plural (consid. 18) sistematizado (consid. 15) y pacífico (consid. 19) de la sociedad toda. Conf. CSJN, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti y Transexual c/ Inspección General de Justicia”, fallos 329:5266, del 21/11/2006.

¹¹² MARTINEZ DE VEDIA, Rodolfo, *Los servicios públicos nacionales (situación actual)*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2010, pág. 15.

¹¹³ Conf. BIELSA, Rafael, *Compendio de Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Rosario, 1960, pág. 164.

¹¹⁴ Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentes en numerosas reformas constitucionales pero por sobre todo en un gran número de instrumentos internacionales de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo).

¹¹⁵ SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “Noción y...”, Ob. Cit., pág. 16.

económico del que ya hablamos, las limitaciones al concesionario y las garantías constitucionales establecidas en el art. 42¹¹⁶ de la Constitución Nacional se apoyan necesariamente en precisiones acerca del número e identidad de los ciudadanos y usuarios de una determinada colectividad asentada en un determinado espacio geográfico que efectivamente requieren de los servicios.

De allí que el servicio público debe responder también a satisfacer necesidades concretas de un colectivo de personas, entendiendo una porción importante de personas en el seno de una comunidad, no de la totalidad, en relación con el respectivo conglomerado.

(iv) Cuyas características de prestación se destacan por ser de contenido económico, en especie, de manera periódica y sistemática

Las necesidades colectivas se satisfacen mediante prestaciones materiales, en especie, periódicas y sistemáticas¹¹⁷.

La satisfacción de tales prestaciones materiales encuadrables en el concepto de servicio público exige los siguientes recaudos:

- ✓ Que la prestación sea de carácter material.

Ello significa que la prestación está corporizada en un servicio o en el uso de un medio técnico.

- ✓ Debe tratarse de prestaciones en especie, ya sea de actividades o de bienes.

La prestación debe ser en bienes o actividades y no en dinero.

- ✓ Las prestaciones no deben ser puntuales sino continuadas en el tiempo.

La prestación debe ser periódica y continuada en el tiempo.

¹¹⁶ El Art. 42 de la Constitución Nacional fue transcripto en nota N° 93.

¹¹⁷ SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "Noción y...", Ob. Cit., pág. 17.

✓ El servicio debe ser el eje de la relación jurídica y la prestación debe darla el Estado o la persona concesionaria, a la que el Estado le ha concesionado la prestación.

Este último recaudo implica que la noción de servicio debe ser desligado de quien lo preste; la prestación directa o indirecta no altera el ejercicio de la facultad, de su determinación y consecuentemente del control de su efectiva realización y, por lo tanto, el concepto de servicio público es ajeno a la concepción subjetiva de quien lo preste.

III.2. La titularidad de los servicios públicos y los sistemas de prestación

El concepto de servicio público que abrazamos también nos conduce a posicionarnos en el alcance de la noción de la titularidad del mismo.

Como se ha indicado precedentemente, el principio de libertad de empresa se encuentra consagrado en nuestra Carta Fundamental desde su origen derivado de las normas que contemplan la libertad de trabajar y ejercer industria lícita, comerciar y de asociarse, como también la libre circulación de personas, bienes y mercaderías y el de libre participación.

El principio de libertad de empresa va de la mano del principio de subsidiariedad, que se deriva de nuestra Constitución Nacional, de la interpretación del artículo 75 inciso 18¹¹⁸ y a través de cual se veda al Estado realizar todo lo que los particulares puedan hacer sin su intervención.

En este sentido, Pedro Frías¹¹⁹ ha expresado que el principio de subsidiariedad está implícito para aconsejar al Estado no emprender sino lo que excede a los individuos y grupos sociales, y que las autoridades superiores no deben hacer lo que pueden hacer bien las autoridades inferiores.

Por lo tanto, conforme a la Constitución Nacional argentina no se concibe que sea el Estado el titular de la prestación comercial del servicio público, sino que es la

¹¹⁸ El Art. 75 inc. 18 de la Constitución Nacional argentina fue transcrito en la Nota N° 94.

¹¹⁹ FRÍAS, Pedro, "La recepción en el derecho provincial", en *Seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional (1989-1991)*, Ed. Academia Nacional de Ciencias Económicas, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1994, pág. 29.

empresa privada la que resulta llamada a dar respuesta a esa prestación y excepcionalmente será el Estado el que deba cumplirla¹²⁰.

En apoyo a esta posición, pero tomando otro fundamento como sustento del principio de subsidiaridad, el distinguido profesor argentino Juan Carlos Cassagne ha señalado que en el art. 42 de la Carta fundamental subyace el modelo de gestión privada de los servicios públicos, ya que la segunda parte de la mencionada cláusula legal consagra a cargo de las autoridades, el deber de proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales, normas que, obviamente, tienen como destinatarias a las empresas privadas prestadoras de las respectivas actividades que pueden configurar o no servicios públicos¹²¹.

Con esta introducción y con el concepto de servicio público que adoptamos, divorciado de quien lo presta, somos partidarios de que el Estado no es el titular del servicio público, como tampoco estamos de acuerdo con alguna doctrina que divide la prestación en “directa”, es decir, llevada a cabo por el Estado, o en “indirecta” cuando el servicio es explotado por un privado¹²².

Por el contrario, compartimos con algunos autores¹²³ que el aseguramiento del servicio público es función del Estado, pero ello no equivale a sostener que el servicio público es de titularidad del Estado.

Es decir, el Estado puede brindar un servicio público, pero no significa que sea el titular del mismo, sino que es quien debe velar porque tal servicio se brinde en beneficio de la comunidad¹²⁴.

En la actualidad nadie niega que el sector público puede intervenir en la economía de diferentes maneras, ya sea mediante una vertiente empresarial de la actuación pública, como reservarse sectores de la economía, como así también mediante la regulación y planificación. Sin embargo, la actuación del Estado en el rol empresarial y como prestador de servicios públicos es excepcional (ello a pesar del

¹²⁰ PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Servicios...”, Ob. Cit., pág. 12.

¹²¹ CASSAGNE, Juan C., *Curso de derecho administrativo*, T. II., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 182.

¹²² CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, T. II, Ob. Cit., pág. 438.

¹²³ PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Servicios...”, Ob. Cit., pág. 12.

¹²⁴ En contra de esta posición se encuentra: NALLAR, Daniel, *El Estado...*, Ob. Cit., pág. 68. Allí sostiene que determinadas actividades son de titularidad estatal y señala que “Podríamos decir que por lógica deductiva se llega a su naturaleza estatal: si una actividad es instrumento esencial de concreción del bien común, y el bien común es causa final que orienta e impulsa la actividad estatal, esa actividad es de su titularidad. Todo lo cual, no implica, por supuesto, que el Estado deba gestionarla directamente, sino todo lo contrario”.

intervencionismo reinante en la Argentina de hoy) y subsidiario, más bien el Estado, como se reitera, es titular del deber y la responsabilidad de asegurar la prestación de los servicios en las condiciones de regularidad y obligatoriedad.

No compartimos la terminología “prestación indirecta” en tanto no es el Estado en forma indirecta quien está prestando el servicio que explota el sector privado, sino que lo hace por sí, es decir, por sus propios medios y por derecho propio, en virtud de un contrato, pero por delegación de los privilegios del propio Estado que los concesionó para los fines esenciales del servicio público que brinda¹²⁵.

Esta posición es coherente con la noción de servicio público que abrazamos, toda vez que si partimos de la base de que su concepto debe ser aislado de quien lo preste, llegamos a la conclusión de que el servicio público no implica la estatización de la cobertura, sino el ejercicio de la responsabilidad de su determinación y el control de la misma.

En cambio, si partimos de un concepto de servicio público subjetivo, entendiendo que en todos los casos es el Estado el titular y el prestador por excelencia del mismo, se llega a la conclusión de que el Estado lo puede hacer de manera directa o indirecta, conforme sea prestado por él mismo o por un concesionario, cuestión que no compartimos.

Cabe resaltar también que el sector privado en la prestación del servicio actúa por sí y lo hace en mérito de un contrato o título habilitante, y desempeñando prerrogativas que le fueron concedidas temporariamente.

Y siendo consecuentes con nuestra posición, no compartimos tampoco con la doctrina que habla de gestión o prestación directa, cuando es el Estado el que presta el servicio a través de: a) persona pública estatal o entidad descentralizada, incluidas las empresas del Estado; b) sociedades del Estado; c) sociedades anónimas de participación mayoritaria estatal; d) sociedades de economía mixta o sociedad anónima común (cuando el Estado tuviera la mayoría de la entidad).

Por todo ello, insistimos en que la responsabilidad del Estado es la de asegurar el servicio público y esa responsabilidad tiene característica bifronte, ya que si bien es una obligación del Estado proveerlo, también es una facultad indelegable que se ejerce tanto a la hora de asegurar la prestación del servicio, como a la hora de ejercer el control y la regulación de la actividad que revista esa calificación y que, en forma, subsidiaria deberá ser gestionada por el Estado.

¹²⁵ Conf. PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Servicios...”, Ob. Cit., pág. 14.

III.3. Prestaciones que están alcanzadas por la noción de servicio público en Argentina

A la luz de la posición sentada en este capítulo sobre el alcance de la noción contemporánea de servicio público, es de destacar que no resulta un ejercicio sencillo precisar las actividades que en la Argentina revisten la calidad de servicio público. Ello pues, en determinados casos, la declaración legislativa o *publicatio* no aparece expresada en términos inequívocos, o desarrollado de manera completa y central en los distintos regímenes regulatorios de las actividades económicas. En otros supuestos, las cualidades que se destacan de forma objetiva al servicio público aparecen atemperadas o incompletas, dando lugar a cuestionamientos atendibles acerca de su pertenencia a aquel régimen especial, llevando a admitirlos como actividades con una fuerte regulación de policía.

Así las cosas, a nivel nacional en la Argentina la ley ha declarado como servicio público a las siguientes actividades: el transporte y la distribución de gas¹²⁶, el transporte y la distribución de electricidad¹²⁷, la provisión de agua potable y la operación de sistemas de desagües cloacales mediante convenio tripartito Estado Nacional-Provincia de Buenos Aires-Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹²⁸, el transporte ferroviario¹²⁹ y la telefonía fija¹³⁰.

A nivel local (provincial y/o municipal), además de replicarse el mismo fenómeno en materia de distribución de energía eléctrica y servicio de aguas y desagües, se le acuerda el rótulo de servicio público a la recolección de residuos domiciliarios¹³¹.

Tradicionalmente, no son considerados bajo el concepto *strictu sensu* de servicio público, más han sido denominados con frecuencia como servicio público

¹²⁶ Conf. art. 1° de la Ley N° 24.076.

¹²⁷ Conf. art. 1° de la Ley N° 24.065.

¹²⁸ Convenio aprobado por Ley Marco Regulatorio N° 26.221.

¹²⁹ Conf. Decreto N° 1.141/91 y Ley N° 2.873.

¹³⁰ Conf. Ley Nacional N° 27.078 Argentina Digital, artículo 54 y conf. las normas que persisten vigentes de la Ley Nacional de Telecomunicaciones N° 19.798, de acuerdo al artículo 89 de la Ley Argentina Digital. La desregulación del sector que se produjo con posterioridad estableció que las licenciatarias tienen el derecho a fijar libremente precios, salvo cuando no hubiera una competencia efectiva en un determinado servicio o en una determinada área, supuesto en el cual aquéllas deben respetar las tarifas máximas, conf. Decreto N° 764/2000.

¹³¹ Conf. Leyes N° 210, 992 y N° 4.120 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

impropio o actividades de interés público: los servicios de correo¹³²; el transporte automotor de pasajeros, en su variable interjurisdiccional¹³³ y urbano¹³⁴ y el transporte aéreo de pasajeros¹³⁵, entre otros.

III.4. Servicios públicos que son prestados por las cooperativas bajo estudio.
Características de la prestación: ¿en competencia o en monopolio?

Como hemos indicado al inicio de este trabajo las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina son multiactivas, es decir, brindan múltiples servicios.

Ahora bien, las actividades que desarrollan estas cooperativas que se encuentran alcanzadas por la noción de servicio público son las siguientes: administración, saneamiento y distribución de agua, distribución domiciliaria de energía, gas y telefonía.

Analizaremos si estas actividades son prestadas bajo un régimen de monopolio o de competencia.

A estos efectos, debemos partir de la premisa de que el Estado puede disponer que el servicio público se preste en monopolio. Esta facultad surge del art. 75 inc. 18¹³⁶ como una de las atribuciones del Congreso Nacional. Normativas similares están insertas en las Constituciones provinciales.

El sistema de monopolio sólo constituye una técnica o una forma de prestación impuesta únicamente respecto de ciertos servicios públicos, donde normalmente las condiciones de prestación o las condiciones económicas ameritan que así se otorgue la facultad de explotación del servicio.

Cierta doctrina¹³⁷ considera que cuando no existe libre concurrencia pues para explotar los servicios se requiere concesión, se debe hablar no de monopolio sino de exclusividad. Ello significa que, por ejemplo en el caso del suministro de energía, la cláusula de exclusividad inhabilita el otorgamiento de nuevas concesiones, pero no impide que los particulares puedan generar energía para su propio consumo.

¹³² Conf. Ley de Correos N° 20.216, con las reformas estructurales previstas en los Decretos N° 1.187/93 (desmonopolización y apertura al mercado), Decreto N° 265/1997 (privatización ente nacional) y Decreto N° 721/2004 (creación del servicio oficial de correo).

¹³³ De acuerdo a Decreto N° 958/92.

¹³⁴ De conformidad con Decreto N° 656/1994.

¹³⁵ Regido por Ley N° 19.030.

¹³⁶ El art. 75 inc. 18 de la Constitución Nacional argentina fue transcrito en la Nota N° 94.

¹³⁷ SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión de servicio público*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pág. 115.

Más allá de la distinción referenciada entre monopolio y exclusividad, lo cierto es que la noción de servicio público en Argentina no depende de las condiciones de prestación del servicio y, por lo tanto, no sirve para caracterizar al servicio público, como hemos visto en el desarrollo de este capítulo. Además, la condición de monopolio puede modificarse o desaparecer con el correr del tiempo¹³⁸ y en nada va a alterar el carácter de servicio público.

De igual modo, la gestión del servicio público puede efectuarse en condiciones de competitividad, de iniciativa empresaria, con imaginación y riesgo, con usuarios que deben ser considerados clientes y ello no modifica un ápice la noción de servicio público.

En la Argentina se habla de régimen de servicio público y de régimen de licencia, como correlato de la gestión monopólica o en competencia de las actividades esenciales.

“Conforme esa caracterización, la figura de la licencia quedaría restringida a aquellas actividades o industrias totalmente desreguladas y la concesión configuraría una modalidad de tipo residual, aplicable en todos aquellos casos en que el servicio continúe siendo ejecutado en condiciones de monopolio o privilegio, total o parcial.”¹³⁹

Las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina, gestionan los servicios públicos, en muchos de los casos de manera monopólica, en la medida que éstas, como se dijo en el primer capítulo, tienen a su cargo mayormente la distribución domiciliaria de energía, gas y agua potable¹⁴⁰. Es decir, existen elementos de monopolio natural en tanto el acceso a las redes es restringido¹⁴¹ y la tecnología existente no permite que varios prestadores accedan a las mismas.

¹³⁸ ESCOLA, Héctor J., *Compendio de Derecho Administrativo*, V. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, pág. 425.

¹³⁹ CICERO, Nidia K., *Servicios Públicos, Control y Protección*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 48.

¹⁴⁰ Los distintos marcos regulatorios impusieron el carácter de monopolio por 35 años para el transporte y la distribución de la energía, el transporte y distribución de gas y la prestación agua y cloacas. Por su parte, el marco regulatorio de telefonía básica dispuso al momento de la privatización la división del país en dos partes y la prestación monopólica de cada una de las prestadoras, en cada una de las jurisdicciones por 10 años, plazo que ya se encuentra vencido.

¹⁴¹ Amén de lo señalado, cabe indicar que en general las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina son dueñas de las redes de distribución, en la medida que tanto la construcción como la ampliación de las redes siempre estuvo a cargo de las propias entidades cooperativas, sin que el Estado haya en general procedido a aportar inversión para la construcción del sistema de distribución, ni tampoco haya procedido a expropiar las redes.

En caso de que la cooperativa preste el servicio de telefonía fija, como esta actividad se encuentra en la actualidad desregulada y en condiciones de concurrencia, el monopolio o la exclusividad zonal no son aplicables.

III.5. Otros servicios prestados por las cooperativas bajo estudio

Como ya hemos indicado previamente, es muy usual encontrarnos a lo largo y a lo ancho de la Argentina con cooperativas que exhiben una multiplicidad de objetos sociales. Ello guarda una estrecha relación con el nacimiento y desenvolvimiento del cooperativismo en las zonas más postergadas del país, donde la oferta de servicios de toda índole era (y aún hoy día es) escasa y fragmentada.

De este modo numerosas cooperativas, además de brindar servicios públicos, también extienden a sus asociados otros tipos de servicios tales como enfermería, sepelio, televisión por cable, provisión de internet, entre otros.

A manera de ejemplo, dan testimonio de la prestación de estos servicios las siguientes cooperativas, escogidas entre tres provincias:

(i) Provincia de La Pampa: Cooperativa de Agua Potable y otros Servicios Públicos de Doblas Ltda. (servicio eléctrico, agua tratada, televisión por cable, sepelio y apicultura); Cooperativa de Servicios Públicos de General Acha Ltda. (servicio eléctrico, agua potable, internet, sepelio, biblioteca, farmacia, enfermería, apicultura y estación de GNC); Cooperativa Popular de Electricidad, Obras y Servicios Públicos de Santa Rosa Ltda. (servicio eléctrico, telefonía fija y móvil, internet, sepelio, biblioteca, ortopedia, enfermería, artículos para el hogar, seguros, fábrica de columnas, planta de gas).

(ii) Provincia de Córdoba: Cooperativa de Servicios Públicos de Colonia Caroya y Jesús María Ltda. (servicio eléctrico, agua potable, telefonía fija y móvil, internet, banco de sangre, obra social, sepelio, ortopedia, ambulancias); Cooperativa de Electricidad y Servicios Públicos Arroyito Ltda. (servicio eléctrico, agua potable y redes cloacales, gas, telefonía fija y móvil, internet, banco de sangre, sepelio, ortopedia, ambulancias, televisión por cable y digital, televisión canal 3 de Arroyito).

(iii) Provincia de Buenos Aires: Cooperativa Limitada de Electricidad Rural y Servicios Anexos de Adolfo Alsina (agua potable de red, aula satelital, construcción de obras civiles, distribución de electricidad, sepelio, servicio de hidrogrúa); Cooperativa de Provisión de Servicios Eléctricos y otros Servicios Públicos y de

Crédito y Vivienda de Iriarte Ltda. (distribución de electricidad, internet, odontología, sepelio, telefonía fija, televisión por cable); Cooperativa de Provisión de Electricidad, Servicios Públicos, Vivienda y Crédito de Mar del Plata Ltda. (biblioteca, centro cultural, construcción de viviendas, créditos, distribución de electricidad, museo, turismo); Cooperativa Limitada de Consumo de Electricidad y Servicios Anexos de Olavarría (agua potable de red, aula satelital, cloaca, distribución de electricidad, distribución de gas a granel, internet); Cooperativa Eléctrica de Pehuajó Ltda. (ambulancia de traslados, construcción de asfalto, distribución de electricidad, enfermería, fabrica de columnas y premoldeados, nichos en cementerio, sepelio); Cooperativa Eléctrica de Tres Algarrobos Ltda. (agua de mesa envasada, agua potable de red, construcción de viviendas, distribución de electricidad, fábrica de columnas y premoldeados, internet, nichos en cementerio, salón comunitario, seguro colectivo familiar, sepelio, telefonía fija, televisión por cable).

III. 6. Consideraciones finales

Como se dijo al introducir este capítulo, la idea de abordar la noción, titularidad y los sistemas de prestación de los servicios públicos tiene como objetivo encuadrar los servicios que prestan estas cooperativas y determinar cuáles de éstos están alcanzados por el universo del régimen administrativo que importa el servicio público.

Como advertimos al inicio de este trabajo las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina desarrollan múltiples actividades. De allí la importancia de delimitar el alcance de la actividad encuadrable en servicio público.

Así, teniendo a la vista que el servicio público es un régimen exorbitante impuesto por el legislador, y garantizado por las autoridades, a una actividad económica determinada, que tiene como finalidad el interés general y procurar satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, cuyas características de prestación se destacan por ser de contenido económico, en especie, de manera periódica y sistemática, la prestación de servicios por parte de las cooperativas tales como: educación, enfermería, funeraria, préstamos, vivienda, entre otros, no son encuadrables dentro del paraguas de la noción de servicio público.

Fundamento de ello es que como el servicio público es una expresión del legislador, tales actividades no están abarcadas por éste. Pero además, estas actividades no reportan carácter obligatorio para el prestador, no procuran satisfacer necesidades básicas y las prestaciones no se satisfacen mediante prestaciones materiales, en especie, periódicas y sistemáticas. Es evidente que el requisito que las prestaciones deben ser continuadas en el tiempo (no puntuales) hace que el servicio fúnebre, la vivienda, los préstamos, etc., no puedan estar alcanzados por la noción de servicio público.

En cambio, la administración de agua potable y el saneamiento de agua, la distribución de energía, gas, telefonía, no existe duda alguna de que están alcanzados por el concepto de servicio público, con todas las implicancias que esto trae aparejado en relación con el régimen aplicable.

Si bien la noción de servicio público en Argentina no depende de las condiciones de prestación del servicio, ni de la distinción de que la prestación sea de manera monopólica o en competencia, vale aclarar que las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina gestionan dichos servicios en muchos de los casos de manera monopólica, en la medida que estas entidades tienen a su cargo mayormente la distribución domiciliaria de energía, gas y agua potable.

Asimismo, corresponde recordar que el concepto de servicio público que adoptamos, divorciado de quien lo presta, nos permite concluir que el Estado no es el titular del servicio público, sino que es función del Estado asegurar la prestación del mismo. El Estado puede brindar un servicio público, pero no significa que éste sea el dueño de tal titularidad, sino que es quien debe velar porque tal servicio se brinde en beneficio de la comunidad.

Es por ello que en el Capítulo VI trataremos en particular sólo los servicios que prestan estas cooperativas, que se encuadran en el carácter de servicio público, en especial trataremos la regulación de la actividad, la competencia regulatoria y la problemática que se deriva de estos temas.

CAPÍTULO IV: Naturaleza de las cooperativas prestadoras de servicios públicos. Los principios como determinantes de la naturaleza

IV. 1. Introducción

El encuadramiento de la persona cooperativa prestadora de servicios públicos ha generado un profuso debate en la Argentina.

Destacados doctrinarios pertenecientes a la rama del derecho administrativo se han pronunciado por la condición de personas jurídicas públicas no estatales de estas cooperativas.

Así encontramos a Patricia R. Martínez¹⁴² que sostiene “La cooperativa pública integra el cuadro de personas públicas no estatales, nacidas del acuerdo entre particulares, a quienes se les ha transferido el ejercicio de función administrativa materializado en la prestación de servicios públicos, fundamentalmente (...) En función de lo transcrito es que afirmamos la necesidad del reconocimiento jurídico de los entes públicos locales, vgr. cooperativas públicas (...); a nivel de las leyes orgánicas municipales, para que estos entes autoadministren sus propios intereses, intereses sectoriales encaminados hacia el bien común que tutela soberanamente el Estado”.

Frediani, Branda, Sesin e Ingaramo sostienen que “Dentro de las personas públicas no estatales encontramos las cooperativas de servicios públicos (...) surge por contrato o acto constitutivo privado, pero se encuentran vinculadas con el Estado mediante una relación jurídica (la concesión de la prestación de un servicio público), que les otorga la potestad de percibir contribuciones a cargo de los usuarios tales como tarifas, canon, tasas, etc.”¹⁴³.

Dromi es categórico al indicar que “las cooperativas prestadoras de servicios quedan comprendidas dentro del ámbito de las *personas públicas no estatales; ejercen función administrativa, mediante la prestación de un determinado servicio*” y agrega que la cooperativa es “un modelo de organización económica, constituida por una asociación de usuarios-beneficiarios, que tiene por fin la gestión de servicios. Es un ente de autoadministración de intereses propios gestionados directamente..., que tiene

¹⁴² En este sentido se pronuncia la autora de referencia, ver en: MARTÍNEZ, Patricia R., “Consortios y Cooperativas públicas locales”, *Jurisprudencia Argentina*, 1986-I, pág. 760.

¹⁴³ FREDIANI, Ramón, BRANDA, Luis, SESIN, Domingo, INGARAMO Eduardo, *Transferencia...*, Ob. Cit., pág. 60.

concedidas potestades o facultades de poder público. Se trata, pues, de un ente empresario público prestacional, sometido a un régimen especial de derecho público, cuya principal finalidad es una prestación pública, es decir, la gestión de los llamados servicios públicos”¹⁴⁴.

Por su parte, Cassagne considera que “la cooperativa, por principio o regla general, constituye una entidad de naturaleza privada”, sin embargo considera que podría ser persona pública no estatal “cuando la asignación de potestades y atribuciones del poder público forme parte de los fines de la entidad (...) (si los asociados son particulares) y estatal (si son personas jurídicas públicas estatales)”¹⁴⁵.

En una posición intermedia entre persona pública y privada encontramos a Farrés, que encuadra a estas cooperativas como personas comunitarias. Así indica que “Las cooperativas de servicios públicos o aquellas que posean una sección que contenga este objeto no son entes públicos no estatales necesariamente, sino que eventualmente pueden ser comprendidas como una tercera categoría con rasgos distintivos propios, que podrían denominarse ‘personas jurídicas comunitarias’”¹⁴⁶.

Por la condición de persona privada de las cooperativas bajo estudio se postulan destacados especialistas en derecho cooperativo tales como Cracogna y Bertossi. El primero de ellos señala que “Las cooperativas son sujetos de Derecho privado, aunque

¹⁴⁴ DROMI, José R., *Manual de ...*, T. I, Ob. Cit., pág. 469 y 470.

¹⁴⁵ CASSAGNE, Juan C., “La condición jurídica de las cooperativas prestatarias de servicios públicos”, en AA.VV., *Cooperativas de servicios públicos*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1987, pág. 40 y sig.

¹⁴⁶ FARRÉS, Pablo, *Cooperativas de vivienda*, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 309. La mencionada posición es aislada en la doctrina y sostiene que los institutos de derecho administrativo clásico o del Estado de bienestar no resultan idóneos para vislumbrar la naturaleza propia de la cooperativa de servicios públicos. En este sentido, se sostiene que el derecho administrativo del desarrollo humano encuentra herramientas correspondientes al sustrato constitucional en nuestro país. El autor agrega que existen técnicas especiales de implementación del desarrollo armónico, de promoción de las denominadas ONG, mutuales, cooperativas, asociaciones de defensa de comunidades, en la búsqueda de un reparto solidario mediante un contacto humano directo, junto con la planificación territorial y regional. Por ello, esta corriente parte de la idea que la distinción entre personas jurídicas privadas y públicas (estatales y no estatales) resulta insuficiente para abarcar a las cooperativas prestadoras de servicios públicos. En contraposición a ello encuadra a este tipo de entidades como “personas jurídicas comunitarias”.

Nosotros consideramos que la mencionada categoría “persona comunitaria” no tiene sustento en el marco legal argentino. El análisis de las categorías y la distinción entre personas públicas y privadas nace del propio Código Civil (cuestión que continúa vigente en el nuevo Código Civil y Comercial) y de allí que nos hemos enrolado en uno de los supuestos. La sustentabilidad de esta posición sobre la base del derecho administrativo del desarrollo humano y su supuesto origen constitucional no convence. Compartimos que la reforma Constitucional Argentina del año 1994 introdujo los derechos de tercera categoría y, por tanto, el concepto del “desarrollo armónico”, y que a tales efectos pueden entenderse promovidas las denominadas ONG, mutuales, cooperativas, asociaciones de defensa de comunidades, en la búsqueda de un reparto solidario mediante un contacto humano directo, junto con la planificación territorial y regional. Sin embargo, ello no da pie para derivar de la consagración constitucional del “desarrollo armónico”, una nueva categoría de persona, como es la “persona comunitaria”, que el autor defiende.

presten un servicio público propio mediante concesión. Esa circunstancia no implica “publicizar” la cooperativa, aunque ella quede sujeta a las normas del Derecho Administrativo que regulan la concesión¹⁴⁷”; mientras que Bertossi considera que “las Cooperativas de Servicios Públicos no son personas jurídicas de carácter público sino que, en realidad, desempeñan una actuación pública, un cometido, autoorganizadas por individuos que en un conjunto difuso modificable conforman ‘el público’”¹⁴⁸.

Por la gran atracción que ha provocado en la doctrina el tema de la naturaleza y las consecuencias que de ello se derivan nos abocaremos a su análisis.

El preguntarse por la naturaleza jurídica de una institución persigue procurar resolver los casos cuya solución no puede extraerse en forma directa de las normas del sistema. Las soluciones a los casos concretos pueden ser resueltas de las normas del sistema, en la medida que podamos integrar a éstas con la captación de la naturaleza jurídica que las propias normas diseñan¹⁴⁹.

La expresión “naturaleza jurídica” es difícil de definir y ha sido materia muy opinable en doctrina.

La ciencia del derecho pone en tela de juicio la actividad misma de la búsqueda de la naturaleza jurídica. Sin embargo, si el problema de determinar la naturaleza jurídica carece de sentido, entonces serían efectivamente estériles los varios siglos de discusiones al respecto¹⁵⁰.

Así, el jurista alemán Heck, que es el gran crítico del conceptualismo, indica que no cree que la cuestión sea estéril; por el contrario, advierte que no debe ser olvidado, sin embargo, que todas estas investigaciones perseguían fines altamente prácticos, desde que era la definición correcta lo que se esperaba daría la solución a todas las cuestiones jurídicas posibles¹⁵¹.

El derecho es un sistema, en tanto las relaciones entre normas se constituyen en relaciones de supra, sub y coordinación entre conceptos. Estos conceptos así conectados se comportan como clases.

Así a través de este juego de relaciones se consigue establecer una relación de superioridad e inferioridad, o de generalidad a especialidad, entre los conceptos, una

¹⁴⁷ CRACOGNA, Dante, “Naturaleza y régimen jurídico de las cooperativas de servicios públicos”, en AA.VV., *Cooperativas de servicios públicos*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1987, pág. 53.

¹⁴⁸ BERTOSI, Roberto F., *Servicios Públicos...*, Ob. Cit., pág. 44.

¹⁴⁹ CARRIÓ, Genaro, R, Prólogo a la obra perteneciente a LE PERA, Sergio, *La Naturaleza Jurídica*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971, pág. 18.

¹⁵⁰ LE PERA, Sergio, *La Naturaleza...*, Ob. Cit., pág. 68.

¹⁵¹ HECK, “Interessen Jurisprudenz”, cuya traducción inglesa es incluida en *The Jurisprudence of interests*, pág. 46, citado en la obra de LE PERA, Sergio, *La Naturaleza...*, Ob. Cit., pág. 72.

vez que esta relación queda determinada son aplicables a la especie (concepto inferior) todos los atributos del género (concepto superior)¹⁵².

Característica de esta técnica consiste en establecer reglas en cada nivel de este despliegue descendente con la pretensión que ella funcione en todos los escalones inferiores.

En cada uno de estos estratos se encuentran preceptos que se disponen sean aplicados a todas las subclases (conceptos) subordinados o dependientes.

De tal manera que estas conexiones o enganches entre conceptos de distinto nivel es lo que se conoce como determinar su naturaleza jurídica¹⁵³.

De allí que nuestro objetivo es desentrañar si las cooperativas de servicios públicos entendidas como organizaciones de personas que tienen por objeto brindarse y abastecerse el suministro de uno o varios servicios básicos que se caracterizan por ser de interés general y procuran satisfacer necesidades individuales a través de una empresa democráticamente gobernada, son personas privadas, públicas o públicas no estatales; a su vez, si fueran privadas determinar si las mismas pueden encuadrarse dentro del concepto de asociación o sociedad o como tercer género y, en función de adherir a alguna de esas clasificaciones, determinar las consecuencias que las normas de derecho positivo enlazan.

Determinar la naturaleza jurídica de las cooperativas prestadoras de servicios públicos consiste en precisar qué decisión adoptar respecto de la prelación de las fuentes y jerarquías de las normas. Ello nos permitirá conocer qué régimen resolverá los eventuales conflictos.

En este entendimiento la doctrina enseña que la decisión que se adopte sobre la naturaleza jurídica de ninguna manera puede considerarse desprovista de consecuencias para el régimen legal aplicable¹⁵⁴.

IV.2. Personas jurídicas públicas o privadas. Criterios de distinción

El artículo 33¹⁵⁵ del Código Civil argentino dispone que las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Sin pretender que la enunciación sea taxativa, reconoce como de carácter público y privado a las siguientes personas:

¹⁵² LE PERA, Sergio, *La Naturaleza...*, Ob. Cit., pág. 72.

¹⁵³ LE PERA, Sergio, *La Naturaleza...*, Ob. Cit., pág. 74.

¹⁵⁴ LE PERA, Sergio, *La Naturaleza...*, Ob. Cit., pág. 84.

De carácter público

1. El Estado Nacional, las provincias y los municipios.
2. Las entidades autárquicas.
3. La Iglesia católica.

De carácter privado

1. Las asociaciones y fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado y obtengan autorización para funcionar.

2. Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.

A su vez, el art. 145¹⁵⁶ del nuevo Código Civil y Comercial, con fecha de entrada en vigencia el 1 de agosto de 2015, consagra de igual modo la existencia de dos clases de personas, las personas jurídicas públicas y las privadas.

En especial el art. 146 del mismo texto normativo incluye dentro de las personas públicas a las siguientes: “a) El Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter. b) Los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable. c) La Iglesia Católica”.

Por su parte, el art. 148 del Código Civil y Comercial próximo a ponerse en vigencia dispone que “son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias,

¹⁵⁵ El art. 33 del Código Civil Argentino dice: “Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1. El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios. 2. Las entidades autárquicas. 3. La Iglesia Católica. Tienen carácter privado: 1. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar. 2. Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar”.

¹⁵⁶ El art. 145 del Código Civil y Comercial con entrada en vigencia el 1 de agosto de 2015 dice: “Clases: Las personas jurídicas son públicas o privadas”.

confesiones, comunidades e entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento”.

A pesar de que el legislador imponga el encuadramiento en alguna de las dos categorías, la doctrina y los operadores del derecho han cuestionado la incorporación de algunas personas en una o en otra clasificación¹⁵⁷. A su vez, de la redacción del Código Civil vigente y del nuevo que entrará en vigencia surge que las normas no incluyen todas las variantes en la medida que el enunciado no es taxativo.

De allí que, a través de los años, distinguidos autores han debatido sobre el criterio para distinguir a las personas públicas de las personas privadas, cuestión que repasaremos en lo sucesivo:

Así, Borda¹⁵⁸ entiende que la nota más precisa de distinción reside en el origen de la entidad: las primeras son creadas por una ley especial; en cambio, las segundas nacen de la voluntad de sus miembros o del fundador.

Desde luego ello no implica que el origen sea determinante *sine die*, si no que si la entidad se transforma puede adquirir otra característica, ajena a la que le dio origen.

Otros consideran que el criterio que contribuye a determinar el carácter público o privado de la entidad es su regulación por normas de derecho público en el primer caso, y de derecho privado en el segundo, y se agrega que “Para establecer tal regulación hay que considerar si el ente goza de poderes, potestades, prerrogativas o competencias públicas no usuales entre las personas privadas y, más aún, exorbitantes en el derecho privado...”¹⁵⁹.

Sin embargo, otra posición sostiene que podría adoptarse como criterio distintivo entre ambos tipos de persona un conjunto de características, entre las cuales

¹⁵⁷ La incorporación de la Iglesia Católica como persona pública ha sido criticada por casi toda la doctrina que la encuadra como persona pública no estatal. Conf. AA.VV, *Código Civil y leyes complementarias Comentado, Anotado y Concordado*, Dirección: Belluscio, Augusto C., T. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 147 y sigs. 152 y sig., AA.VV *Código Civil y Normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Dirección Bueres, Alberto J., Coordinación Highton, Elena I., T. I, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 305, entre otros.

¹⁵⁸ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, T. I, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 584.

¹⁵⁹ DROMI, José R., *Manual...*, T. I, Ob. Cit., pág. 420.

habría de darse principal importancia al origen, la finalidad, la potestad de imperio y al contralor del Estado¹⁶⁰.

Por último, el Código Civil Comentado y dirigido por Belluscio¹⁶¹, como así también el Código dirigido por Julio César Rivera¹⁶², consideran que las personas públicas y las privadas se diferencian en la medida que su existencia y funcionamiento dependen, ya sea del derecho público o del derecho privado.

De lo que se sigue de las citas realizadas son varios los criterios expuestos para distinguir las personas públicas (estatales o no), de las privadas, refiriéndose la generalidad de los autores a una conjunción de circunstancias, ninguna de las cuales sería decisiva por sí sola para la caracterización de la persona.

Encontramos objeciones a muchos de los criterios citados a los cuales haremos referencia para luego adoptar el que creemos ajustado para distinguir la persona pública de la privada:

(i) El criterio que utiliza como característica distintiva de la persona pública los poderes, potestades, prerrogativas o competencias públicas no usuales para determinar su condición, no tiene en cuenta que existen personas públicas que carecen de dicha potestad de imperio, como por ejemplo los entes públicos económicos, y no por ello dejan de ser personas públicas.

Somos de la posición de que las potestades delegadas por el Estado por ejemplo para la prestación del servicio, en nada cambian la condición de la persona que lo presta.

Las empresas prestadoras de servicios públicos tienen regulada su actividad y su relación con los usuarios por un régimen exorbitante de derecho público, pero ello en modo alguno tiñe la condición de la persona, que sigue siendo una persona privada cuya actividad está regulada por el derecho público.

(ii) Quienes distinguen la persona pública de la privada en base a un cúmulo de elementos como ser al origen, la finalidad, la potestad de imperio y al contralor del Estado, no encuentran un argumento que convenza. Ello así, en tanto la potestad de imperio puede ostentarla una entidad privada, a saber los colegios profesionales sobre el gobierno de la matrícula o los concesionarios de servicios públicos; la finalidad de

¹⁶⁰ BUSSO, Eduardo B., *Código Civil Comentado*, T. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1955, pág. 273, N° 32.

¹⁶¹ AA.VV, *Código Civil Anotado...*, Dirección: Belluscio, T. I, Ob. Cit., pág. 147 y sigs.

¹⁶² CROVI, Luis D., en AA.VV *Código Civil Comentado*, Parte General, Dirección: RIVERA, Julio Cesar, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 118 y sigs.

interés público, entendido como el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de la comunidad, puede ser objeto o finalidad de la existencia de otro tipo de personas jurídicas (por ejemplo Asociaciones Civiles), sin que las mismas reúnan el carácter de estatales; el contralor del Estado es un resultado del carácter público de la entidad, pero no la razón del carácter de persona pública, además existen otro tipo de personas jurídicas que sin ser estatales pueden ser controladas en su gestión por el Estado, por la índole de su actividad (por ejemplo prestadoras de servicios públicos).

Por lo tanto, somos partidarios que el criterio del origen y el régimen que se le aplica a la persona en lo que respecta a su existencia y funcionamiento es lo que condiciona su naturaleza.

En este sentido, el Código Civil y Comercial unificado, con entrada en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015, dispone que las personas jurídicas públicas “se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución”, mientras que las personas jurídicas privadas que se constituyan en la República, “se rigen por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título”¹⁶³, de allí que se infiere que para el legislador actual, el criterio más apropiado para distinguir la persona pública de la privada es el régimen aplicable a su comienzo, reconocimiento o acto constitutivo y funcionamiento.

IV.2.1. Personas jurídicas públicas estatales

Analizaremos los elementos característicos de las personas públicas estatales y también los que determinan su condición.

a) Creación directa de la entidad por la Constitución Nacional o por el Estado: La personalidad jurídica del Estado como administración central surge como acto fundacional de la Carta Fundamental. Como enseña García de Enterría y Ramón Fernández, los órganos superiores de la administración gozan de una personalidad

¹⁶³ Conf. Arts. 147 y 150 del Código Civil y Comercial de Nación.

jurídica originaria y los órganos políticos son comisionados de aquél poder soberano¹⁶⁴.

Las demás administraciones inferiores son creadas en virtud de ese poder delegado, por ello en este caso su nacimiento depende del propio Estado.

b) Obligación del Estado de cumplir fines propios: La persona pública estatal debe proponerse de manera inmediata, directa y exclusiva un fin de interés público, es decir, un servicio de interés para la comunidad. La realización de esos fines será su misión.

c) El *imperium* es nota característica cuando el ente lo ejerce en todo el ámbito de su actividad ya que, como se ha indicado previamente, ciertas personas de derecho público carecen de *imperium*, por no integrar la administración pública y, en cambio, algunas entidades particulares lo poseen.

d) Si son estatales, las personas públicas forman parte de la administración pública y, en cuanto ejercen función pública, emiten actos administrativos y celebran contratos administrativos. Sus agentes son funcionarios públicos y acarrear la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios ocasionados a terceros. El cuestionamiento de sus actos debe ser canalizado por la vía contencioso administrativa.

e) La existencia y funcionamiento se rigen por el derecho público: Ello significa, no sólo que su constitución, comienzo, capacidad, funcionamiento y el fin de su existencia se rige por el derecho público, sino también que su organización está regida por el derecho público. Lo cual no impide que parte de la actividad que desarrollan estas personas esté regida por el derecho privado.

f) Control estatal de la gestión de la entidad: En este sentido, las personas públicas estatales se sujetan habitualmente a las leyes de la contabilidad, obras públicas y procedimientos administrativos¹⁶⁵.

g) Recursos: Las personas públicas poseen asignación legal de recursos, es decir pueden percibir tasas, contribuciones o recibir fondos del presupuesto nacional.

Del repaso de los elementos caracterizantes, se desprende que el fin público, el *imperium*, el control estatal de gestión y la asignación de recursos, si bien son características que normalmente se encuentran en las personas públicas, no son solo

¹⁶⁴ GARCIA DE ENTERRÍA Eduardo, RAMÓN FERNANDEZ, Tomás, *Curso de Derecho administrativo*, Ed. Thomson-Civitas y La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 375.

¹⁶⁵ Conf. DROMI, José R., *Manual...*. T.I, Ob. Cit., pág. 419.

privativas ni determinantes de este tipo de entidades, ya que existen personas privadas que pueden compartir dichos elementos.

Así las cosas, no existe duda de que el Estado, las provincias, las municipalidades y las entidades autárquicas son personas públicas, no sólo porque así lo contempla expresamente el Código Civil, sino además porque los elementos determinantes para distinguir a una persona pública se encuentran reunidos en el caso. En este sentido, su origen tiene sustento en una ley especial, su existencia y funcionamiento son regulados por el derecho público y forman parte de la administración pública en cuanto ejercen función pública.

IV.2.2. Las personas públicas no estatales

Esta categoría no tiene origen positivo. La doctrina ha ido caracterizando a este tipo de personas e identificando los elementos destacados.

Sin perjuicio de que no es posible realizar una sistematización de los elementos, toda vez que las características no son uniformes en todas las especies de este tipo de personas, podemos citar, siguiendo a Dromi¹⁶⁶, como elementos no uniformes los siguientes:

a) Creación Estatal o de origen privado: tales entidades pueden ser creadas por acto estatal (ley, decreto, ordenanza u otro acto unilateral de la autoridad pública), o bien pueden ser creadas de manera privada, es decir, a través de un contrato o acto constitutivo privado, siempre que la persona jurídica esté ligada al Estado por una relación de derecho público. Para el autor que se sigue, ejemplo de ello serían los concesionarios de servicios públicos, entre otros. A su vez, cierta doctrina¹⁶⁷ considera que las corporaciones y consorcios públicos y otras instituciones públicas se encuentran comprendidas en esta categoría. También, otros autores engloban en esta categoría a los colegios profesionales con gobierno de matrícula, las cajas de jubilaciones y entidades de obras sociales¹⁶⁸.

¹⁶⁶ DROMI, José R., *Manual...*, T.I, Ob. Cit., pág. 424.

¹⁶⁷ AA.VV, *Código Civil y Normas complementarias...*, T. I, Ob. Cit., Dirección BUERES, Alberto, Coordinación HIGHTON, Elena I., pág. 305.

¹⁶⁸ AA.VV, *Código Civil y Normas complementarias...*, T. I, Ob. Cit., Dirección BUERES, Alberto, Coordinación HIGHTON, Elena I., pág. 311.

b) Personalidad jurídica propia: Las personas públicas no estatales son entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones y, por tanto, pueden ser titulares de atribuciones y competencias.

c) Patrimonio no estatal: El patrimonio de la entidad no pertenece a la persona pública Estado.

Para Dromi, los bienes de estas entidades integran el dominio público sólo cuando están afectados a la prestación de un servicio público, en los demás casos pertenecen al dominio privado de la entidad¹⁶⁹.

Otra corriente sostiene que los bienes de las personas públicas no estatales siempre pertenecen al dominio privado y que, por el lapso de tiempo en que se encuentran afectados a la prestación de un servicio público, gozan de las prerrogativas propias del régimen de los bienes de dominio público¹⁷⁰.

d) Asignación legal de recursos: La ley puede determinar que estos entes gocen de la percepción de alguna contribución a cargo de los administrados (Vgr. tasas, tarifa, entre otras). Pueden recibir contribuciones o subsidios del Estado, pero en general, subsisten con los ingresos propios de su actividad y aportes de sus asociados.

e) Control de la Administración Central: El Estado, en la medida en que les transfiere potestades o competencias públicas, tiene a su cargo la fiscalización de la legalidad y gestión de la actividad que cumplen.

f) Irresponsabilidad estatal: Los daños y perjuicios que ocasionan sus órganos o agentes no acarrearán responsabilidad alguna para el Estado. La responsabilidad se rige por las normas del derecho común y el Estado podría responder sólo de manera excepcional.

Un caso especial de persona pública no estatal lo constituye la Iglesia Católica, por cuanto su naturaleza pública no es pacífica, a pesar de que el Código Civil y el nuevo Código Civil y Comercial unificado la ubican en el carácter de persona pública, la doctrina mayormente le niega el mismo.

La Constitución Nacional le ha reconocido a esta Institución personalidad y, como consecuencia del mismo *status* la Carta Fundamental contempla la posibilidad de firmar tratados con la Santa Sede, como asimismo incorporar, previo trámite, los decretos de los concilios y bulas.

¹⁶⁹ DROMI, José R., *Manual de...*, T. I, Ob. Cit., pág. 424.

¹⁷⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T.II, Ed. Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 112.

De allí que algunos autores sostengan que esta persona jurídica por su aspecto institucional es persona pública, por haber sido considerada en ese carácter por los constituyentes, que la concibieron como un elemento esencial del orden jurídico que ellos instauraron en nuestra patria¹⁷¹.

En cambio, otros autores mayoritariamente sostienen que el carácter público de la Iglesia Católica no implica su estatalidad: es una institución de carácter público no estatal¹⁷².

IV.2.3. Personas jurídicas privadas

Tal como se analizó en el punto referente a los criterios de distinción entre personas públicas y privadas, revisaremos ahora los elementos que los distintos criterios de distinción individualizan para concebir a la persona privada.

a) Su constitución tiene origen en un acto o contrato privado, es decir, en la voluntad de los particulares.

b) Las personas privadas se sujetan en su creación y funcionamiento al derecho privado y no están sujetas a los procedimientos administrativos, ni a los órganos de control, a los que deben responder las personas públicas.

c) El patrimonio pertenece a las personas privadas y es derivada del aporte que hagan sus socios, asociados o fundadores o el que generen con su propia actividad. En reglas generales, no cuentan con aportes del Estado y si así fuera, ello no implicaría la conversión en persona pública.

Ahora bien, el Código Civil hace una enumeración no taxativa de las personas privadas y así señala que gozan de tal carácter: 1) Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado y obtengan autorización para funcionar; 2) Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.

¹⁷¹ LLAMBÍAS, Jorge J., *Código Civil Comentado y Anotado*, T. I, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 75.

¹⁷² AA.VV, *Código Civil Anotado...*, Dirección: Belluscio, Augusto C., T. I, Ob. Cit., pág. 152.

La doctrina¹⁷³ critica la falta de un criterio clasificador homogéneo en el inc. 2º, ya que se sostiene que si se agruparon las sociedades civiles y comerciales en razón del fin de lucro, no se habría tenido en cuenta que el art. 3º de la Ley de Sociedades Comerciales argentina permite adoptar la forma de sociedades comerciales a las asociaciones.

Por su parte, como ya se tuvo oportunidad de mencionar, el Código Civil y Comercial con fecha de vigencia a partir del 1 de agosto de 2015 ha adoptado otra forma de clasificación de las personas de carácter privado, incorporando una larga variedad de personas jurídicas a la lista pero dejando abierta la posibilidad de incorporar otras figuras a través del inc. i) del art. 148. Así, dicha norma considera como personas privadas a: “a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades e entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento”.

IV.2.4. Cooperativa prestadora de servicio público: ¿persona pública o privada? Nuestra posición

Como se dijo anteriormente somos partidarios de que el criterio que determina la condición de la persona es el de origen y la regulación de la existencia y funcionamiento de la persona.

Si nos atenemos al origen, estas cooperativas tienen su razón de ser en un acto constitutivo integrado por personas físicas y jurídicas consumidoras de los servicios.

A diferencia de las cooperativas belgas de servicios¹⁷⁴, que tienen origen en la decisión de entes estatales, las cooperativas prestadoras de servicios públicos que estamos tratando tienen su origen en la voluntad y decisión de sus miembros, que son particulares, ello sin perjuicio de que también puedan asociarse o integrarse en su constitución o posteriormente personas públicas.

¹⁷³ AAVV, *Código Civil Anotado...*, Dirección: Belluscio, Augusto C., T. I, Ob. Cit., pág. 153 y sigs.

¹⁷⁴ Estas cooperativas tienen como característica que sus miembros, en lugar de ser particulares, son casi personas morales de derecho público. Para más profundidad ver: CARELLO, Luis A., “Cooperativas de servicios públicos. Su problemática Jurídica” en AA.VV, *Régimen jurídico de las cooperativas*, Ed. Colegio de Abogados del Dto. Judicial de La Plata, 1990, pág. 207 y sigs.

Por su parte, si estamos al criterio de regulación sobre la existencia y funcionamiento de la persona, las cooperativas prestadoras de servicios públicos están reguladas en cuanto a su constitución y funcionamiento por la Ley de Cooperativas que las incluye expresamente en su artículo 20¹⁷⁵. A su vez, supletoriamente están regidas por la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550, en su parte relativa a sociedades anónimas, conforme el reenvío que hace el artículo 118¹⁷⁶ de la Ley N° 20.337, con lo cual no hay margen para sostener que estas entidades no son personas privadas.

Como corolario del análisis de los criterios que consideramos adecuados para distinguir a las personas públicas de las privadas, concluimos que las cooperativas prestadoras de servicios públicos son personas privadas, no tan solo porque nacen de la voluntad de un grupo de particulares-consumidores, sino también porque su origen, funcionamiento y relación con socios y terceros (no así con el poder concedente, y con los usuarios en lo referente a la reglamentación del servicio) están regidos por el derecho privado. Estos factores son por sí mismos determinantes de su condición privada.

En el mismo sentido se ha postulado el nuevo Código Civil y Comercial.

Así, dentro de la categoría de persona privada incorpora entre otras organizaciones las cooperativas¹⁷⁷, sin distinción de la actividad que prestan.

De tal modo que si la ley no distingue e incorpora al universo de cooperativas en la clasificación de personas privadas, no habría razones para distinguir a estas entidades de acuerdo a su objeto, finalidad o actividad.

De cualquier forma aun cuando se pudiera concluir que una vez puesto en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación resultaría estéril la discusión sobre la naturaleza pública o privada de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, considero que el debate se mantendrá, ya que: a) La categoría de persona pública no estatal persiste al incorporarse la Iglesia Católica como una persona pública, y 2) los fundamentos en cuanto a las atribuciones delegadas y el mantenimiento del interés público comprometido en cabeza de los propios interesados

¹⁷⁵ El art. 20 de la Ley de Cooperativas argentina dice: “Cuando las cooperativas sean o lleguen a ser únicas concesionarias de servicios públicos, en las localidades donde actúen deberán prestarlos a las oficinas de las reparticiones públicas nacionales, provinciales o municipales, sin el requisito previo de asociarse y en las condiciones establecidas para sus asociados”.

¹⁷⁶ El art. 118 de la Ley de Cooperativas argentina dispone: “Para las cooperativas rigen supletoriamente las disposiciones del Capítulo II, Sección V, de la Ley N° 19.550, en cuando se concilien con las de esta Ley y la naturaleza de aquéllas”.

¹⁷⁷ Conf. art. 148, inc. g), Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

no modifican las razones por las cuales los doctrinarios se han postulado por la condición de personas públicas no estatales de las cooperativas bajo análisis.

A mayor abundamiento, el mencionado art. 148 inc. i) del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, transcripto *supra*, indica que también debe estar contemplado en la condición de persona privada toda aquella que “resulta de su finalidad y normas de funcionamiento”, de tal modo que como la finalidad está signada por el objeto que en el caso es la provisión de un servicio público (una actividad de interés general), mediante el goce de poderes y prerrogativas públicas, no hay duda de que la doctrina que sostiene el carácter de persona pública no estatal tendrá fundamentos en el propio artículo citado para mantener viva la categorización que históricamente ha sostenido con respecto a las cooperativas prestadoras de servicios públicos.

IV.3. Encuadramiento de las Cooperativas bajo estudio como persona jurídica privada

IV.3.1. Consideraciones generales

Desde la introducción del tipo cooperativo en el Derecho Patrio¹⁷⁸, se originó un gran debate en la doctrina sobre la naturaleza de la misma:

a) Para cierta doctrina y jurisprudencia, las cooperativas son siempre sociedades comerciales¹⁷⁹;

¹⁷⁸ Fue el Código de Comercio de 1889 el que dio carta de ciudadanía por primera vez en la Argentina a las cooperativas.

¹⁷⁹ La tesis comercialista que atribuye a las cooperativas tal carácter tuvo calificados exponentes en Argentina durante la vigencia del Código de Comercio y después de la sanción de la Ley N° 11.388. Mayormente, quienes se enrolaban en esta posición encontraban su fundamento en las disposiciones de las normas vigentes, ya que la norma consideraba y calificaba a las cooperativas como “sociedades”. Otros autores fundaban la comercialidad, no ya en cuestiones formales e interpretativas de la ley, sino en la afirmación del lucro comercial, como inherente a la esencia de la cooperativa. SIBURU, Juan B., *Comentario del Código de Comercio Argentino*, T. V, Ed. J. Lajoune y Cía, Buenos Aires, 1912, pág. 250 y 251.

En apoyo a la tesis comercialista, la Cámara Comercial de la Capital Federal dictó un plenario al respecto, que dio por tierra con las posturas contradictorias del fuero. Allí el plenario sostuvo que “las sociedades cooperativas son de carácter comercial. Lo eran desde la sanción del Código de 1889 y siguen siéndolo después de promulgada la Ley N° 11.388. Se niega el carácter comercial recurriendo al argumento de no existir en las sociedades cooperativas el espíritu de lucro que caracteriza al acto de comercio según el principio consignado en el artículo 8 inciso 1 del Código. El argumento es incompleto y además erróneo en sí mismo”. Explica el fallo en cuestión que el ánimo de lucro que reclama el recordado artículo 8 inciso 1 del Código de la materia para caracterizar la comercialidad, no es abarcativo de todos los actos encuadrados en esa disposición de la ley, sino que quedan comprendidos también “todos los que la misma ‘declara’ como tales objetivamente mercantiles y “los

b) Para otros se corresponden con género asociaciones¹⁸⁰; y

c) Una tercera posición reconocía el carácter de sociedad, diferenciando la naturaleza civil o comercial de acuerdo al objeto¹⁸¹.

Bajo la vigencia del Código de Comercio de 1889 y de la Ley N° 11.388¹⁸², la posición que logró imponerse fue la condición de sociedad mercantil de la cooperativa, máxime frente al fallo Plenario de la Cámara Comercial de la ciudad de Buenos Aires que fuera reseñado en la Nota N° 204.

Con posterioridad tuvo lugar la sanción de la actual Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550. Esta norma incluyó a las cooperativas dentro del régimen de las sociedades comerciales en el art. 372, disponiendo la aplicación de esta norma a las entidades en cuestión, siempre que no fueran contra su naturaleza¹⁸³.

Al año siguiente de la puesta en vigencia de esta ley se sancionó la actual Ley de Cooperativas N° 20.337, que derogó el art. 372 de la Ley de Sociedades Comerciales y su consecuente aplicación al ámbito de las cooperativas. De la propia

demás actos especialmente legislados en este Código, con arreglo al inc. 11 del mismo artículo, actos entre los cuales puede haberlos sin propósito de lucro, como la fianza y los seguros mutuos, por lo que no es el lucro el elemento dominante, aparte de que aun cuando el espíritu de lucro pueda faltar ostensiblemente, por la virtualidad económica que las inspira, existe siempre el lucro en sí mismo, que podrá estar más o menos atenuado con respecto a otra clase de organizaciones, y que podrá no existir en sentido inmediato y directo, con respecto a los socios, pero que es indudable que no se puede afirmar lo mismo de la sociedad como persona jurídica, distinta de la de sus socios". C.N. Com., "Fischer, Mauricio c/ Institución Cooperativa del personal de los FF.CC. del Estado Ltda.", de fecha 31/07/1947, publicado en *La Ley*, T. 47, 582- Colección Plenarios- Derecho Comercial, T. II, 734.

¹⁸⁰ Por el contrario, el criterio civilista es sustentado en la concepción de que la naturaleza de la cooperativa es compartida con el de las asociaciones, toda vez que en ambas no existe ánimo de lucro. En este sentido, Ucha, señala: "... La cooperativa es particularmente antiespeculativa cuando realiza el verdadero cooperativismo, y su finalidad no consiste en obtener un lucro para sus componentes, sino en realizar la función económica de solidaridad social. El lucro marginal que existe en algunos casos, es accidental, y consecuencia de la actuación en un régimen capitalista...". UCHA, Adelmo J., "Naturaleza jurídica de las cooperativas", en *Revista de Derecho Comercial*, Ed. Tipográfica Editora Argentina (TEA), Bs. As, 1947, N° 3 y 4, pág. 347/9. Otros autores se postularon por el mismo criterio sobre la base de que una colectividad que lleva una política de puertas abiertas, como la cooperativa, permitiendo con gran liberalidad la entrada y salida de socios y capitales, es una asociación y no una sociedad. FIGUEROA, Federico, "Naturaleza jurídica de la cooperativa", *La Ley*, Buenos Aires, 1939, T. XV, pág. 33 a 38.

De igual modo, en apoyo a esta posición se afirmaba el carácter civil de las cooperativas teniendo en cuenta la mutualidad rigurosa que imponía la anterior Ley N° 11.388 (artículo 2, inciso 3) y en tal sentido se dijo que el elemento mutualístico, hace caer los actos y operaciones de las cooperativas en la excepción del artículo 452, inciso 2, del Código de Comercio, según el cual no se consideran mercantiles cuando las cosas objeto de las transacciones están destinadas al consumo o uso del comprador o de las personas por cuyo encargo se hace la adquisición. CORVALÁN, Alfredo R., *Derecho...*, Ob. Cit., pág. 157.

¹⁸¹ En algunas oportunidades la Jurisprudencia se hizo eco de esta solución. SCBA, *La Ley*, T. IV, pág. 164, del 28/04/1942; C.N. Com., *La Ley*, T. VIII, pág. 142, del 04/09/1945.

¹⁸² Dicha Ley de Cooperativas fue la que regía en la Argentina con anterioridad a la actualmente vigente.

¹⁸³ El art. 372 segundo párrafo de la Ley de Sociedades Comerciales argentina disponía que el nuevo ordenamiento se aplicaría "a las sociedades cooperativas en cuanto no sean contrarias a su naturaleza, conforme el art. 11 de la Ley N° 11.388".

exposición de motivos surge que la voluntad del legislador ha sido mantenerse al margen de las disputas sobre la naturaleza jurídica de las cooperativas, es decir, si las mismas se encuadran dentro del espectro de las asociaciones o sociedades.

Se advierte que la ley se limita a definir los elementos caracterizantes de las cooperativas, sin adoptar ninguna de las posturas antagónicas desarrolladas en el ámbito doctrinal y jurisprudencial.

Sin embargo, el debate sobre el enrolamiento de las cooperativas no termina de agotarse. Las antiguas posiciones cercanas a la sociedad y a la asociación siguen vivas, ahora con otros fundamentos.

Los comercialistas fundan su posición en la amplitud de la fórmula consagrada en la Ley de Sociedades Comerciales, al sustituir como condición de la sociedad “el ánimo de partir el lucro que pueda resultar” como lo establece el Código Civil aún vigente, por “participando de los beneficios y soportando las pérdidas”. La expresión de la Ley de Sociedades Comerciales comprende los beneficios no susceptibles de ser repartidos y, por tanto, las cooperativas quedarían comprendidas en esa noción.

Así Escuti¹⁸⁴ señala que “las cooperativas encuadran perfectamente dentro del moderno concepto de sociedad comercial que introduce la ley 19.550”, cuyo artículo 1, ha eliminado toda diferenciación conceptual entre sociedad y asociación, en tanto y en cuanto el artículo 3 dispone que éstas son alcanzadas por la ley cuando adoptaran la forma de sociedad bajo alguno de los tipos previstos. A mayor abundamiento, señala a favor de su posición que la aplicación supletoria de las normas comerciales, por el expreso reenvío del artículo 118 de la Ley de Cooperativas Argentina, la aplicación a las cooperativas irregulares de la normativa comercial, en función del artículo 21 y la posibilidad de concursamiento.

Por otro lado, quienes sostienen el carácter de asociación de las cooperativas¹⁸⁵ indican que el nuevo régimen legal las distancia decididamente del ámbito mercantil, argumentando a estos efectos tanto la derogación del segundo párrafo del artículo 372¹⁸⁶ de la Ley N° 19.550, como la proscripción de la transformación de las cooperativas en sociedades comerciales.

¹⁸⁴ ESCUTI, Ignacio A. (h), “La nueva ley de cooperativas. Breves notas”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 37, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974, pág. 18.

¹⁸⁵ MIZRAHI, Mauricio L., *Cooperativas de crédito. Naturaleza. Desarrollo. Régimen legal. Propuesta de cambio*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, págs. 14 y sigs.

¹⁸⁶ El art. 372 segundo párrafo de la Ley de Sociedades Comerciales argentina antes de su derogación, fue transcripto en su parte pertinente en la nota N° 183.

En otra posición se encuentran quienes enarbolan las banderas cooperativistas y la independencia de la materia, con relación a otras ramas del derecho.

En este sentido Corvalán¹⁸⁷ sostiene que “las cooperativas constituyen un *tertium genus* distinto de la sociedad y de la asociación presentando características propias receptadas por el régimen especial vigente, que no permite que sus actividades se rijan por la legislación civil o comercial”.

Coincide Cracogna que sostiene lo siguiente “resulta claro que con la aparición del régimen legal actual se produce un cambio fundamental como producto del cual puede afirmarse que las cooperativas no son “sociedades”, ni “asociaciones” sino, simplemente “cooperativas”. Asimismo, sostiene que la definición del acto cooperativo, por la propia ley, “contribuye a reforzar la peculiar naturaleza de la cooperativa..., eliminando la intermediación”¹⁸⁸.

En lo que respecta a las cooperativas prestadoras de servicios públicos, la doctrina que se postula por el carácter privado de estas entidades considera que las mismas no se corresponden con el género sociedad, ni asociación, sino con el género cooperativa¹⁸⁹. Ello sin perjuicio, de que una gran mayoría sostiene el carácter de persona pública no estatal de estas entidades¹⁹⁰ y de quienes sostienen la calidad de personas comunitarias¹⁹¹.

IV.3.2. El lucro como elemento distintivo

¹⁸⁷ CORVALÁN, Alfredo R., *Derecho...*, Ob. Cit., pág. 168.

¹⁸⁸ CRACOGNA, Dante, “Las empresas de la economía social”, en AA.VV, *Tratado de la Empresa*, T. I, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, págs. 175 y 176.

¹⁸⁹ Bertossi ha señalado en su obra que “las cooperativas de servicios públicos no son personas jurídicas de carácter público, sino que en realidad, desempeñan una actuación pública, un cometido, autoorganizadas por individuos que en un conjunto difuso modificable conforman el público”. BERTOSSI, Roberto F., *Servicios...*, Ob. Cit., pág. 44. De igual manera, Carello señala “Las cooperativas de servicios públicos son cooperativas, regidas como tales por la Ley N° 20.337. Se diferencian de las otras por el servicio que prestan a sus asociados y eventualmente a terceros, pero sin dejar por ello de ser cooperativas, o sea personas privadas”. CARELLO, Luis A., “Cooperativas...”, Ob. Cit., pág. 196.

¹⁹⁰ DROMI, José R., *Manual...*, T. I, Ob. Cit., pág. 469 y sig.

¹⁹¹ En este orden, Farrés sostiene que: “no son entes públicos no estatales necesariamente, sino que eventualmente pueden ser comprendidas como una tercera categoría con rasgos distintivos propios, que podría denominarse “personas jurídicas comunitarias”. La diferencia con una persona jurídica pública no estatal radica en la crisis ideológica y política del Estado como fenómeno dentro del sistema político y su impacto con el conjunto normativo que pretende organizarlo socialmente”. FARRÉS, Pablo, *Cooperativas...*, Ob. Cit., pág. 309.

Las cooperativas siempre fueron comprendidas entre las entidades sin finalidad de lucro¹⁹², de allí que muchos autores se han postulado por la afinidad de estas con las asociaciones.

Las asociaciones civiles conforme doctrina mayoritaria persigue la realización de un bien común¹⁹³ no lucrativo¹⁹⁴. En este sentido, se ha dicho que “si la colaboración mutua, es decir la unión de voluntades, tiende a facilitar la consecución de un fin no apreciable en riqueza ya que no persigue el lucro de las personas que lo conforman, estaremos seguramente en presencia de una asociación”¹⁹⁵.

De lo que se advierte que, según los autores, la diferencia más destacada entre ambas figuras está en que la sociedad comporta esencialmente, como condición de su existencia, la partición entre los socios de beneficios hechos en común, mientras que la asociación lo excluye necesariamente. Así, legislación española en materia de asociaciones prescribe “los beneficios obtenidos por las asociaciones, derivados del ejercicio de actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún lado su reparto entre los asociados¹⁹⁶”.

El reparto o su ausencia es lo que justificaría, supuestamente, el encuadramiento de la cooperativa como entidad sin fines de lucro.

En consecuencia, nos vemos obligados a analizar si existe lucro en la cooperativa prestadora de servicios públicos y en su caso, si este se encuentra sujeto a ser repartido.

Para ello partiremos del concepto de lucro. El diccionario define al lucro como “beneficio o provecho que se obtiene de algo”¹⁹⁷. De allí que si el lucro es un beneficio o provecho nada parece indicar que la actividad cooperativa no sea una actividad lucrativa.

¹⁹² Entre las que se encuentran las asociaciones civiles y las fundaciones.

¹⁹³ No surge de nuestro Código Civil la definición de bien común, pero la doctrina entiende que para el legislador de entonces, se correspondía con el objeto conveniente al pueblo. De allí que las asociaciones civiles estarían constituidas teniendo como objeto la utilidad general.

¹⁹⁴ Otros autores señalan que las asociaciones pueden tener fines altruistas, mixtos o beneficiar exclusivamente a sus miembros, y las sociedades, que persiguen el reparto de un lucro, tienen un fin necesariamente egoísta y de ahí que sea difícil interpretar la terminología del legislador cuando establece como requisito que el objeto de las personas jurídicas sea de bien común. AA.VV, *Código Civil Anotado...*, Dirección: Belluscio, Augusto C., T. I, Ob. Cit., pág. 156.

¹⁹⁵ Conf. BIAGOSCH, Facundo A., *El objeto del bien común de las asociaciones civiles*, Ed. Ad- Hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 66.

¹⁹⁶ Art. 13.2. de la Ley Orgánica 1/2002.

¹⁹⁷ GARCÍA PELAYO Y GROSS, Ramón, *Pequeño Larousse Ilustrado*, Ed. Larousse, París, 1978, pág. 637.

La cooperativa no se opone al concepto de lucro, es indudable que en estas entidades hay ganancia, utilidad, provecho, beneficios y que se logran resultados.

En este sentido, algunos opinan que la ganancia o beneficio se reduce a todo provecho pecuniario que produce un aumento en la fortuna de los socios¹⁹⁸. Otros opinan en forma más amplia, entendiendo por lucro toda ventaja patrimonial de índole social que viene a aumentar la fortuna particular de los socios o a disminuir sus cargas¹⁹⁹.

El debate sobre una tesis amplia o restrictiva de lucro trae aparejado un concepto restringido o extenso de sociedad y, consecuentemente, la inclusión o no de las cooperativas en el concepto de sociedad o vinculadas al género asociaciones.

Los autores que defienden una interpretación amplia del concepto de lucro, parten de la idea de que para que exista sociedad es suficiente con que los socios persigan una finalidad de carácter patrimonial susceptible de aportarles una ventaja, sea ésta un incremento positivo de riqueza sea cualquier otra ventaja patrimonial, como puede ser un ahorro, economía de gastos o evitación de pérdidas²⁰⁰.

Mientras que los autores²⁰¹ que defienden una interpretación restringida de lucro sostienen que en las cooperativas se encuentra un propósito lucrativo del participante, pero éste no se califica como participación a los beneficios previamente adquiridos del ente, mediante un incremento patrimonial positivo, situación que puede abreviadamente expresarse diciendo que no hay un propósito lucrativo del ente. Para quienes se postulan por esta tesis, la cooperativa, ni gana ni pierde en cada operación con sus asociados, los que obtienen un lucro son los asociados y ello consiste en un ahorro de gastos, por lo tanto, las cooperativas no son sociedades²⁰².

Nosotros somos partidarios de que en las cooperativas la finalidad común se cumple con la participación directa de los socios en el desarrollo del objeto social. Sin embargo, ello no alcanza para excluir como finalidad también esencial el lucro en sentido amplio (beneficios para los socios derivados de la actividad desarrollada), como restringido (ganancias para el ente), toda vez aun cuando se admita que la

¹⁹⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Comentarios al Código Civil de Mucius Scaebola*, Ed. Reus, Madrid, 1933, T. XXV, pág. 402 y 405.

¹⁹⁹ VIVANTE, César, *Tratado de Derecho Comercial*, 1º Ed. Castellana, Madrid, 1932, T. II, pág. 42.

²⁰⁰ GADEA, Enrique, SACRISTÁN, Fernando y VARGAS VASSEROT, Carlos, *Régimen Jurídico de la Sociedad...*, Ob. Cit., pág. 76.

²⁰¹ ASCARELLI, Tullio, *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*, Trad. de E. Verdera y Tuells, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Ed. Bosch, Barcelona, 1964, pág. 184.

²⁰² PASTORINO, Roberto J., *Impuesto a las transacciones cooperativas*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1981, pág. 38.

cooperativa no lucra con su base social (en el ejercicio de la actividad cooperativizada), cuando la cooperativa opera con terceros (en tanto la mayoría lo hace) genera ganancias para desarrollarse y participar en el crecimiento general.

De allí, compartimos con destacada doctrina²⁰³ que en las cooperativas existe un lucro objetivo en el sentido de que se persigue un beneficio del ente, mediante el ejercicio de una actividad económica en el mercado. En efecto, cuando la cooperativa opera en el mercado, lo hace como cualquier otra sociedad y obtiene ganancias que luego no podrá repartir de manera directa por expresa prohibición de la Ley de Cooperativas; sin embargo, ese lucro destinado a reserva, reaparece indirectamente a través de los beneficios que se derivan para la cooperativa (que puede utilizarlos para enjugar pasivos o quebrantos, entre otros).

Por otro lado, también existe un lucro subjetivo en la medida que los asociados se benefician en las operaciones con la entidad vía ahorro de gastos, intereses y excedentes; como así también, en el caso de las ganancias obtenidas por la sociedad con la operación con terceros, ese beneficio —aunque no se pueda distribuir en dinero— va a impactar en el propio precio del servicio, ya que con esa reserva se puede enjugar pasivos o quebrantos, cuestiones que beneficiarán al ente y repercutirán en el asociado en una ventaja patrimonial.

La única característica distintiva que advertimos en las cooperativas, es que el fin común se cumple con la participación directa de los socios en el objeto y que el beneficio económico social tiene otra forma de manifestarse entre los socios, ya que se obtienen ventajas económicas y beneficios y no utilidad en dinero y, además, el retorno no forma parte del fin primario, sino del fin secundario. Sin embargo, ello no implica desconocer la existencia del lucro calificado como “subjetivo”, dado que es siempre lucro.

Las manifestaciones vertidas nos permiten sostener que la causa u objeto del contrato social de las sociedades (consecución de un fin común) no resulta una diferencia trascendente con los de las cooperativas (que también procuran la consecución de un fin común pero con participación de los asociados en el desarrollo del objeto) y que la finalidad de lucro entre las sociedades y la mayoría de las cooperativas que operan en el mercado, no alcanzan para enarbolar un objeto-fin diferenciado.

Ahora bien, en lo que respecta a las cooperativas de servicios públicos en

²⁰³ PANIAGUA ZURERA, Manuel, “Las Sociedades...”, Ob. Cit., pág. 90.

particular es claro que éstas tienen entre otras finalidades un lucro objetivo, es decir, adecuado a un concepto restringido y un fin de lucro subjetivo, encuadrado en un concepto amplio.

Ello así toda vez, el lucro social surge palmario frente a la operación de la cooperativa con terceros, en tanto la doctrina considera que en estos casos la cooperativa “actúa como un intermediario mercantil”²⁰⁴.

La razón de ser de la condición de intermediario mercantil encuentra su fundamento en que cuando se admite el acceso de terceros no asociados a la operatoria social, se produce una distorsión del sistema y el principio cooperativo del precio justo, se frustra o al menos, se aleja en su realización práctica, en mayor o menor medida, del ideal mutualista; desviación cuyo signo y medida estarán dados por la relación que exista entre el precio del servicio y su costo²⁰⁵. Además, las cooperativas bajo análisis están obligadas por los marcos regulatorios a ofrecer el servicio irrestricto a cualquiera que lo solicite y al prestar ese servicio a terceros obtienen un plus de ganancia sobre el costo que les permitirá invertir, desarrollarse y crecer en el mercado y, por tanto, no se puede negar el beneficio social que obtienen, que se corresponde con el lucro en sentido estricto. A su vez, los socios se verán beneficiados, pues esa ganancia, aunque no se pueda repartir, indirectamente beneficiará el servicio o el precio del mismo.

Así, para no desnaturalizar el régimen cooperativo la Ley de Cooperativas argentina, en su artículo 42²⁰⁶ establece que se retornan a los asociados únicamente los excedentes provenientes de la operación cumplida con los mismos, pasando los originados con relación a terceros al fondo de reserva de propiedad social, que son irrepartibles entre los socios. Asimismo, el artículo 43 de la Ley de Cooperativas dispone que “cuando se hubieran utilizado reservas para compensar quebrantos, no se podrán distribuir excedentes, sin haberlas reconstruido al nivel anterior a su

²⁰⁴ Conf. FAJARDO GARCÍA, Isabel G., *La gestión económica...*, Ob. Cit., pág. 112. Por su parte, Aparício Meira denomina a la actividad con terceros como mutualidad “impura o externa” y ello significa que la cooperativa también se proyectará para el exterior difundiendo los servicios también a favor de aquellos que a pesar de no ser socios, tienen las mismas necesidades que estos últimos, siendo que esta nueva concepción de mutualidad permitirá que las cooperativas sean más competitivas por su concurrencia en el mercado con otras empresas. APARÍCIO MEIRA, Deolinda, “as operações com terceiros no direito cooperativo português”, en AA.VV, *Jurisprudencia Cooperativa Comentada*, Ed. Imprensa Nacional- Casa da Moeda SA, Lisboa, 2012, pág. 416.

²⁰⁵ ALTHAUS, Alfredo A., *Tratado de Derecho Cooperativo*, T.I, Ed. Zeus, Rosario, 1977, pág. 106.

²⁰⁶ El art. 42 de la Ley de Cooperativas argentina dice en su parte pertinente: “Se consideran excedentes repartibles sólo aquellos que provengan de la diferencia entre el costo y el precio del servicio prestado a los asociados (...) Los excedentes que deriven de la prestación de servicios a no asociados autorizada por esta ley se destinarán a una cuenta especial de reserva”.

utilización”.

Sin embargo, ese lucro destinado a reserva, reaparece indirectamente, a través de los beneficios que se derivan para la cooperativa y, por consiguiente para los asociados²⁰⁷, en tanto y en cuanto, esa reserva contribuirá a su disponibilidad para enjugar pasivos o compensar quebrantos.

En conclusión, en el caso de las cooperativas de servicios públicos el lucro no le es ajeno, ya que la cooperativa obtiene un lucro social, al permitirse que estos fondos destinados a reservas puedan ser utilizados para beneficio de la propia entidad, lo que le permitirá secundariamente a los socios verse también beneficiados. Los socios también gozan de un lucro individual vía ahorro de gastos o excedentes, como así también mediante el impacto en el precio del propio servicio que reciban indirectamente a través de los beneficios de utilizar las reservas de las operaciones con terceros para enjugar pasivos, es decir compensar quebrantos del ejercicio.

Aunque negamos que para legislación argentina, la finalidad de lucro sea condición del requisito de sociedad, como veremos seguidamente, si nos guiáramos por los parámetros que destacada doctrina indica en cuanto a que la sociedad implica lucro, sin dudas la caracterización jurídica de la entidad cooperativa prestadora de servicios públicos es comprendida en el concepto del género sociedad.

IV.3.3. La condición de sociedad

Se discute en doctrina la diferencia conceptual de sociedad bajo el Código Civil²⁰⁸ y el Código Comercial²⁰⁹, vigentes hasta el 1 de agosto de 2015.

En este sentido, importantes autores abogan porque no existe diferencia con respecto a la naturaleza entre ambas. Así, Malagarriga escribió que “con relación a cuáles serían comerciales y cuáles civiles, opino que las sociedades serían lo primero cuando se hubiese elegido para ellas alguno de los tipos previstos en la ley comercial, o en una ley general como la de nuestro anteproyecto, que es, precisamente, lo que

²⁰⁷ ALTHAUS, Alfredo A., *Tratado...*, Ob. Cit., pág., 107, comentario de la Nota N° 5.

²⁰⁸ El art. 1648 del Código Civil dice: “Habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado”.

²⁰⁹ El art. 1 de la Ley de Sociedades Comerciales ordena: “Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

propusimos Aztiria y yo”²¹⁰. Similar opinión encontramos en Colombres, cuando afirma que “la distinción entre sociedad civil y sociedad comercial constituye una calificación, no estructural, sino contingente a una manera de darse el derecho privado”²¹¹. Gagliardo, con apoyo en Videla Escalada, señala que “los actos constitutivos de ambas sociedades son contratos que funcionalmente pueden tener la calidad de plurilaterales, de gestión colectiva, asociativos o de organización; tienen, además, los mismos requisitos, pues la pluralidad de personas y los aportes de cada uno de los socios constituyen el fondo social indispensable para la obtención de beneficios a repartir. El propósito de lucro es un rasgo dominante y común”²¹². En el mismo sentido cabe citar la definición de sociedad civil propuesta por Spota, en cuanto dice que “la sociedad surge de un contrato entre dos o más partes (...) que se obligan a poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad no mercantil, con el objeto-fin de dividir utilidades u obtener economía, contribuyendo todos en las pérdidas, y que no se subsuma en ninguno de los tipos societarios reglados por la Ley N° 19.550”²¹³.

Por nuestra parte no consideramos que el ánimo de lucro sea requisito de la condición de sociedad comercial de acuerdo a la legislación societaria mercantil argentina N° 19.550, como tampoco del concepto de “sociedad” que ha dispuesto la Ley N° 26.994 al sancionar el Código Civil y Comercial de la Nación que entrará en vigencia el 1 de agosto de 2015²¹⁴.

La propia exposición de motivos de la Ley N° 19.550 contiene la observación de la Comisión Redactora sobre la exigencia de que las sociedades persigan la producción o intercambio de bienes o servicios y, en este sentido, se dijo: “se estimó prudente hacerse eco de las críticas que en el derecho italiano se hicieron a la fórmula

²¹⁰ MALAGARRIGA, Carlos C., en el prólogo correspondiente al libro perteneciente a COLOMBRES, Gervasio, *Curso de Derecho Societario*, T.I, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, pág. 12.

²¹¹ COLOMBRES, Gervasio, *Curso de Derecho...*, Ob. Cit., pág. 52.

²¹² GAGLIARDO, Mariano, en AA.VV, *Código Civil y ...*, Ob. Cit., Dirigido por Bueres, Alberto J. y Coordinado por Highton, Elena I., T.4 C, Ob. Cit., pág. 5 y sig.

²¹³ SPOTA, Alberto G., Leiva Fernández, Luis F. P. (actualizador), *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Parte Especial, T. VI, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 933.

²¹⁴ La mencionada Ley además de sancionar el nuevo Código Civil y Comercial que entrará en vigencia el 1 de agosto de 2015, modificó la actual Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550, disponiendo que tal Ley se llamará a partir de la puesta en vigencia “Ley General de Sociedades”. El art. 1 de la Ley General de Sociedades replica la disposición de la actual Ley de Sociedades Comerciales, modificando solo la condición de dos o más personas para conformar una sociedad y por tanto otorga carta de ciudadanía a las sociedades unipersonales, pero los demás requisitos se mantienen. El art. 1 en lo que refiere al concepto dice: “Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

actividad económica, en mérito que esta, si bien implica una actividad patrimonial, no significa necesariamente la actividad de lucro”.

En apoyo a esta posición, Halperín (como miembro de la Comisión Redactora) y, posteriormente, otros autores han señalado que la expresión de la Ley de Sociedades Comerciales aventaja a la del Código Civil y supera las vacilaciones del derecho italiano, en cuanto a que están comprendidos en la noción de beneficios aquellos no susceptibles de ser repartidos: “puede ser el resultado de una investigación, o la oficina central para la contratación en interés común de los socios, o para centralizar determinada especie de negociación o contratación, etc.”²¹⁵.

Cabanellas de las Cuevas, en el marco de un detallado estudio del concepto de sociedad dice que “no existe contradicción entre el régimen establecido por la LSC y las normas que en materia societaria incluye el Código Civil”, así como que “la sociedad civil obra como un tipo dentro de la estructura societaria argentina”. El mismo autor se postula porque la diferencia se limita al hecho de que el Art. 1648 del Código Civil sólo admite que la utilidad a repartir entre los socios sea en dinero, mientras que el Art. 1º de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 admite que la finalidad consista en un beneficio patrimonial de otra clase que los socios se atribuyan entre sí²¹⁶.

En consecuencia, la noción más amplia que adopta la Ley de Sociedades Comerciales (vigente hasta el 1 de agosto de 2015) de que el beneficio puede no estar destinado a repartirse en dinero, sino constituir el aprovechamiento de las ventajas producidas en común, se corresponde con un concepto más amplio de sociedad, que abarca sin discusión a las cooperativas. Muestra de ello es que el propio legislador de la Ley N° 19.550 había incluido a estas entidades bajo las normativas de las Sociedades Comerciales, aunque luego fuera derogado tal artículo cuando se sancionó la Ley de Cooperativas N° 20.337.

Por otra parte, discutir sobre si las cooperativas prestadoras de servicios públicos se encuentran vinculadas al concepto de sociedad civil o de sociedad comercial²¹⁷, resulta estéril a la luz de la nueva normativa que deroga las sociedades

²¹⁵ HALPERIN, Isaac, “El concepto de sociedad en el proyecto de Ley de Sociedades Comerciales”, en *Revista de Derecho Comercial (RDCO)*, Año 2, 1969, pág. 271.

²¹⁶ CABANELLA DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario. Parte General*, T. 1, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1993, págs. 346 y sigs.

²¹⁷ La diferencia entre una sociedad civil y una comercial antes de la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales era el objeto. Es decir, si la sociedad se proponía la realización de actos de comercio era

civiles a partir del 1 de agosto de 2015 y establece un régimen común para todo tipo de sociedades²¹⁸.

Sin perjuicio de ello consideramos conveniente aclarar que aun cuando se hubiera mantenido vigente la regulación diferenciada entre el Código Civil y el Comercial, las cooperativas prestadoras de servicios públicos no serían encuadrables dentro del tipo sociedad civil, ya que su objeto principal es realizar una actividad económica, que comprende la producción y distribución de bienes y servicios para satisfacer necesidades humanas básicas, tanto a sus propios asociados (unidos por un

comercial, y era civil si se proponía actos civiles. Después de la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 existe consenso en la doctrina en que el criterio primordial de identificación de una sociedad comercial es por el tipo contractual o la forma. No obstante, para algunos autores —a los cuales adherimos— el objeto sigue funcionando como criterio secundario, pues es necesario, para que una sociedad sea civil, que posea un objeto que consista en la realización de actos civiles o dicho de otra forma, una actividad comercial no puede constituirse como sociedad civil. Conf. SOZZO, Gonzalo, “Comentario al artículo 1648”, en AA.VV. *Código Civil Comentado y Anotado*, Dirección: Lorenzetti, Ricardo, T. III-Contratos, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pág. 21. Así se podrá identificar una sociedad como comercial, en forma subsidiaria, en la medida que haga actos de comercio. El Código de Comercio Argentino todavía vigente y que próximamente será derogado, en su artículo 8, declara actos de comercio en general: “1.- Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor; 2.- La transmisión a que se refiere el inciso anterior; 3.- Toda operación de cambio, banco, corretaje o remate; 4.- Toda negociación sobre letras de cambio o de plaza, cheques o cualquier otro género de papel endosable o al portador; 5.- Las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra; 6.- Los seguros y las sociedades anónimas, sea cual fuere su objeto; 7.- Los fletamentos, construcción, compra o venta de buques, aparejos, provisiones y todo lo relativo al comercio marítimo; 8.- Las operaciones de los factores tenedores de libros y otros empleados de los comerciantes, en cuanto concierne al comercio del negociante de quien dependen; 9.- Las convenciones sobre salarios de dependientes y otros empleados de los comerciantes; 10.- Las cartas de crédito, fianzas, prenda y demás accesorios de una operación comercial; 11.- Los demás actos especialmente legislados en este Código”. Las sociedades civiles han ido reduciéndose notoriamente, frente al auge que han tenido las comerciales. Sin embargo, éstas han quedado reservadas por ejemplo para el ejercicio conjunto de profesiones liberales, organizaciones artísticas, etc.”. El nuevo Código Civil y Comercial no ha puntualizado en el Título Preliminar o en la parte general qué debe entenderse por actividad mercantil y cuál es su alcance y contenido, por lo tanto, la mencionada distinción ya no será de interés.

Sin embargo, como bien señala la doctrina aún bajo la nueva normativa no existen definiciones conceptuales referentes al quehacer mercantil, también es cierto que no “pueden obviarse la vigencia de leyes especiales, tales como la prenda con registro y la transferencia de fondo de comercio, que permiten individualizar los elementos de todo fondo de comercio, establecimiento mercantil, a saber: mercaderías, marcas, patentes, diseños, clientela, nombre, etc, que integran la propiedad comercial y sirven de sustento a la empresa”. JUNYENT BAS, Francisco, “La incorporación de la materia comercial en el Proyecto de Código Único. A propósito de la ausencia de una caracterización mercantil”, *El Derecho*, ejemplar publicado el 24/08/12, pág. 3.

²¹⁸ Dice el Profesor Vítolo que quienes deseen a partir de la puesta en vigor del nuevo Código Civil y Comercial (que elimina el concepto de sociedad comercial, y la diferenciación entre ésta y la sociedad civil) “constituir lo que hoy se denomina 'sociedad civil', y regulan los arts. 1.648 y ss. del actual Código Civil, no podrán acceder al régimen de la Ley N° 19.550, sino que deberán recurrir al instrumento regulado en los arts. 1.442 a 1.447 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de los Contratos Asociativos. Claro está que, en este caso, deberán resignar su aspiración de que el contrato a celebrarse pueda hacer nacer un sujeto de derecho, como hoy lo admiten los arts. 33, inciso 2º y concordantes del actual Código Civil”. VÍTOLO, Daniel R. “Ley de Sociedades Comerciales reformada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, correspondiente a la publicación del 27/10/14.

vínculo de mutualidad), como a terceros no asociados, es decir en el mercado y ello es incompatible con el concepto de sociedad civil que dispone el Código Civil que no exige que bajo la figura societaria subyazca una verdadera empresa²¹⁹. Funda dicha afirmación la propia disposición del Código Civil que dice que el fin social de una sociedad civil es “obtener una utilidad apreciable en dinero que dividirán entre sí”, es decir, no dispone que los aportes se apliquen a la producción e intercambio de bienes y servicios, como lo hace la Ley de Sociedades Comerciales. En efecto, la sociedad civil es aquella que tiene por objeto alguna actividad de las que se consideran civiles (por ejemplo, ejercicio de profesiones libres, explotación de establecimientos educativos, etc.) y la explotación de una empresa que provee servicios públicos, como privados a asociados y no asociados como una actividad organizada, no se pueden considerar actividades civiles, porque ni siquiera el concepto de sociedad civil lo comprende.

En conclusión, a diferencia de otras normativas comparadas²²⁰, la opción del legislador argentino fue clara e impuso que el ánimo de lucro no es una condición del concepto de sociedad comercial, motivo por el cual no se le puede negar el encuadramiento en el concepto de sociedad comercial a las cooperativas mientras que se encuentre vigente la Ley N° 19.550 y de sociedad cuando el 1 de agosto de 2015 entre en vigencia la Ley General de Sociedades y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Con miras a analizar la integración del concepto de cooperativa al de sociedad comercial/sociedad, nos centraremos en lo sucesivo en analizar los elementos que construyen la definición de sociedad comercial a la luz de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 y de sociedad conforme la nueva normativa (Ley N° 26.994 que reforma la Ley de Sociedades Comerciales, pasándose a llamar Ley General de Sociedades).

²¹⁹ En este sentido compartimos la opinión del Profesor Vítolo en un artículo recientemente publicado. VÍTOLO, Daniel R. “Ley de Sociedades Comerciales ...”, Ob. Cit, *La Ley*, publicación del 27/10/14.

²²⁰ Conforme señala Fajardo García “la opción del legislador español coincide con la de los ordenamientos latinos y difiere del Derecho alemán o suizo cuyo concepto más amplio no entraña esa finalidad lucrativa. Desde hace tiempo se viene criticando la identificación del concepto de sociedad con el fin lucrativo (GIRON TENA O PAZ ARES), pero esa es la opción del legislador español mientras no se modifique nuestro ordenamiento como hizo el legislador francés...Teniendo en cuenta la realidad de nuestra legislación vigente, en la que el ánimo de lucro es un aspecto institucional básico del contrato de sociedad...debe concluirse que la cooperativa no es un comerciante o empresario mercantil...”. FAJARDO GARCÍA, Isabel G., “La prescripción de las obligaciones entre la cooperativa y sus socios y la naturaleza no mercantil de su relación”, CIRIEC- España, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, N° 12, pág. 43 y 44.

IV.3.3.1. Fundamentos que tienen origen en la definición

Teniendo en cuenta la definición del concepto de sociedad comercial de acuerdo a la Ley N° 19.550 que ya hemos transcripto y la nueva definición de “sociedad” como nuevo instituto en el ámbito del derecho positivo de acuerdo a la Ley N° 26.994 que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación y reforma el art. 1° de la Ley N° 19.550²²¹: “Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en la ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas...”.

Repasaremos los elementos utilizados por el legislador para definir el instituto de la “sociedad” y trazaremos las analogías con las cooperativas en análisis.

Estos elementos son: unipersonalidad o pluralidad de socios, tipicidad, aportación y participación en los beneficios y soportación de las pérdidas.

a) Pluralidad de Socios: la sociedad comercial en la Argentina de acuerdo a la Ley N° 19.550 requiere para su constitución y nacimiento de la existencia de pluralidad de socios, cuestión que la reforma de la Ley Sociedades Comerciales por la Ley N° 26.994 ha dejado atrás.

A su vez, la pluralidad de socios es un requisito elemental del contrato cooperativo.

b) Tipicidad: la Ley de Sociedades Comerciales Argentina estructuró tipos sociales intentando brindar modelos útiles para diferentes negocios, según se trate de pequeñas y medianas empresas o sobre la base de diferenciar los aportes de los socios en cuanto a las necesidades sociales.

Los tipos sociales conforman moldes, en los cuales las partes deben volcar su voluntad para constituir el sujeto de derecho en el marco del contrato de sociedad²²².

Las cooperativas formaban parte de los tipos alcanzados por la Ley de Sociedades Comerciales, por expresa disposición del artículo 372²²³ de la norma, artículo este último que fue derogado después de la sanción de la Ley de Cooperativas.

A pesar de que actualmente las cooperativas no forman parte de los tipos

²²¹ La redacción actual del art. 1° de la Ley 19.550 no difiere del que se aprobó mediante Ley N° 26.994, salvo en lo que hace a la inclusión de la sociedad unipersonal.

²²² VÍTOLO, Daniel R., *Sociedades Comerciales*, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, pág. 53.

²²³ El art. 372 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina que fuera derogado, fue transcripto en la Nota N° 183.

previstos en la Ley de Sociedades Comerciales, por expresa disposición del artículo 118²²⁴ de la Ley de Cooperativas se aplica esta ley, en lo que respecta al Capítulo II y en todo lo que concilie con su naturaleza.

Cabe tener en cuenta que la Ley N° 19.550 consagra varios supuestos de excepción al principio de tipicidad: (i) artículo 17²²⁵ sobre la sociedad regularmente constituida en el extranjero; (ii) artículo 21²²⁶ y siguientes, acerca de las sociedades no regularmente constituidas —derivadas de su condición de sociedades de hecho o de falta de inscripción en el Registro Público de Comercio—, (iii) artículo 361²²⁷ y siguientes que regulan las sociedades accidentales o en participación que carecen de denominación social, no son sujetos de derecho, no se les exige requisitos de forma, por lo tanto, no pueden ser comerciales por su forma o tipo.

A su vez, la modificación prevista por la Ley N° 26.994 al texto del art. 21 de la Ley N° 19.550 dispone que la sociedad que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por la ley se regirá por lo dispuesto en la Sección IV.

De tal suerte, como enseña Vítolo “la omisión de requisitos o elementos tipificantes, como de los no tipificantes, tendrá —salvo lo relativo a los efectos del tipo— la misma sanción: colocar a estas sociedades bajo el régimen de la Sección IV, lo que relativiza en forma absoluta el principio de tipicidad”.

En este caso, las sociedades que omitan elementos o requisitos no tipificantes — los del art. 11²²⁸—, al igual que las sociedades atípicas, actual art. 17²²⁹:

²²⁴ El art. 118 de la Ley de Cooperativas fue transcrito en la Nota N° 176.

²²⁵ El art. 17 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina dispone: “Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley. La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación judicial”.

²²⁶ El art. 21 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina dispone: “Las sociedades de hecho con un objeto comercial y las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente, quedan sujetas a las disposiciones de esta Sección”.

²²⁷ El art. 361 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina dispone: “Su objeto es la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias, a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del socio gestor. No es sujeto de derecho y carece de denominación social; no está sometida a requisito de forma ni se inscribe en el Registro Público de Comercio. Su prueba se rige por las normas de prueba de los contratos”.

²²⁸ “Contenido del instrumento constitutivo. Artículo 11.- El instrumento de constitución debe contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad: 1) El nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad de los socios; 2) La razón social o la denominación, y el domicilio de la sociedad. Si en el contrato constare solamente el domicilio, la dirección de su sede deberá inscribirse mediante petición por separado suscripta por el órgano de administración. Se tendrán por válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta; 3) La designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado; 4) El capital social, que deberá ser expresado en moneda argentina, y la mención del aporte de cada socio. En el caso de las sociedades unipersonales, el capital deberá ser integrado totalmente en el acto

i) serán plenamente válidas y eficaces, pues se les retira la sanción de anulabilidad —nuevo art. 21²³⁰—;

ii) las cláusulas del contrato social o del estatuto serán plenamente oponibles entre socios —nuevo art. 22²³¹—;

iii) a diferencia de lo que ocurre con las sociedades atípicas, producen los efectos del tipo, *contrario sensu* —nuevos arts. 17 y 21²³²—;

iv) son oponibles las normas en materia de representación frente a terceros si se exhibe el contrato —nuevo art. 23²³³—;

v) los socios, salvo pacto en contrario, no responden solidariamente frente a terceros, sino solamente en forma mancomunada —nuevo art. 24²³⁴—;

vi) estas sociedades pueden ser titulares de bienes registrables —nuevo art. 23²³⁵—;

y

vii) las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los

constitutivo; 5) El plazo de duración, que debe ser determinado; 6) La organización de la administración, de su fiscalización y de las reuniones de socios; 7) Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción de los aportes. Si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa; 8) Las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros”.

²²⁹ “Atipicidad. Omisión de requisitos esenciales. Artículo 17.- Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo.”

²³⁰ “Sociedades incluidas. Artículo 21.- La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección.”

²³¹ “Régimen aplicable. Artículo 22.- El contrato social puede ser invocado entre los socios. Es oponible a los terceros sólo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.”

²³² Ambos artículos fueron transcritos en las notas 229 y 230.

²³³ “Representación: administración y gobierno. Artículo 23.- Las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios. En las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica. Bienes registrables. Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad. Prueba. La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba”.

²³⁴ “Responsabilidad de los socios. Artículo 24.- Los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten: 1) de una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones; 2) de una estipulación del contrato social, en los términos del artículo 22; 3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales.”

²³⁵ Transcripto en la nota N° 233.

socios, aun en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad típica, incluso respecto de los bienes registrables —nuevo art. 26²³⁶—.

Como puede advertirse, de la Ley N° 19.550 como de la ley modificatoria N° 26.994, la tipicidad, surge que si bien puede ser un elemento trascendente para reconocer una sociedad, las importantes excepciones allí contempladas justifican el hecho de que este elemento no es determinante a la hora de identificar a una persona jurídica como sociedad.

c) La aportación: El aporte es otro de los elementos esenciales del contrato de sociedad comercial.

El aporte es un acto por medio del cual el socio colabora con la formación del patrimonio de la sociedad. Debe ser lícito, serio y resultar del contrato social.

En las cooperativas el aporte representa la obligación de participación económica que cada asociado toma sobre sí, al asociarse a la cooperativa, ya sea en el acto fundacional o por incorporación posterior. Este compromiso se traduce en la suscripción de cuotas sociales²³⁷.

Es decir, la aportación de los socios constituye un elemento específico del contrato social que atañe a la esencia de éste, configurando en su conjunto el capital social, que se integra al igual que las sociedades por acciones, de aplicación a las cooperativas, por el reenvío que hace la Ley de Cooperativas a la Ley de Sociedades Comerciales, por los bienes aportados.

El aporte en las cooperativas, al igual que en las sociedades comerciales, es un requisito para adquirir la calidad de socio, sin embargo, en las cooperativas, el recaudo del aporte también debe ser complementado con la participación de los socios en la actividad social (cuestión que tiene mucho más trascendencia que el aporte). Ahora bien, si el socio de la cooperativa registra mora en la integración del aporte, la solución legal es similar a la Ley de Sociedades Comerciales, señalando al respecto la Ley de Cooperativas, en su artículo 29: “El asociado que no integre las cuotas sociales suscriptas en las condiciones previstas por el estatuto incurre en mora por el mero vencimiento del plazo y debe resarcir los daños e intereses. La mora comporta la suspensión de los derechos sociales”. En el mismo sentido, el artículo 192 de la Ley de

²³⁶ “Relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios. Artículo 26.- Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aun en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II, incluso con respecto a los bienes registrables.”

²³⁷ Conf. CUESTA, Elsa, *Manual de derecho cooperativo*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2000, pág. 152.

Sociedades Comerciales, redacción que mantiene la nueva Ley General de Sociedades, indica que la mora en la integración de las acciones “suspende automáticamente el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones en mora”. Por su parte, el artículo 193 de la misma ley indica que “... Son de cuenta del suscriptor moroso los gastos del remate y los intereses moratorios, sin perjuicio de su responsabilidad por los daños...”.

De lo que se sigue que tanto en las cooperativas, como en las sociedades comerciales, la mora en el aporte acarrea la suspensión automática de los derechos sociales, como así también en ambos casos el suscriptor moroso puede ser pasible de los daños y los intereses.

d) Participación en los beneficios y soportación de las pérdidas

La Ley de Sociedades Comerciales argentina, como ya hemos tenido oportunidad de abordar, ha reemplazado el “ánimo de lucro”, que resultaba un elemento caracterizante de la actividad de la sociedad bajo la vigencia del derogado Código de Comercio, por la de beneficios, con el fin de poder contemplar bajo su paraguas más y diversos tipos societarios. La misma posición ha mantenido la reforma que entrará en vigencia próximamente sancionada por la Ley N° 26.994.

De ello se desprende que para la Ley de Sociedades Comerciales, como para la Ley General de Sociedades conforme reforma prevista en la Ley N° 26.994, el elemento caracterizante esencial no es el lucro ni su reparto. Ello así en la medida que éstos están comprendidos en la noción de beneficios aquellos no susceptibles de ser repartidos²³⁸.

Además, la misma Ley de Sociedades Comerciales eliminó la diferenciación conceptual entre asociación y sociedad en la medida que el art. 3^o²³⁹ dispone que éstas están comprendidas por la Ley de Sociedades Comerciales, cuando adoptarán la forma de sociedad bajo alguno de los tipos previstos. Igual disposición mantiene la reforma que entrará en vigencia dispuesta por la Ley N° 26.994.

Por ello, los autores indican que la participación de los socios en el resultado

²³⁸ Conf. HALPERIN, Isaac, "El concepto de sociedad...", Ob. Cit., pág. 271 y sigs. Del mismo modo otros autores comparten la posición señalando: "el lucro en la sociedad civil puede, no obstante, calcularse por otros medios que el dinero en la medida que se traduzcan en un beneficio para los socios. De allí que puedan considerarse incluidas a sociedades como las cooperativas de crédito o consumo, o aun a las de socorros mutuos, las que si bien no dejan un beneficio que se pueda percibir en dinero y que sea partible entre los socios, generan una utilidad equivalente en el ahorro que producen" (BALBÍN, Sebastián, *Curso de derecho de las sociedades comerciales*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 72).

²³⁹ El art. 3 de la Ley de Sociedades Comerciales dice: “Las asociaciones, cualquiera fuera su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones”.

del emprendimiento común es algo inherente al sistema societario; sin embargo, no resulta absolutamente necesario que la aportación se efectúe bajo el estricto conocimiento de que habrá una ganancia repartible²⁴⁰. En apoyo a este enfoque la exposición de motivos de la Ley N° 19.550 reconoce y admite que la finalidad de la sociedad consista en un beneficio patrimonial de otra clase que los socios se atribuyan entre sí.

En este aspecto, las cooperativas también se encuentran alcanzadas por el paraguas de las sociedades comerciales y por el propio concepto de “sociedades” acuñado por la nueva normativa Ley N° 26.994.

e) Objeto: la producción e intercambio de bienes y servicios. El concepto de sociedad comercial que hoy regula la Ley N° 19.550, y en la que pretende regular la reforma Ley N° 26.994, encuentra la exigencia de que los aportes se apliquen “a la producción o intercambio de bienes o servicios...”.

A pesar de algunas opiniones contrarias²⁴¹, importante doctrina considera que “el legislador ha querido restringir el concepto de sociedad sólo para aquellos casos en los cuales dos o más personas, o un sujeto en particular, resuelven conformar una organización en la cual subyazga la existencia de una empresa”²⁴², reservando el carácter de sujeto de derecho sólo a estos emprendimientos.

Por ello, distinguidos autores señalan que el nuevo eje del derecho comercial con la reforma de la Ley N° 26.994 “es la ‘empresa’, sin la cual no hay sociedad (art. 1º, Ley General de Sociedades)”²⁴³.

²⁴⁰ VÍTOLO, Daniel R., *Sociedades...*, T. I, Ob. Cit., pág. 68.

²⁴¹ MANOVIL, Rafael M. “Las sociedades de la sección IV del Proyecto de Código”, *La Ley*, publicada en fecha 24/10/12. En este sentido el autor indica que “... la producción o el intercambio de bienes o servicios no constituyen un presupuesto de validez de la sociedad comercial. Su ausencia no determina la nulidad de la sociedad, ni su ineficacia, ni se trata de un elemento esencial de la sociedad. En el derecho argentino, a diferencia del italiano, la sociedad puede ser mera receptora pasiva de un patrimonio sin que por ello deje de ser sociedad. Nótese que en el Código Civil italiano, fuente relevante de la LSC, el Art. 2248 dispone que “la comunidad constituida o mantenida con el solo objeto del goce de una o más cosas es reglada por las normas del título VII del libro III”, o sea, por las normas relativas a la comunidad y al condominio. De donde parece derivar que no sería admisible una sociedad, por lo menos de las que no se corresponden a tipos regulares, que se limitara a ser titular de bienes. En nuestro derecho no se reprodujo esa norma, lo cual resulta significativo. Por ello, la ausencia de actividad productiva, la ausencia de empresa, recién adquirirá relevancia al tiempo de una pretensión disolutoria, o de que el juzgador deba decidir si hace prevalecer la existencia de la sociedad o desestima su personalidad declarándola inoponible a los efectos del caso concreto, eligiendo como más valiosa la realidad subyacente”.

²⁴² VÍTOLO, Daniel R. “Ley de Sociedades Comerciales...”, Ob. Cit, *La Ley*, publicación del 27/10/14.

²⁴³ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “La derogación del Derecho Comercial por el nuevo Código Civil: Apariencia y realidad”, *La Ley*, publicación de fecha 23/12/14.

Se entiende por empresa un conjunto de elementos de la más variada condición y naturaleza, los cuales, bajo un régimen de organización establecido por el empresario, se afectan funcionalmente a una determinada actividad económica, consistente en la producción, comercialización o intercambio de bienes y servicios para el mercado²⁴⁴.

De allí que consideramos que las cooperativas prestadoras de servicios públicos también gozan de este recaudo, como tendremos oportunidad de ver más adelante, en este mismo capítulo, ya que son organizaciones que intercambian bienes y servicios con sus asociados en una relación de mutualidad y con terceros a través del mercado.

Al cumplir también con este requisito, estas entidades son perfectamente encuadrables tanto en el concepto de sociedad comercial, que todavía hoy rige, como en el concepto de “sociedad” que ha adoptado la nueva Ley N° 26.994, que reforma a la Ley de Sociedades Comerciales.

Ahora bien, bajo la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 existen otros elementos que definitivamente nos conducen a sostener el encuadramiento dentro de la noción de sociedad comercial de este tipo de entidades.

IV.3.3.2. Fundamentos de la comercialidad de estas entidades teniendo en cuenta la Ley N° 19.550

a) La aplicación supletoria a las cooperativas de la Ley de Sociedades Comerciales

El artículo 118²⁴⁵ de la Ley de Cooperativas establece expresamente que rigen para las cooperativas, supletoriamente, las disposiciones del Capítulo II, Sección V, de la Ley 19.550.

Justamente, la norma reenvía a las disposiciones que rigen a las sociedades anónimas, que también, a su vez, éstas reconducen al régimen general de sociedades comerciales, en cuanto a que se concilien con la naturaleza de las entidades cooperativas.

De allí también que, a pesar de que la remisión se hace para cubrir lagunas legales, su afinidad con la comercialidad se impone por cuanto que, de lo contrario, la

²⁴⁴ VÍTOLO, Daniel R., *Sociedades...*, T. I, Ob. Cit., pág. 59.

²⁴⁵ El art. 118 de la Ley de Cooperativas argentina fue transcripto en la nota N° 176.

Ley de Cooperativas no reenviaría a la Ley de Sociedades Comerciales.

b) Representación de las cuotas sociales en títulos acciones

Las cooperativas son sociedades cuyo capital está representado en acciones, al igual que las sociedades anónimas.

Las cuotas sociales, deben constar en acciones representativas de una o más unidades, de carácter nominativas (conf. artículo 24²⁴⁶ de la Ley de Cooperativas Argentina) y el Estatuto Social establece las formalidades de dichas acciones.

Es por ello que cierta jurisprudencia indica que “si bien tiene rasgos específicos que las caracterizan como ajena a fines lucrativos, guardan cierta semejanza formal con las sociedades anónimas, así el capital está representado en acciones...”²⁴⁷.

La importancia de la acción en la sociedad anónima representa tres dimensiones: la acción se corresponde con la parte alícuota del capital social, a su vez es un título valor que acredita la condición de accionista y, por último, integra los derechos del socio.

Ahora bien, en la cooperativa la participación de cada asociado en el capital determina el límite de su responsabilidad en las obligaciones sociales, pero la diferencia está en que todas las acciones de las cooperativas gozan de igual valor y no existen cuotas privilegiadas, como puede suceder en las sociedades de capital.

c) Principio de Órganos

La Ley de Cooperativas argentina incorpora como principio de gobierno y de administración, la Asamblea de asociados y el Consejo de Administración, de similar integración que una sociedad anónima.

No obstante lo cual, la adopción de las decisiones sociales no se hará como en las sociedades de capital en base a la participación accionaria, sino teniendo en cuenta la singularidad de voto.

De igual modo prevé, como las sociedades anónimas, un órgano de fiscalización.

Siguiendo los lineamientos de la Ley de Sociedades Comerciales, cuestión que se mantiene en la reforma de la Ley N° 26.994, se atribuye competencia para la

²⁴⁶ La Ley de Cooperativas argentina dispone en el art. 24: “El capital se constituye por cuotas sociales indivisibles y de igual valor. Acciones. Las cuotas sociales deben constar en acciones representativas de una o más, que revisten el carácter de nominativas. Transferencia. Pueden transferirse sólo entre asociados y con acuerdo del consejo de administración en las condiciones que determine el estatuto”.

²⁴⁷ CNCom., Sala C, 19/12/1990, “Tisinovich, Antonio c/ Cooperativa de Trabajo Transportadora Ganadera Ltda. y otro”, *La Ley*, 1991-A-1167.

Asamblea y para el Consejo de Administración, disponiendo facultades residuales para este último, es decir, las que expresamente no estuvieran reservadas a la Asamblea.

Las compatibilidades e inhabilidades para ser consejero son similares a la que se prevén para ser director de la sociedad anónima, aunque se impone como condición para ser administrador de una cooperativa, la condición de socio, cuestión que la diferencia de las sociedades anónimas.

d) Principio de mayoría

Al igual que las sociedades de capital, en las cooperativas los órganos resuelven en base al principio de la mayoría, aunque las mayorías se conforman de diferente manera en las sociedades de capital, que en las cooperativas. Es decir, en las sociedades de capital la participación social determina la medida de los derechos políticos, mientras que en las cooperativas se rigen por el principio de un hombre = a un voto y ello importa que el capital social no supone un instrumento hábil para la organización cooperativa en tanto los derechos de los socios: a ejercer el voto, a conformar el quórum o las mayorías en las asambleas, pedir convocatoria a asamblea, nombrar miembros del consejo de administración, no se reconocen en función de la participación en la cifra del capital social o la aportación.

Admitiendo las diferencias en lo que respecta a la función organizativa del capital en las sociedades y en las cooperativas, lo que se quiere destacar es que la afinidad entre ambas figuras está dada porque las decisiones se adoptan en base a la mayoría, aunque estas se computen de manera diferente en una o en otra organización.

En conclusión, en base a las analogías que hemos trazado y que fundan la afinidad de las cooperativas prestadoras de servicios públicos con las sociedades, somos partidarios de que las mismas resultan encuadrables en la noción de sociedad comercial mientras se mantenga vigente la Ley de Sociedades Comerciales y también se encuentran comprendidas dentro del concepto de sociedad que impone la nueva Ley General de Sociedades dispuesta por Ley N° 26.994.

IV.3.4. La cooperativa prestadora de servicios públicos como empresa

A diferencia de otros ordenamientos legales, el régimen legal argentino no ha reconocido a la empresa como un nuevo sujeto de derecho, como tampoco el ordenamiento mercantil ha referido a la empresa en forma explícita.

Así, encontramos ordenamientos comparados que dan una definición de empresa y ello les ayuda a organizar el tratamiento en su derecho comercial. En este orden el artículo 25 del Código de Comercio de Colombia, dice “se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”.

En la actualidad el Código de Comercio Argentino, fiel a su origen decimonónico, no contempla tal instituto, y organiza el derecho comercial en relación con el sujeto comerciante y el acto de comercio.

Curiosamente, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación próximo a entrar en vigor, tampoco trae ninguna conceptualización de empresa. Así la doctrina señala que “Desde antaño, si bien no puede negarse que el nuevo Código recepta el quehacer económico, los contratos mercantiles, las obligaciones contables y demás aspectos de la mercantilidad, lo real y cierto es que no trae ninguna conceptualización de la empresa, y mucho menos del quehacer comercial”²⁴⁸.

Tampoco el derecho argentino define a las empresas de la economía social, a la que pertenecería la cooperativa.

Algunos autores²⁴⁹ señalan que con lo dispuesto por la Ley de Sociedades Comerciales, al delinear el concepto de sociedad comercial se subsume en ella la idea de que bajo la forma societaria existe una empresa.

En efecto, la obligación de los socios de realizar aportes debe cumplirse para la aplicación de los mismos a la “producción o intercambio de bienes o servicios”, es decir, para que haya empresa.

En este sentido, es clara la exposición de motivos de la Ley de Sociedades Comerciales, cuando relaciona la sociedad comercial con la idea económica de empresa —que constituye la actividad normal de las sociedades mercantiles—, y también porque brinda referencia al complejo de intereses comunes que, para el logro del objeto societario, se unen en el organismo económico patrimonial²⁵⁰.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento legal existen leyes que sí mencionan o reconocen a la empresa expresamente, sólo a los fines del propio objeto de la ley²⁵¹.

²⁴⁸ JUNYENT BAS, Francisco, “La incorporación...”, Ob. Cit., pág. 1 y sig.

²⁴⁹ VÍTOLO, Daniel R., *Sociedades...*, T. I, Ob. Cit., pág. 58.

²⁵⁰ VÍTOLO, Daniel R., *Sociedades...*, T. I, Ob. Cit., pág. 58.

²⁵¹ Conf. art. 5 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, art. 48 Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522, entre otras.

De tal manera que la empresa es mencionada en muchas de las leyes que conforman nuestro ordenamiento jurídico, pero no ha podido tener carta de ciudadanía como categoría jurídica, sin perjuicio que nos ayuda para comprender el fenómeno.

Abocándonos a la noción de empresa, compartimos con el Profesor Vítolo que “La empresa no es más que un conjunto de elementos de la más variada condición y naturaleza, los cuales bajo un régimen de organización —establecido por el empresario— se afectan funcionalmente a una determinada actividad económica, consistente en la producción, comercialización o intercambio de bienes y servicios para el mercado²⁵²”.

Por ello, haremos algunas apreciaciones sobre la definición:

a) Es el empresario, ya sea sujeto físico o ideal, sobre el que recaen las relaciones jurídicas que resulten de la actividad empresaria.

b) La característica fundamental de la empresa es la organización y la actividad, para que de tal manera la suma de estos elementos adquieran, a través de la combinación, un mayor valor agregado para el mercado.

c) Integran la empresa los bienes materiales, los inmateriales, las relaciones laborales, los derechos, el personal, la clientela, la inserción o participación en determinados mercados, las funciones de producción y comercialización, la capacitación, las expectativas de ganancias y beneficios, entre otros.

Compartimos con el citado autor que la empresa constituye un objeto de derecho en nuestro ordenamiento legal, en tanto nuestro derecho positivo prohíbe la atomización del patrimonio, el cual reviste el carácter de universalidad jurídica, sin que puedan separarse sólo los que integran la actividad empresarial.

Ahora bien, frente a las definiciones transcritas corresponde analizar si las cooperativas prestadoras de servicios públicos pueden encuadrarse en la definición de empresa.

Para ello debemos partir de la base de que las cooperativas en análisis pertenecen a las empresas de economía social y que, por ello, gozan de algunas particularidades, aunque no necesariamente repudien la noción de empresa en términos generales.

²⁵² VÍTOLO, Daniel R., *Sociedades...*, T. I, Ob. Cit., pág. 59.

Lamentablemente a diferencia de España²⁵³, Argentina no cuenta con ley alguna que regule la economía social.

En efecto, una empresa pertenece a la economía social si su actividad productiva se basa en técnicas de organización específicas. Estas técnicas se fundamentan en los principios de solidaridad y participación (que normalmente responde a las normas de “un hombre un voto”) entre sus miembros, sean éstos productores, usuarios o consumidores, así como en los valores de la autonomía y de la ciudadanía²⁵⁴.

Por su parte la Ley N° 5/2011 española define la economía social como “el conjunto de las actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4 persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico social, o ambos”.

El concepto de economía social está asociado a un conjunto de actividades económicas, en la concepción jurídica de empresa como organización socioeconómica y no como sujeto²⁵⁵. Por ello, destacada doctrina precisa que “lo que la economía social reivindica es el reconocimiento de formas diversas de emprender, caracterizadas por valores no especulativos sino solidarios”²⁵⁶.

Como bien han señalados los autores españoles lo distintivo de estas entidades no es la carencia del fin de lucro, sino que la maximización de los resultados en este tipo de entidades consiste en obtener la mayor calidad de los servicios obtenidos a los socios o al público en general, es decir, el objetivo prioritario es satisfacer necesidades de personas antes que retribuir a los inversores el capital²⁵⁷.

Por nuestra parte, advertimos que la nota más característica de estas empresas son los propios principios orientadores de la economía social, que en muchos casos

²⁵³ Señala FAJARDO GARCÍA que el principal objetivo de esta ley es reconocer la realidad de este sector de la economía para ordenar su fomento y difusión. FAJARDO GARCÍA, Isabel G., “Las empresas de la economía social en la Ley N° 5/2011, de 29 de marzo”, *Revista Derecho de Sociedades*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, año 2012-1, N° 38, pág. 248.

²⁵⁴ Conf. Definición de la Comisión de las Comunidades Europeas, en su Comunicación al Consejo de 18 de diciembre de 1989, titulado “Las empresas de la Economía Social y la construcción de un mercado único sin fronteras”.

²⁵⁵ Para mayor información ver las distintas acepciones de empresa, conf. VICENT CHULÍA, Francisco, *Introducción al derecho mercantil*, T. I, Ed. Tirant lo Blanch, Vol. I, Valencia, 2010, pág. 304 y sigs.

²⁵⁶ FAJARDO GARCÍA, Isabel G., “Las empresas de la economía social...”, Ob. Cit., pág. 256.

²⁵⁷ Conf. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo: “Distintos tipos de Empresa”. Ponente CABRA DE LUNA, Miguel A. y ZVOLSKÁ, Marie, punto 2.4, del 1/10/2009.

son idénticos a los propios principios cooperativos. Son ellos justamente los que le aportan un signo de particularidad a este tipo de organizaciones.

Así la Ley española de la economía social N° 5/2001 señala que estas entidades actúan en base a los siguientes principios orientadores: (i) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación con sus aportaciones al capital social; (ii) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad desarrollada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad; (iii) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y la laboral y la sostenibilidad; (iv) Independencia respecto de los poderes públicos.

Por tanto, compartimos conceptos con el Informe sobre la Economía Social del Parlamento Europeo correspondiente al año 2009, que señala “que la economía social pone en evidencia un modelo de empresa que no se caracteriza por el tamaño o por sector de actividad sino por el respeto de valores comunes como la primacía de la democracia y de la participación de los actores sociales, de la persona y del objeto social sobre el beneficio individual; la defensa y la aplicación de los principios de solidaridad y de responsabilidad; la conjunción de los intereses de los miembros usuarios con el interés general; el control democrático ejercido por los miembros; la adhesión voluntaria y abierta; la autonomía de gestión y la independencia respecto de los poderes públicos y la movilización de lo esencial de los excedentes al servicio de la consecución de objetivos como el desarrollo sostenible, el interés de los servicios a los miembros y el interés general”.

De allí que podamos concluir que el concepto de empresa en general, también le es aplicable a la cooperativa prestadora de servicios públicos²⁵⁸; sin embargo, éstas

²⁵⁸ Se entiende por empresa en términos generales un conjunto de elementos de la más variada condición y naturaleza, los cuales bajo un régimen de organización —establecido en el caso por el empresario cooperativo— se afectan funcionalmente a una determinada actividad económica, consistente en la producción, comercialización o intercambio de bienes y servicios con destino al mercado. Si algún elemento resulta distintivo del concepto de empresa que han trazado los doctrinarios argentinos que fueron citados, y que podría ser incompatible con las cooperativas, sería “el mercado” como destino de los bienes y/o servicios, cuestión que es un claro ejemplo de excepción en el caso de

entidades están comprendidas también en la noción de empresa de la economía social y por ello no podemos negar sus elementos distintivos que están dadas fundamentalmente por los principios y por otras características particulares, a saber: a) Primacía del hombre sobre el objeto; b) Adhesión voluntaria y abierta y control democrático; c) Autonomía e independencia de gestión en relación con entes públicos, como privados; d) Aplicación de los excedentes al objeto, a través de reinversión o distribución mediante retorno, previa reserva legal obligatoria; e) Presencia y preocupación por el tejido social.

Estas características particulares señaladas no son elementos incompatibles con el concepto de empresa en sentido amplio, sino que le impregnan a éste características especiales.

Veamos entonces, en el punto siguiente, cómo los principios inciden sobre la naturaleza de las cooperativas bajo análisis y sobre la condición de empresa de las mismas.

IV.3.5. Incidencia de los principios cooperativos en la naturaleza de estas entidades

La idea en este apartado es analizar las conclusiones de la naturaleza de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, a la luz de los principios cooperativos.

En el tratamiento de los capítulos precedentes hemos llegado a la conclusión de que las cooperativas prestadoras de servicios públicos se corresponden con la siguiente naturaleza:

a) Son personas jurídicas privadas, en tanto y en cuanto nacen de la voluntad de un grupo de particulares-consumidores y, en segundo lugar, su origen, funcionamiento y relación con terceros (no así con el poder concedente y con los usuarios) está regida por el derecho privado. Estos factores son por sí mismos determinantes de su condición privada.

b) Encuadran perfectamente dentro del genérico concepto de sociedad comercial que dispone la Ley de Sociedades Comerciales y de sociedad conforme la nueva Ley N° 26.994, que es definida legalmente a través de los elementos que la

las cooperativas prestadoras de servicios públicos, ya que el destino de los servicios no sólo alcanza a los asociados, sino además, en general por imperio de las normas regulatorias de la actividad, a los terceros, que también son usuarios del propio servicio.

componen: pluralidad de socios, aportación para la producción e intercambio de bienes y servicios, con la finalidad de participar en los beneficios y soportar las pérdidas. Pero además mantiene importante analogías con las sociedades comerciales ya que su capital se divide en acciones y se le aplica supletoriamente la Ley de Sociedades Comerciales por expresa disposición legal.

d) Son empresas pertenecientes a la economía social.

Ahora bien, ¿es justo que nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de las cooperativas prestadoras de servicios públicos se circunscriba a reconocer que estas entidades son sociedades comerciales o simplemente sociedades y organizaciones empresarias?

Indudablemente, debemos encontrar la respuesta a este interrogante en la causa del contrato social, que excede la consecución de un fin común con la participación directa de los socios en el desarrollo del objeto y la participación de esos socios en los resultados prósperos o adversos.

Y decimos esto porque la causa del contrato social de la cooperativa no se circunscribe a la consecución de un fin común (es decir, a la satisfacción de las necesidades de los socios) y en la obtención de beneficios sociales e individuales los socios. La cuestión es más compleja en la cooperativa, y extraña desde la óptica de las sociedades comerciales²⁵⁹ y de las empresas en general.

Por ello, la doctrina sostiene que a la unitaria *causa societatis* de nuestro derecho de sociedades, la cooperativa adiciona un elemento valorativo y teleológico derivado de la recta aplicación de los principios cooperativos²⁶⁰.

De tal manera que repasaremos superficialmente los principios —que fueron tratados *in extenso* en el Capítulo II— para arribar a las conclusiones.

IV.3.5.1. Los Principios y su proyección en la naturaleza de las cooperativas prestadoras de servicios públicos

Seguidamente, repasaremos los principios cooperativos que hemos tenido oportunidad de ver en el Capítulo II, con la finalidad de distinguir si estas pautas de comportamiento que se integran a la consecución del fin común en las cooperativas, se

²⁵⁹ Conf. PANIAGUA ZURERA, Manuel, “Las Sociedades...”, Ob. Cit., pág. 115.

²⁶⁰ PANIAGUA ZURERA, Manuel, “Las Sociedades...”, Ob. Cit., pág. 115.

hallan en las sociedades comerciales (distinción válida hasta el 1 de agosto de 2015) y/o en las sociedades (conforme prevé la nueva Ley General de Sociedades).

-El principio de libre ingreso y adhesión voluntaria

Tal como hemos visto anteriormente, el principio de asociación voluntaria implica que la incorporación de una persona a la cooperativa debe ser el resultado de una decisión propia de aquella, asumida en libertad. Si este principio sólo se circunscribiera a la autonomía de la voluntad, podríamos decir que se concilia perfectamente con la naturaleza de una sociedad comercial/sociedad y empresa típica, ya que también la decisión de ser socio en una sociedad tiene origen en un acto privado y en la propia voluntad del sujeto.

Sin embargo, el principio de adhesión voluntaria en la cooperativa tiene relación con el principio de puertas abiertas y con el principio de baja voluntaria, cuestión que no tiene su correlato en el tipo de las sociedades y empresas en general, toda vez que ese ingreso y egreso abierto es característico de las cooperativas.

No se concibe en las sociedades típicas que puedan ingresar socios y salir éstos cuando quieran, y que —además— la sociedad le garantice la recompra de las acciones al socio al momento de su salida, salvo que el Estatuto Social así lo prevea.

-El principio de control democrático

El principio de control democrático en las cooperativas está relacionado con la igualdad de derecho de voto, es decir “un hombre un voto”, cuestión que no tiene correlato en las sociedades comerciales/ sociedades, en tanto en éstas, a pesar de que las decisiones deben adoptarse por las mayorías que el estatuto dispone, los votos se ejercen en base a la participación en el capital.

También, este principio importa que los elegidos como representantes deben actuar como gestores de intereses ajenos, en beneficio inmediato y mediato de la propia entidad y de los socios, y siendo responsables por su mandato.

La responsabilidad de los representantes se identifica con la responsabilidad en las sociedades comerciales/sociedades y en apoyo a esto, en el caso de Argentina, la responsabilidad de los consejeros y delegados está regida por la propia Ley de

Sociedades Comerciales hasta el 1 de agosto de 2015 y por la Ley General de Sociedades, en virtud del reenvío que hace la Ley de Cooperativas a aquella norma.

-Participación económica

El capital individual que aporte cada socio, ya sea en el momento fundacional, como posteriormente para asociarse a la cooperativa, sólo en raras ocasiones produce algún interés²⁶¹.

Es decir, si se paga un interés sobre el capital accionario, su tasa debe ser estrictamente limitada.

Este principio no tiene su correlato en las sociedades comerciales/sociedades. En tanto el rédito del capital en las sociedades son las utilidades, mientras que en las cooperativas el rédito del capital es el interés, pero éste es contingente y limitado. Ello así, por cuanto el Estatuto puede prever el pago del interés sobre el capital, pero no podrá exceder el límite que establece la propia Ley de Cooperativas que dispone que la tasa de interés no podrá exceder en más de un punto a la que cobre el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento.

-Principio de autonomía e independencia

El principio de autonomía comprende la independencia de la cooperativa frente a los agentes externos, como el Estado y frente a quienes ejerzan el control interno de la entidad, como ser entidades privadas, para evitar condicionamientos por los vínculos que se contraigan con terceros.

En definitiva, a través de este principio se pretende limitar las vinculaciones de las cooperativas con otras sociedades comerciales/sociedades y el Estado, para que en esa vinculación no se afecte la autonomía de éstas, ni el control democrático por parte de los socios de la propia cooperativa.

Este principio no tiene correlato en las sociedades comerciales y con las empresas en general, en tanto y en cuanto el control de hecho o de derecho es una situación regular en las sociedades y ello es admitido por la ley.

²⁶¹ Punto 50, primer párrafo, del “Documento de Referencia acerca de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa”, ACI, 1995 en “Los Principios... Ob. Cit., pag. 39.

-Principio de educación, capacitación e información

Las cooperativas brindan educación y capacitación a sus socios, representantes elegidos, administradores y empleados, de manera que puedan contribuir efectivamente al desarrollo de ellas.

Las sociedades comerciales/sociedades pueden —pero no deben, como las cooperativas— destinar fondos a la capacitación de sus socios, administradores y empleados, a los fines de optimizar su recurso humano y, en consecuencia, alcanzar un mayor desarrollo de la propia sociedad, aunque ello no constituye un eje rector, al que las sociedades deban adherir.

- Principio de preocupación por la comunidad

Como ya se dijo antes, el nuevo panorama cooperativo no sólo se compone de actividades cooperativas destinadas a satisfacer necesidades de sus socios, sino que ahora se exigen acciones positivas tendientes a llevar a la práctica, políticas de desarrollo comunitario y de protección del medio ambiente y los recursos.

Las sociedades comerciales/sociedades y las empresas en general, en su accionar y en la explotación de su actividad no están obligadas a velar por el medio ambiente. Sin embargo, existen muchas actividades contaminantes donde las reglamentaciones del Estado y sus controles ejercen una efectiva tutela en el accionar de las empresas en pos de la protección de los recursos naturales.

De cualquier manera ello no significa que las sociedades tengan como pauta rectora el desarrollo comunitario y la defensa del medio ambiente, salvo disposición estatutaria en este sentido.

Los principios analizados no nos desvían de la posición sobre la naturaleza de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, en cuanto que son personas privadas, encuadran dentro del concepto de sociedades comerciales o sociedades (de acuerdo a la nueva normativa que se pondrá en vigencia el 1 de agosto de 2015) y organizaciones empresariales; sin embargo, debemos reconocer que las mismas están sujetas a pautas rectoras que se integran a la finalidad perseguida por los socios en su constitución y que no se conforman con la satisfacción individual de los socios, sino

que procura la satisfacción del interés social o general, cuestión que hace que estas entidades se expandan más allá de una sociedad comercial/sociedad.

Ello ha llevado con justeza a destacada doctrina a sostener, que en las cooperativas el objetivo sería a través de los beneficios compatibles con el progreso material y social de sus miembros, que permiten a la vez el crecimiento progresivo de la empresa y su cada vez mayor incidencia en el tejido social del país²⁶².

A la cooperativa no le interesan sólo los beneficios para sus asociados, sino también colaborar con el desarrollo general de su comunidad.

Así las cosas, existen dos principios que nuestro a modo de ver, hacen que las cooperativas prestadoras de servicios públicos, se expandan más allá de una sociedad comercial/sociedad y de una organización empresaria típica; éstos son el principio de educación, capacitación e información y el de preocupación por la comunidad y el medio ambiente.

El principio de educación, capacitación e información, está orientado hacia adentro a los efectos de fortalecer a la cooperativa, a través de la formación de los cooperadores, y hacia afuera, para quienes no estén integrados a una cooperativa puedan reconocer sus valores. Por ello, esta pauta rectora que se integra a la causa cumple una función de interés social más allá de la propia satisfacción de los intereses de los socios y, por tanto, no se compadece con una sociedad comercial/sociedad y de la empresa en general.

De igual manera, el principio rector de preocupación por la comunidad y medio ambiente que se integra a la causa del contrato de sociedad cumple una función de interés general que excede la finalidad de una sociedad comercial/sociedad y de una empresa que no pertenezca a la economía social, aunque en el caso de las cooperativas prestadoras de servicios públicos tiene que ver con la finalidad de la propia cooperativa y, por tanto, este principio también nos aparta de las características de la sociedad comercial.

Los otros principios, si bien particulares de las cooperativas y que importan que las personas que se asocian lo hacen con un régimen de libre adhesión y baja voluntaria, con una estructura de funcionamiento democrático y procurando constituir una organización autónoma e independiente para satisfacer intereses económicos de

²⁶² PASQUIER, Albert, "L' Economie Sociale, Propositions pour une définition: ES=E+H", *La Revue de l' Economie Sociale*, julio-septiembre de 1984, pág. 43-61, citado por MORILLAS JARILLO María J. y FELIÚ REY, Manuel I., *Curso de cooperativas*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 75.

los socios, no tienen una directa relación con objetivos sociales más amplios y globales, como los que encontramos en los principios de preocupación por la comunidad y de educación. Justamente, estos dos últimos principios hacen que estas cooperativas, que a nuestro modo de ver comparten la naturaleza de las sociedades comerciales y de las sociedades, sean consideradas un *sub tipo* especial de sociedad comercial/sociedad y de empresa, pero sin dejar de pertenecer al concepto general de sociedades comerciales o sociedades y organizaciones empresarias, pero excediendo la causa-fin directa que es la satisfacción de las necesidades de los socios, en procura no solo de los beneficios sociales e individuales de los socios, sino también del desarrollo de la sociedad donde se desenvuelven.

Podríamos decir que estas entidades comparten las características de lo que en otras latitudes se llaman las empresas B, es decir aquellas que tienen un objeto social que no es exclusivamente el lucro, sino también ayudar a su comunidad como agentes de progreso, creadores de fuentes de trabajo y bienestar.

“Las empresas B constituyen una idea que, partiendo de las empresas comerciales y utilizando el poder del mercado, las hacen motor para la solución de problemas sociales y ambientales. Junto a ello, buscan un reconocimiento especial de la comunidad por parte no solo y no principalmente del Estado, sino de todos los sectores que la componen...”²⁶³

Así, las empresas comerciales —generalmente organizadas jurídicamente como sociedades de capital— tienden a buscar ganancias para su distribución. Pero en estos casos estas sociedades, aun cuando puedan constituirse como sociedades comerciales, no tienen como objeto final maximizar lucros (aunque obtengan ganancias), sino que están más interesadas en colaborar con inquietudes sociales.

Por eso los autores dicen que “Las empresas B —o como quieran llamarse— serán el modelo de un nuevo compromiso social, que permitirá a los creadores de empresas comerciales que, actuando según las reglas del mercado, destinen parte de sus beneficios a desarrollar acciones sociales en pro de la comunidad en general o

²⁶³ En Estados Unidos ya comenzaron a avanzar en 2007, con la creación de B-Lab, un gabinete privado, que desarrolló un conjunto de más de 500 Empresas B (o B Corporations como son llamadas en inglés) en ese país a lo largo de más de 60 industrias y con un nivel de facturación colectiva en el orden de los 3.000 millones de dólares. Teniendo en cuenta esta experiencia, el Sistema B se propone inaugurar e impulsar un mercado sudamericano para ciudadanos, empresas e inversionistas de impacto. Ya hay empresas B en Chile, Colombia, Brasil y Argentina, por ahora, sin legislación de apoyo. ECHEVERRY, Raúl A., “Creación de un nuevo tipo societario de gran beneficio social”, *La Ley*, publicado en fecha 02/10/13.

bien, tareas puntuales para el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de su entorno”²⁶⁴.

El Estado a través de las distintas regulaciones y de otros canales debería promover estas entidades que benefician a la gente y ayudan a cumplir sus propios fines. En este sentido, se ha dicho —cuestión que compartimos —que “es básico contar con un marco regulatorio adecuado, que vaya en directo beneficio a la comunidad a través de una comunidad de Empresas B, con el objetivo de diferenciarlas, promoverlas y resguardarlas estructuralmente”²⁶⁵.

Justamente, la multiplicidad de regímenes regulatorios a los que están sometidas las cooperativas prestadoras de servicios públicos y la necesaria adecuación de esta normativa a la condición de dichas entidades serán abordados en los siguientes capítulos.

²⁶⁴ ECHEVERRY, Raúl A., “Creación de un nuevo tipo societario...”, Ob. Cit., publicado en fecha 02/10/13.

²⁶⁵ ECHEVERRY, Raúl A., “Creación de un nuevo tipo societario...”, Ob. Cit., publicado en fecha 02/10/13.

CAPÍTULO V: La naturaleza como determinante del régimen aplicable

V.1. Introducción

La definición de la naturaleza jurídica de la cooperativa prestadora de servicios públicos, como ya hemos mencionado, ha perseguido desentrañar el régimen aplicable a los actos, contratos, bienes, vinculaciones con el personal, competencia de los jueces, entre otras cuestiones.

En el capítulo anterior se ha arribado a la conclusión de que las cooperativas bajo estudio son personas privadas y que el criterio que determina tal condición es el origen (nacen de la voluntad de personas privadas, un grupo de consumidores y usuarios) y la regulación sobre la existencia y funcionamiento de la persona.

De allí que las cooperativas prestadoras de servicios públicos son personas privadas en parte porque el régimen que recae sobre su constitución, capacidad, funcionamiento, organización y el fin de su existencia, es el derecho cooperativo y, en subsidio, la Ley de sociedades comerciales por expreso reenvío de la Ley de cooperativas²⁶⁶.

A su vez, como consecuencia del tratamiento en el Capítulo III de la noción de servicio público y teniendo en cuenta las conclusiones del Capítulo IV sobre la naturaleza de las cooperativas bajo estudio, es forzoso concluir que no existe conexión entre la prestación o gestión del servicio y el carácter de la persona que lo preste.

Nosotros partimos de una concepción objetiva del servicio público, esto es que no todas las actividades que garantiza el Estado pueden englobarse en el concepto de servicio público. Para que sea encuadrable en tal carácter se requiere primordialmente que el Estado declare a una actividad económica sometida a un régimen de derecho público exorbitante. Ello significa que tal régimen es el que debe aplicarse a todos los hechos que estén regidos por el propio servicio público, pero ello en modo alguno significa que dicho régimen proyecte una mutación de la personalidad del ente que lo explota.

El *imperium* que goza una entidad prestadora de servicio público y el control estatal de gestión, es una potestad temporal que tiene el concesionario en mérito de un contrato que lo une con el Estado, pero ello por sí mismo no implica una convertibilidad de su ser.

²⁶⁶ Conf. art. 118 Ley de Cooperativas N° 20.337.

Si el concesionario es un actor privado, éste actúa en virtud de un contrato que lo habilita para el ejercicio de potestades y privilegios propios del poder público, pero sigue conservando su carácter privado, aunque el régimen que deba aplicarse a la relación entre éste y el Estado concedente —y con relación al usuario— sea de carácter público administrativo en lo referente a la reglamentación del servicio.

Por ello, para nosotros, ni la actividad desarrollada por estas cooperativas, ni el régimen que se aplica a la relación Estado/cooperativa determinan la calidad de persona, aunque reconozcamos que el derecho público será aplicable en parte a la actividad, cuestión que se profundizará en el apartado V.7 de éste capítulo.

Aun cuando nos postulamos a favor de la condición privada de las cooperativas en cuestión, en lo sucesivo analizaremos las principales diferencias existentes entre los regímenes que usualmente le son impresos a las cooperativas de servicios públicos partiendo de las distintas posiciones sobre la calidad de la persona, ya sea personas públicas estatales, personas públicas no estatales y personas privadas. Creemos necesario analizar las consecuencias en el régimen que puede derivarse de la posición que se adopte sobre la naturaleza de la persona, a los efectos de dimensionar su alcance. Una vez que analicemos los efectos que acarrea la posición sobre la condición de persona pública o persona pública no estatal de las cooperativas bajo estudio, abordaremos con más detalle el régimen que juzgamos aplicable, conforme nuestra posición respecto de la persona.

V.2. Con relación al régimen de los actos jurídicos

V.2.1. Régimen aplicable a los actos jurídicos conforme la naturaleza pública de las Cooperativas prestadoras de servicios públicos

Las conclusiones sobre la naturaleza jurídica de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, tendrán incidencia en los actos jurídicos que emanan de estas entidades.

Así si se ubica a la cooperativa de servicios públicos dentro de la categoría de personas públicas estatales o no estatales, los actos estarán regidos por el derecho público en lo referente al acto administrativo. Ello así, en tanto las personas públicas

estatales o no estatales manifiestan su voluntad, por antonomasia, a través de actos administrativos²⁶⁷.

En este sentido, como dice Gordillo: “existen en el Estado moderno numerosas entidades que han sido creadas por el legislador para ejercer cierto tipo de funciones administrativas, a las cuales se les confiere legalmente un cierto poder público para actuar, en nombre del Estado y con su potestad. En tales casos parecería contradecirse a la realidad si se les negara a esos actos el carácter de administrativos, a los efectos de la aplicación del régimen legal correspondiente en cuanto hace a la tutela del particular frente al ejercicio del poder público: limitaciones, nulidades, vicios, acciones, etc.”²⁶⁸.

Veamos las consecuencias de partir de considerar actos administrativos a los actos emanados de las cooperativas.

Sabido es que por imperio de los principios que rigen el derecho público administrativo, que giran en torno a la sacra figura del interés público, el obrar de los organismos públicos se encuentra amparado por un régimen exorbitante, donde se presentan verdaderas prerrogativas del poder público.

Tiene dicho la doctrina que “La prerrogativa es la potestad pública caracterizada por el *imperium* estatal” y, a su vez, “la prerrogativa se ubica en un plano superior a la relación jurídica singular siendo un poder abstracto general e irrenunciable, cuyo fundamento emana del ordenamiento jurídico del Estado”²⁶⁹.

Así, tales prerrogativas hacen distintivo al acto administrativo del acto jurídico privado y acarrea consecuencias que la diferencian del régimen general de los actos. La primera distinción que surge es la ejecutoriedad de los actos administrativos, como consecuencia de la presunción de legitimidad.

Este privilegio “habilita a los órganos que ejercen la función materialmente administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial, apelando excepcionalmente al uso de la coacción dentro de los límites dispuestos por el ordenamiento jurídico”²⁷⁰.

La “presunción de legitimidad” y la “ejecutoriedad” se complementan, y deriva de esa conjunción la posibilidad jurídica de que el acto sea puesto inmediatamente en práctica²⁷¹.

²⁶⁷ Conf. DROMI, José R., *Manual...*, T. I, Ob. Cit., pág. 472.

²⁶⁸ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, T. III, Ob. Cit., pág. I- 15.

²⁶⁹ CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, T. II, Ob. Cit., pág. 19.

²⁷⁰ CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, T. II, Ob. Cit., pág. 21.

²⁷¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., 2003, pág. 372 y sigs.

Es decir, queda abierta la posibilidad de ponerlos en práctica por sí y ante sí, sin necesidad de requerir su cumplimiento al órgano judicial, con la salvedad puesta en que sí será necesaria la autorización del Poder Judicial en caso de que para el ejercicio del acto se requiera coacción en las personas o en las cosas. Esto último constituye un límite legal que permite poner freno al poder público en pos de proteger derechos constitucionales de los particulares.

La “presunción de legitimidad”, que como hemos visto dota de virtualidad al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, a su vez tiene influencia directa sobre el régimen de nulidades de los actos administrativos —diametralmente opuesto al régimen ordinario de nulidad de los actos previsto en el Código Civil argentino— pues sus premisas giran en torno al principio de “estabilidad de los actos”.

Otra nota distintiva del acto administrativo, con respecto a los actos jurídicos en general, estriba en el carácter de instrumento público que se le ha impreso en concordancia con el artículo 979 inciso 2²⁷² del Código Civil Velezano, que se ve replicado a su vez en el inciso b) del artículo 289 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que dispone: “Son instrumentos públicos: ...b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes;...”.

Para que un acto administrativo adquiera dicha formalidad, con los efectos probatorios establecidos en los artículos 993, 994 y 995²⁷³ se exige a tal fin que una ley disponga el carácter de instrumento público sobre determinado acto o grupo de

²⁷² El art. 979 inc. 2 del Código Civil argentino dice: “Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: (...) 2) Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado”.

²⁷³ La parte pertinente de los artículos referidos del Código Civil argentino dicen: art. 993: “El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso...”; 994: “Los instrumentos públicos hacen plena fe, no sólo entre las partes, sino contra terceros...”; 995: “Los instrumentos públicos hacen plena fe de las enunciaciones de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal...”.

A su vez los arts. correlativos a los transcriptos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación dicen: “Art. 293: Competencia. Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado”.

“Art. 296: Eficacia probatoria. El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal; b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario”.

“Art. 298: Contradocumento. El contradocumento particular que altera lo expresado en un instrumento público puede invocarse por las partes, pero es inoponible respecto a terceros interesados de buena fe”.

actos administrativos. Así lo ha puesto de manifiesto Cassagne²⁷⁴, al decir que “ello nos inclina a decidimos por una interpretación finalista del artículo 979, inciso 2 del Código Civil y a exigir como garantía para la fe pública y el sistema probatorio de los documentos administrativos que constituyan instrumentos públicos, el requisito de la norma legal expresa y el cumplimiento de las formas prescriptas por las leyes y reglamentos”.

En un mismo sentido se vuelca Gordillo²⁷⁵, cuando terminantemente dice que “El artículo 979 del Código Civil no incluye a los actos ni a las actuaciones administrativas (...) si se analiza detenidamente el artículo 979, se encuentra mucho más fundamento a la tesis negativa que a la afirmativa del carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas”. Y que “aun admitiendo el carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas, el efecto de tal naturaleza no es otro que el de hacer plena fe del otorgamiento y la fecha del instrumento, no de su contenido dispositivo o enunciativo (COUTURE), ni de los hechos a los cuales se refiere (MAIRAL)”.

Lo cierto es que, por lo expuesto hasta ahora, es fácilmente apreciable la disimilitud entre los regímenes privado y público de los actos.

Por último, cabe resaltar que algunos autores²⁷⁶ que sostienen el carácter de persona pública no estatal de las cooperativas bajo estudio consideran que “el acto cooperativo de la cooperativa pública debe ajustarse en todos sus requisitos, de manera analógica, a lo preceptuado en las leyes de procedimiento para el acto administrativo, porque la cooperativa pública es un ente público no estatal, que cumple función administrativa”.

De tal modo que esta corriente considera que “El acto cooperativo realizado por la cooperativa pública en consecución de su objeto social, importa siempre la gestión de un servicio público y traduce una modalidad o especie de acto administrativo”. A su vez, se agrega que “el alcance del acto cooperativo administrativo puede ser de carácter restringido en cuanto se limita a establecer exclusivamente las relaciones jurídicas entre la cooperativa y sus asociados, y de carácter amplio en cuanto establece relaciones jurídicas, no sólo entre las cooperativas

²⁷⁴ CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, T. II, Ob. Cit., pág. 255.

²⁷⁵ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, T. III, Ob. Cit., págs. VII- 13 y VII- 17.

²⁷⁶ DROMI, José R., “Cooperativas Públicas” en AA.VV, *Cooperativas de servicios públicos*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1987, pág. 79.

y sus asociados, sino también entre la cooperativa y los sujetos no asociados, usuarios del servicio que presta”²⁷⁷.

Por ello, son importantes las conclusiones sobre la naturaleza de las cooperativas de servicios públicos, en tanto su génesis nos conducirá hacia una concepción del acto emanado por estas entidades, ya sea éste público o privado, impactando ello en el régimen aplicable.

V.2.2. Régimen aplicable a los actos jurídicos de acuerdo al carácter privatista de la cooperativa prestadora de servicios públicos

Conforme la posición adoptada en el Capítulo III, para nosotros la naturaleza de la cooperativa prestadora de servicios públicos es una persona privada y, por tanto, el derecho privado es el que rige a los actos jurídicos de la cooperativa, sin perjuicio de que será el derecho público el que rija todo lo referente a la reglamentación del servicio. En aquellos actos jurídicos privados, para determinar cuál es la rama del derecho privado que debe aplicarse a los actos que emanan de estas entidades se debe atender a las relaciones que entable la cooperativa.

Antes de detenernos en la normativa especial cooperativa, es dable describir cómo queda configurada la doctrina del acto jurídico a la luz del nuevo Código Civil y Comercial argentino próximo a entrar en vigencia. El artículo 944 del Código Civil de Vélez Sarsfield dispone que “Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”; el panorama no ha sufrido grandes variaciones. Es así que el artículo 259 del nuevo Código Civil y Comercial describe “El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. En definitiva, el único cambio relevante es la incorporación de la noción “relaciones y situaciones jurídicas”, debiéndose entender por relaciones jurídicas las que se establecen entre dos o más personas del cual emanan deberes y derechos, tales como los contratos; mientras que la situación jurídica es la posición de un sujeto que genera derechos regulados por ley y no por la voluntad de las partes.

Nos detendremos entonces en la relación jurídica existente entre la cooperativa y el asociado/usuario. La Ley de Cooperativas argentina dispone en su artículo 4° que

²⁷⁷ DROMI, José R., “Cooperativas públicas”, en AA.VV, *Cooperativas de ...*, Ob. Cit., pág. 79.

“son actos cooperativos los realizados entre las cooperativas y sus asociados y por aquéllas entre sí en el cumplimiento del objeto social y la consecución de los fines institucionales”.

La doctrina se pregunta si existe un doble género de relaciones, asociativa una y de origen contractual otra, como consecuencia de los actos bilaterales celebrados con aquella para proveerse de tales servicios; o si, por el contrario, da lugar a una única relación en la que ambos elementos o calidades vienen a fundirse e integrarse²⁷⁸.

Al respecto, la polémica se puede circunscribir en las siguientes posiciones:

“a) Régimen amplio por la calidad simultánea de los sujetos como asociados y usuarios, en cuanto a que existe un doble juego de relaciones jurídicas, asociativa una que se vincula con la participación del socio en la organización común de carácter social, y las relaciones que se refieren a la consecución de bienes o servicios que la entidad proporciona a los asociados, que ingresan en los contratos comunes.

b) Criterio restrictivo en cuanto a que la consecución de los bienes o servicios que la cooperativa obtiene o procura el socio, es elemento integrador de la relación social donde ambas calidades se funden o integran manifestándose en ello precisamente la mutualidad, destacando la prevalencia del carácter asociativo.

c) Aun dentro del carácter restrictivo, cuando no obstante ajustarse el acto a los presupuestos que le ubican como un verdadero acto cooperativo, contiene éste además matices particulares, cláusulas accesorias, obligaciones asumidas por las partes que se insertan en la normativa tradicional, exhibiendo una pluralidad de vínculos interdependientes, resultando por ello estas normas plenamente operativas en todo lo que resulte compatible con el acto en cuestión...²⁷⁹”.

No compartimos la tesis amplia, ya que la consecución de los servicios en un asociado es elemento integrador de la relación social, forman parte del objeto, por lo que no existe un desdoblamiento en las relaciones en una cooperativa, sino que la relación es “una” y está fundada en el propio contrato social constitutivo y su estatuto²⁸⁰.

Aceptando la especificidad propia del acto cooperativo y la unidad esencial de la relación jurídica, entre la cooperativa y los cooperadores, el régimen privado que rige la relación cooperativa/asociado es el derecho cooperativo, el estatuto y el

²⁷⁸ ALTHAUS, Alfredo A., *Tratado...*, Ob. Cit., pág. 172.

²⁷⁹ CORBELLA, Carlos J., “El Acto Cooperativo”, en AA.VV, *Régimen Jurídico de las cooperativas*, Ed. Colegio de Abogados del Dpto. Judicial de La Plata, Buenos Aires, 1990, pág. 76 y sig.

²⁸⁰ Nuestra posición será desarrollada *in extenso* en el Capítulo VIII.

reglamento, y si tales normas no dan solución al caso se debe recurrir a aplicar por analogía las normas ordinarias o del negocio o contrato que asuma dicho vínculo²⁸¹.

En otras palabras, el régimen que rige los actos cooperativos, entendiendo por estos los realizados entre las cooperativas y sus asociados, es el derecho cooperativo, porque la contratación aparece dominada por los fines asociativos, pero ello no quita que en el caso de no poder resolverse la cuestión aplicando las normas directas del sistema deben aplicarse los principios atinentes a los presupuestos y las normas correspondientes a la estructura del negocio que se subsume en la relación²⁸²; pero siempre serán aplicables las normas de derecho privado.

A su vez, el acto cooperativo no tiene efectos con relación al tercero no asociado. Este es un absoluto tercero en relación con la cooperativa. Cuando se relaciona con la cooperativa no tiene más remedio que formalizar un contrato de compraventa a valores de mercado.

Con lo cual, la cooperativa se comporta en estos casos como un intermediario y como cualquier sociedad lucrativa típica, en consecuencia, se aplicará a dicha relación el derecho privado que corresponda al caso.

Ello sin perjuicio de que la legislación argentina de cooperativas trae una norma de muy difícil interpretación, que es el artículo 4º, segunda parte, de la Ley de cooperativas que dispone que los actos llevados a cabo con terceros, con idéntica finalidad, es decir, en el cumplimiento del objeto social y la consecución de los fines institucionales serán actos cooperativos para la cooperativa.

Con justicia se ha criticado “la ausencia de precisión de su régimen y consecuencias cuando el ente contrata con terceros”²⁸³. Así como también se ha dicho, en referencia al régimen del acto cooperativo, que “no podemos silenciar la objeción que nos merece la inclusión en su ámbito de actos celebrados con no asociados”²⁸⁴.

La doctrina no ha logrado descifrar el contenido de este artículo, ya que no resulta fácil dentro de la armonía de nuestro sistema legal que un acto sea cooperativo para una parte y no lo sea para otra.

²⁸¹ Conf. art. 16 del Código Civil que prescribe: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de la leyes análogas; y si aún la cuestión fuera dudosa, se resolverá por los principios general del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

²⁸² C.N. Civil, Sala A, “Menutti Armando c/ Coop. de Vivienda La Naval Ltda.”, de fecha 24/03/1987, publicado en *El Derecho*, Boletín del 16/7/87.

²⁸³ ALTHAUS, Alfredo A., *Tratado...*, Ob. Cit., pág. 169.

²⁸⁴ ALTHAUS, Alfredo A., *Tratado...*, Ob. Cit., pág. 170.

El acto que haga la cooperativa con un tercero es claramente bilateral. No se advierte entonces cómo ese acto puede tener dos calidades²⁸⁵.

Al respecto, Pastorino ha señalado que “No es fácil explicar cómo un acto bilateral puede tener una naturaleza para una parte y otra distinta para la otra parte. Las leyes pueden, y así lo hacen, regular la realidad; pero no pueden inventarla”. Según este autor, “ya he dicho que el acto cooperativo es unilateral y colegiado; esa unilateralidad responde a que todos los integrantes del colegio cooperan, y entonces para ellos la persona jurídica cooperativa es el marco dentro del cual pueden actuar cooperativamente. Pero el tercero se enfrenta con la persona jurídica; él no forma parte del colegio; él es una parte y la otra es la cooperativa, sus intereses son contrapuestos y tanto que la cooperativa lucra a costa del tercero. El acto que haga la cooperativa con el tercero es claramente bilateral. No se advierte, entonces, cómo ese acto puede tener simultáneamente dos calidades”²⁸⁶.

Por lo tanto, en el caso del tercero no asociado la relación usuario-cooperativa es claramente negocial y comercial y en consecuencia el régimen aplicable es el derecho privado. Sin perjuicio de que hay que tener también presente, que en las cooperativas prestadoras de servicios públicos, a esa relación puede aplicársele el derecho público, que regla determinados aspectos de la actividad de estos entes.

La posición adoptada sobre los actos emanados de las entidades prestadoras de servicios públicos se corresponde con la naturaleza jurídica de las mismas, conforme el carácter eminentemente privatista al que se ha arribado en el Capítulo III.

V.3. Con relación al régimen de los bienes

V.3.1. Régimen aplicable a los bienes de acuerdo a la naturaleza pública de estas entidades

Siguiendo con el análisis, corresponde ahora vislumbrar las consecuencias derivadas de enrolar a las cooperativas de servicios públicos en el ámbito público con relación al régimen aplicable sobre los bienes de su propiedad.

²⁸⁵ PASTORINO, Roberto J., *Teoría general del Acto Cooperativo*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1993, pág. 97.

²⁸⁶ PASTORINO, Roberto J., *Teoría general del Acto...*, Ob. Cit., pág. 96 y sig.

Al respecto, debemos decir que si consideramos a la cooperativa de servicios públicos como persona pública estatal, el régimen aplicable será el de dominio público —más allá de que coexista con el régimen de dominio privado del Estado—, por lo cual, tratándose de bienes “públicos” rigen a su respecto en todo su rigor las consecuencias de la “inalienabilidad” y de la “imprescriptibilidad”²⁸⁷.

En lo que respecta a las personas públicas no estatales, existen opiniones de autores en el sentido de que los bienes de las cooperativas de servicios públicos integran el dominio público, cuando están afectados a la prestación de servicios públicos esenciales²⁸⁸.

El Código Civil argentino prevé la distinción entre dominio público y dominio privado del Estado en arts. 2.340 y 2.342 y similar disposición encontramos en los arts. 235 y 236 del Código Civil y Comercial con entrada en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015²⁸⁹.

²⁸⁷ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., 2003, pág. 101.

²⁸⁸ DROMI, José R., *Manual...*, T. I, Ob. Cit., pág. 471.

²⁸⁹ El art. 2.340 del Código Civil prescribe: “Quedan comprendidos entre los bienes públicos: 1° Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua; 2° Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros; 3° Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación; 4° Las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias; 5° Los lagos navegables y sus lechos; 6° Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares; 7° Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; 8° Los documentos oficiales de los poderes del Estado; 9° Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico”. Por su parte, el art. 2.342 del Código Civil dispone que “Son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares: 1° Todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño; 2° Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra; 3° Los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este código; 4° Los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado o por los Estados por cualquier título; 5° Las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios”. El art. 235 del Código Civil y Comercial dispone: “Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes p pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso; c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del

El dominio público es un conjunto de bienes de propiedad de una persona pública que, por los fines de utilidad común a que responde, están sujetos a un régimen especial de derecho público.

De acuerdo a distinguida doctrina²⁹⁰ el concepto de dominialidad pública esta integrado por cuatro elementos: a) Subjetivo; b) Objetivo; c) Teleológico, y d) Normativo.

El aspecto subjetivo se relaciona con la premisa de que los bienes públicos no son bienes sin sujeto. Para este autor el sujeto titular de los bienes dominicales no es sólo el Estado, sino también entidades públicas y los entes públicos no estatales. En este caso, son titulares del dominio público si sus bienes están afectados a la prestación de un servicio público o función pública.

El aspecto objetivo indica cuáles son las cosas sujetas a dominialidad pública. Se aplica al caso la distinción de las cosas que prevé el Código Civil que son materia de dominio: cosas corporales e incorpóreas; muebles e inmuebles; consumibles y no consumibles; divisibles y no divisibles; inmateriales y derechos; entre otras.

El elemento teleológico infiere que debe responder a un fin de que debe ser afectado al bien o utilidad o comodidad común.

Por último, el elemento normativo es el determinante de la condición de la dominialidad pública, ya que su sometimiento puede ser únicamente dispuesto por la autoridad competente.

Como se dijo antes que ahora si se concibe a las cooperativas prestadoras de servicios públicos como personas públicas, sus bienes pertenecerán a la dominialidad

propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares; e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; g) los documentos oficiales del Estado; h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos". Por su parte, el art. 236 del Código Civil y Comercial dispone: "Bienes del dominio privado del Estado. Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales: a) los inmuebles que carecen de dueño; b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería; c) los lagos no navegables que carecen de dueño; d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros; e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título".

²⁹⁰ DROMI, José R., *Manual...*, T. I, Ob. Cit., pág. 18 y sigs.

pública y, por lo tanto, resultarán inalienables; imprescriptibles; inembargables e inejecutables.

Se entiende por inalienables que no se pueden transferir salvo que se desafecten al respectivo bien de dominio público. Por imprescriptibles se comprende a todas las cosas que no estén sujetas al comercio, como son las afectadas al uso público. A su vez, resultan inembargables porque los jueces no pueden cambiar el destino de los bienes afectados al dominio público y de allí que tampoco puedan ser ejecutables porque no son comprendidos en el objeto de la compraventa.

El nuevo Código Civil y Comercial replica estos caracteres en su artículo 237, en los siguientes términos: “Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales”.

V.3.2. Régimen aplicable a los bienes según nuestra posición de persona privada de las cooperativas prestadoras de servicios públicos

La situación es muy diferente al analizar el régimen de los bienes a la luz de nuestra concepción privada de las cooperativas prestatarias de servicios públicos, aunque no difiere mucho en los efectos, como veremos.

Al respecto seguimos a Marienhoff²⁹¹, quien describe acabadamente el régimen aplicable a este caso: “Los bienes pertenecientes a un concesionario de servicio público, afectados a la prestación de dicho servicio, son bienes '*privados*' de dicho concesionario: los bienes de referencia no pueden revestir calidad de '*públicos*' porque en la especie faltaría uno de los elementos esenciales de la dominicalidad: el elemento '*subjetivo*'. Pero no obstante que los bienes en cuestión son bienes '*privados*' del concesionario, se hallan sometidos a un régimen jurídico especial mientras dure su expresada afectación. Tal régimen especial tiene por objeto rodear a dichos bienes de las garantías necesarias para impedir su *exclusión* del servicio público y que ello pueda comprometer la continuidad o regularidad de la prestación del servicio. En consecuencia, dichos bienes privados del concesionario, afectados por éste a la prestación del servicio, quedan amparados por todos los principios jurídicos que tiendan a impedir la interrupción o paralización de un servicio público”.

²⁹¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado ...*, T. II, Ob. Cit., pág. 101.

Esta tesis concuerda perfectamente con nuestra noción de cooperativa de servicios públicos. Al respecto, hemos sentado que la cooperativa de servicios públicos es un sujeto de derecho privado; más de la particular relación que une a estas cooperativas con el objeto de su actividad —los servicios públicos que están regulados por el derecho administrativo—, aquéllas gozan de ciertas prerrogativas propias del régimen exorbitante del derecho público, las cuales son otorgadas por el Estado a fin de que sean tuteladas las exigencias constitucionales de calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

Ejemplo de aquellas garantías lo constituyen normas que en su caso disponen expresamente la inejecutabilidad de los bienes o inembargabilidad de las rentas de estas entidades que se encuentren afectadas a la prestación del servicio básico, aunque más no sea por el período correspondiente a un ejercicio, permitiéndole a las entidades hacer las previsiones del caso²⁹².

Tales disposiciones se corresponden con los principios jurídicos que tiendan a impedir la interrupción o paralización de un servicio público, máxime cuando la entidad prestadora es una cooperativa. En efecto, como la entidad no lucra con su base social es difícil que cuente con reservas para hacer frente a contingencias hasta no incorporarla dentro de los costos que luego serán la base del cuadro tarifario que apruebe el Órgano de Control.

Este tipo de manda legal busca resguardar los bienes sometidos al servicio público en tanto es función del Estado asegurar la prestación del mismo²⁹³, pero ello no implica que los bienes no conserven el carácter de privados. Dentro de los bienes que deben resguardarse están comprendidos tanto los bienes inmuebles, como los muebles, como así también las sumas dinerarias depositadas en cuentas bancarias y que permitan el mantenimiento y la calidad del servicio.

La posición jurídica hasta aquí desarrollada ha encontrado eco en la jurisprudencia de la Provincia del Neuquén²⁹⁴.

²⁹² La Constitución de la Provincia del Neuquén expresamente establece en su art. 155: “El Estado provincial, las Municipalidades y sus entidades descentralizadas pueden ser demandadas judicialmente de manera directa. Pero si fuesen condenadas a pagar suma de dinero no se hará ejecución ni se trabará embargo alguno en sus bienes o rentas, debiendo en tal caso la Legislatura, el Concejo Deliberante o la Comisión Municipal respectiva, en el período de sesiones ordinarias inmediatamente posterior a la ejecutoria, arbitrar las formas de efectuar el pago, cesando el privilegio si así no lo hiciere. En la misma forma se procederá con los bienes pertenecientes a las empresas de servicios públicos”.

²⁹³ AAVV, PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Servicios Públicos...”, Ob. Cit., pág. 12.

²⁹⁴ Conf. “Avalos, Mario c/ Cooperativa de Servicios Públicos y Comunitarios CALF Ltda. s/ Ejecución de Sentencia”, Expte. N° 51.536, Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 5 de la Provincia de Neuquén, de fecha 17/08/2010 y “Navarrete, Marcos Damián c/ Mardones Juan y otros s/ Daños y

V.4. Con relación al régimen de los contratos

V.4.1. Régimen aplicable a los contratos de acuerdo a la concepción de persona pública de las cooperativas en cuestión

Continuando con el examen de los efectos de la naturaleza sobre el régimen, ahora es el turno de observar las consecuencias derivadas de la adopción de la condición de persona pública de la cooperativa prestataria de servicios públicos, en cuanto al régimen de los contratos.

No cabe duda alguna de que para quienes se postulan porque la naturaleza de las cooperativas de servicios públicos se corresponde con una persona pública, el régimen a aplicar es el de los contratos administrativos, cuya manifestación en nuestro derecho positivo, dentro del orden nacional, está dada por los Decretos 1.023/01²⁹⁵ y 436/00²⁹⁶, la Ley de Obra Pública (13.064), y los artículos 1.137²⁹⁷ y siguientes del Código Civil.

El carácter distintivo de estos contratos —más allá de los procedimientos y las formalidades esenciales a la que están sujetos— está constituido por el cúmulo de prerrogativas existentes a favor del Estado. Entre ellas encontramos la que concierne a la dirección y control del contrato, el “*ius variandi*” que atenúa los efectos del “*pacta sunt servanda*” del artículo 1.197 del Código Civil²⁹⁸, así como también la

perjuicios”, Expte. N° 309.417/2004 Juzgado Civil, Comercial y de Minería N°4 de la Provincia de Neuquén, de fecha 14/04/2008.

²⁹⁵ El Decreto lleva como título: Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Decreto Delegado N° 1023/01.

²⁹⁶ El Decreto se corresponde con el título: “Régimen de contrataciones de la Administración Nacional”, reglamentario del Decreto Delegado N° 1023/01. Vale añadir, como dato curioso, que hasta su sanción en el año 2012 regía el Decreto N° 436/00, sancionado en el año 2000, y que reglamentaba el Decreto Delegado que establece el régimen general de contrataciones públicas, habiéndose sancionado éste en el año 2001, es decir, con un año de posterioridad. Esta “desprolijidad” normativa tuvo su razón de ser en que el Decreto N° 436/00 estaba destinado en un principio a reglamentar la derogada Ley de Contabilidad (N° 14.467), y la postrera Ley de Administración Financiera (N° 24.156) en lo atinente al artículo que sostenía con vida a la sección de contrataciones prevista en la primera Ley mencionada.

²⁹⁷ El art. 1137 del Código Civil argentino dice: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. Con este precepto normativo comienza el Título I de la Sección Tercera del Libro Segundo del Código Civil, atinente a las obligaciones que nacen de los contratos. En el mismo sentido el Código Civil y Comercial que se pondrá en vigencia en el presente año dispone como definición de contrato en el art. 957: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

²⁹⁸ El art. 1197 del Código Civil argentino reza: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. A su vez, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece en el art. 959: “Efecto vinculante. Todo contrato válidamente

inoponibilidad de la “*exceptio non adimpleti contractus*”; todo ello en razón de la preeminencia del interés público por encima del interés particular.

En resumidas cuentas, el Estado puede modificar o extinguir un contrato administrativo por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, en atención al interés público a que hiciéramos mención.

Sin embargo, vale aclarar que, así como existen estas facultades extraordinarias en cabeza del poder público, también hallamos las garantías constitucionales de los administrados. Es así que el Estado deberá hacerse cargo de la respectiva indemnización, ya que aquí la garantía de la propiedad juega en armonía con el sistema del régimen exorbitante ya apuntado. Con relación a esta cuestión se ha discutido la extensión del resarcimiento. La mayoría de la doctrina aplica analógicamente el art. 10 de la Ley N° 21.499²⁹⁹ y sostiene que es sólo indemnizable el daño emergente y no el lucro cesante. Otro sector doctrinario aboga por una indemnización integral³⁰⁰.

En cuanto al régimen vigente para los entes públicos no estatales, mayormente la doctrina³⁰¹ e importante jurisprudencia³⁰² deja afuera a aquellos de la órbita de los contratos administrativos, prescribiendo que toda contratación que efectúen estará regida por la regulación ordinaria prevista en el Código Civil.

Sin embargo, existe doctrina que sostiene que “algunos contratos celebrados por la cooperativa pública son de carácter administrativo, en tanto la cooperativa ejerza función administrativa, gozando de ciertas prerrogativas, y sean para la ejecución de obras directamente afectadas a la prestación del servicio...”³⁰³. También ha sido materia de discusión en trascendentes fallos judiciales si la calidad de ente público no estatal de las cooperativas prestadoras de servicios públicos permitía omitir

celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”.

²⁹⁹ La Ley de Expropiaciones, en su art. 10 establece: “La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

³⁰⁰ HALPERÍN, David A., “Consecuencias de la naturaleza de las cooperativas de servicios públicos” en AAVV, *Cooperativas de Servicios Públicos*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1987, pág. 99.

³⁰¹ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, T. I, Ob. Cit., 2013, pág. XIV- 13 y sigs.; CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, T. II, Ob. Cit., pág. 15; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., 2003, pág. 256.

³⁰² CSJN, “Farmacia Roca SCS c/ Instituto Nacional de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados s/ contencioso-administrativo”, Fallos: 312:234, de fecha 28/02/1989.

³⁰³ DROMI, José R., *Manual...*, T. I, Ob. Cit., pág. 472 y sig.

la convocatoria a licitación pública para seleccionar al concesionario, ya que el Estado y estas entidades cooperativas celebran contratos interadministrativos³⁰⁴.

V.4.2. Régimen aplicable a los contratos de acuerdo al carácter de persona privada de la cooperativa prestadora de servicios públicos

Ahora bien, como nosotros nos postulamos por el carácter privado de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, entendemos que los contratos celebrados por ellas con los terceros (no así con el Estado) se rigen indudablemente por el derecho privado, atento al carácter de persona privada atribuido a su naturaleza.

Adviértase que aquí dejamos fuera lo atinente a la relación entidad asociado, no solo porque ya fue objeto de tratamiento en el punto V.2, sino además porque, como se trata de una relación cooperativizada o mutualística, no existe contrato por el servicio fuera del marco societario.

Mientras que se mantenga la disquisición entre el derecho civil y comercial, los contratos que suscriba la entidad con terceros (ajenos al Estado) será comercial en la medida que la cooperativa hubiera adquirido una cosa o un derecho, para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor, como así también toda operación de cambio o corretaje o negociación sobre letras de cambio o de plaza, cheques o cualquier otro género de papel y/o cualquier otro acto legislado por el Código de Comercio³⁰⁵.

Una vez que se ponga en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación unificado en fecha 1 de agosto del año 2015, los contratos que realice la cooperativa con terceros que no fuera el Estado y donde no se impongan cláusulas reglamentarias, el régimen que será aplicable es el derecho privado, destacándose el reemplazo del ya citado artículo 1.137 del Código Civil de Vélez Sarsfield por el art. 957, en donde se define al contrato como: "... acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales". Los cambios conceptuales no son significativos. Tan sólo se explicita el carácter patrimonial del objeto contractual.

³⁰⁴ "Othaz, Miguel A. s/ Municipalidad de Neuquén s/ Inconstitucionalidad", Expte. N° 446/97, que tramitó ante el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén.

³⁰⁵ Conf. art. 8 del Código de Comercio de la República Argentina.

Ahora bien, como principal novedad en materia contractual tenemos una doble clasificación general para los contratos: contratos paritarios y contratos de consumo, cada régimen general con sus propias reglas y principios aplicables. En la medida en que la cooperativa contrate con terceros bienes y/o servicios para su consumo o agotamiento final, o por el contrario, contrate con otro propósito, deberá situarse en una regulación u otra.

Finalmente, es de destacar que a pesar de que sólo para los contratos administrativos rige el imperativo legal de respetar ciertas formas y procedimientos que hacen a su validez —vg. licitación pública, licitación privada, contrataciones directas, etc.—, es usual que personas privadas concesionarias de servicios públicos (entre ellas cooperativas) se sometan a través de sus estatutos o de reglamentaciones a los mismos procedimientos de selección que en la esfera pública. Esto puede deberse a una exigencia estipulada en la concesión o licencia a partir del poder de contralor del Estado, o a una decisión particular de la prestadora de servicios públicos.

En este sentido se ha planteado la hipótesis de que los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos deben celebrar licitación pública para permitir el control de la razonabilidad de sus costos para determinar la tarifa, no contratar con su propio grupo económico, etc.”³⁰⁶.

Por último cabe señalar que el derecho que rige entre las cooperativas bajo análisis y el Estado es lógicamente de carácter reglamentario y en consecuencia público.

V.5. Con relación al régimen del personal

V.5.1. Régimen aplicable al personal de acuerdo a la condición de persona pública

En estas instancias la distinción se hace más simple. Si enrolamos a las cooperativas de servicios públicos dentro de las personas públicas estatales, “la relación de empleo será *pública* y estará sujeta a la normativa administrativa pertinente”³⁰⁷.

³⁰⁶ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., pág. VI-14.

³⁰⁷ DROMI, Roberto J., *Derecho Administrativo*, Ed. Ciudad Argentina, recurso electrónico, Buenos Aires, 1998, Cap. XIV, Secc.III, Ap. 3.

Es decir que “el personal afectado al mismo tiene la calidad correspondiente al *funcionario* o al *empleado público*, según los casos. Su régimen es, pues, el aplicable a la relación de función o empleo públicos, con todas sus consecuencias, sin perjuicio de las modalidades particulares requeridas por la índole de la actividad que ejercitan”³⁰⁸.

El funcionario o empleado público es toda persona que ejecuta funciones esenciales y específicas del Estado. Guarda relación con la relación de empleo privado en tanto tiene origen contractual, pero difiere el régimen jurídico específico que se le aplica en razón de ser el Estado el contratante y en razón de los fines del servicio contratado.

Básicamente, los derechos que confiere el régimen del empleado público que lo distancia de la contratación privada son la estabilidad y la carrera³⁰⁹.

Vale la aclaración de que no todos los agentes del estado gozan de estabilidad, las normas contemplan muchas excepciones al caso y, por ello, en los supuestos de estabilidad impropia procede la indemnización sustitutiva en caso de despido.

Por su parte, la estabilidad propia es el derecho del agente a permanecer en el cargo, sin que en principio pueda ser separado, ni siquiera procediendo indemnización alguna. Tal garantía surge del art. 14 bis³¹⁰ de la Constitución Nacional, aunque la estabilidad puede cesar por causas imputables a las conductas del agente, que dé lugar al inicio de un proceso sumarial que pueda concluir con su separación.

V.5.2. Régimen aplicable al personal conforme el carácter de persona privada

Ahora bien, tratándose las cooperativas prestadoras de servicios públicos, como personas públicas no estatales, o bien como personas del ámbito del derecho privado, la situación es indistinta y no existen hesitaciones al respecto: el régimen imperante será el previsto por la Ley N° 20.744, Ley de Contrato de Trabajo.

Por ello, dice la doctrina que “tratándose de *sujetos públicos no estatales* o *sujetos privados*, su personal, empleados y obreros se hallan sometidos al derecho privado, rigiéndose por las normas laborales pertinentes”³¹¹. En igual sentido, “el personal ocupado para la prestación de dicho servicio no se encuentra vinculado al

³⁰⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., 2003, pág. 105.

³⁰⁹ El derecho a la carrera comprende el derecho a la antigüedad, al ascenso y a la jubilación.

³¹⁰ El art. 14 bis de la Constitución Nacional argentina dice: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes las que aseguran al trabajador (...) estabilidad del empleo público”.

³¹¹ DROMI, José R., *Derecho Administrativo*, Ob. Cit., recurso electrónico, Cap. XIV, Secc. III, Ap.3.

concesionario por una relación de empleo público, sino por una relación de empleo privado, pues el servicio lo presta el concesionario (persona privada) por su cuenta y riesgo”³¹².

No huelga más que sostener nuestra adhesión a este último régimen de derecho laboral, de conformidad con nuestra posición adoptada sobre la naturaleza de las cooperativas de servicios públicos.

V.6. Consecuencias en cuanto a la competencia de los jueces

Para el caso de tomar la postura “publicista” de las cooperativas de servicios públicos, las contiendas judiciales deberán dirimirse en el ámbito de la jurisdicción en lo contencioso-administrativo.

Siguiendo a Dromi para determinar la jurisdicción en la cual se dirimen las contiendas que se suscitan con motivo del servicio hay que distinguir entre el servicio prestado directamente por el Estado (mediante órganos de la Administración central o entidades descentralizadas), y el prestado indirectamente, por concesionarios. En el caso de que la contienda se suscite entre el Estado y un particular afectado por el servicio, usuario o no, el juicio tramitará en la jurisdicción contencioso administrativa³¹³.

Por otro lado, Marienhoff expresa que “Tratándose de un servicio público '*uti unviersi*', o de un servicio público '*uti singuli*' de utilización '*obligatoria*' para el usuario, supuestos en que la relación entre el Estado y el particular es '*reglamentaria*', las cuestiones que se suscitaren con motivo del servicio entre la Administración Pública y los administrados o los usuarios, corresponden a la jurisdicción contenciosoadministrativa. Esto es así por el *origen* del presunto derecho y por la *naturaleza* del mismo”³¹⁴.

Para quienes sostienen que las cooperativas prestadoras de servicio público son personas de carácter público no estatal, las contiendas entre la cooperativa y sus socios, en el marco de la reglamentación del servicio, será la contencioso-administrativa. También será administrativa cualquier contienda que se plantee por los socios, en el marco de un conflicto intrasocietario.

³¹² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado ...*, T. II, Ob. Cit., 2003, pág. 106.

³¹³ DROMI, José R., *Derecho Administrativo*, Ob. Cit., recurso electrónico, Cap. XIV, Secc. III, Ap. 4.

³¹⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., 2003, pág. 108.

Ahora bien, como nosotros abrazamos la concepción “privatista” y “comercial”³¹⁵, la competencia para entender en los conflictos es la siguiente:

1) Todo lo que hace al funcionamiento de la cooperativa o cualquier conflicto que tenga origen en la constitución de la misma, o en el desenvolvimiento de las relaciones intrasocietaria que sobrevenga, debe dirimirse ante los Tribunales Comerciales³¹⁶ o Tribunales que entiendan en derecho privado de las jurisdicción que corresponde a la inscripción de la sociedad.

2) Cuando el conflicto se plantea entre la Cooperativa concesionaria y un particular o tercero, por relaciones de derecho privado, la jurisdicción que deberá intervenir es la comercial o la que entienda en derecho privado.

3) También será comercial o, en su caso, civil la competencia, cuando se diriman cuestiones con los usuarios y no esté en juego la reglamentación del servicio.

5) Todo lo que hace a la reglamentación del servicio, ya sea si el conflicto se da entre la cooperativa y el Estado en virtud de la concesión, o si se da entre la cooperativa y un usuario o grupo de usuarios, la competencia siempre será contencioso-administrativa por imperio de las normas de derecho público.

V.7. Régimen aplicable a las relaciones nacidas de la actividad

V.7.1. Introducción

³¹⁵ Ello así mientras se mantenga la división del derecho civil y comercial, ya que el presente año 2015 se unificara el derecho civil y comercial y no tendrá sentido dicha distinción.

³¹⁶ Compartimos con Favier Dubois que aun cuando se unifique el derecho civil y comercial de la Nación, la posibilidad de mantener la jurisdicción mercantil a nivel nacional y/o local sigue vigente. Si bien se derogó el art. 6° del Código de Comercio, el art. 43 bis del Decreto Ley N° 1.285/58, dispone que “Los jueces nacionales de primera instancia en lo comercial de la Capital Federal, conocerán en todas las cuestiones regidas por las leyes mercantiles cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces de otro fuero...”.

Así, Favier Dubois entiende que dicha norma continuará vigente después de que comience la plena aplicación del nuevo Código por las siguientes razones: “Las 'leyes mercantiles' referidas por la norma no han desaparecido ya que son todas las que estaban incorporadas o complementando al Código Comercial derogado y que subsisten como complemento del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 5° Ley 26.994); Los 'concursos civiles' ya habían sido unificados con los comerciales por la ley de quiebras vigente (Ley 24.522); Los contratos de locación de obra y de servicios se mantienen en los arts. 302 y siguientes del Código; La única referencia que hoy carecería de sentido es la de 'comerciante matriculado' que, eventualmente, debería ser cambiada o interpretada como 'persona humana con actividad económica organizada' o por persona humana titular de una 'empresa' o de un 'establecimiento comercial, industrial o de servicios' (art. 320 ya citado) que se encuentre inscripta”. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “La derogación del derecho...”, Ob. Cit., publicado en *La Ley* en fecha 23/12/14.

En el punto bajo consideración analizaremos el régimen aplicable a los distintos vínculos que nacen a partir de la propia actividad de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, en especial aquellas que se derivan de la vinculación entre concedente - concesionario por cuanto este tipo de vinculación es la que normalmente habilita a las cooperativas la prestación del servicio público que se trate.

En efecto, el vínculo primario que nace del acuerdo de voluntades entre concedente-concesionario da origen al contrato de concesión que reúne la condición de cualquier otro contrato, es decir, de ser consensual, bilateral y sinalagmático.

Sin embargo, este contrato —que es esencialmente bilateral— proyecta sus efectos en otros vínculos que veremos en los apartados siguientes.

Lo característico de este contrato de concesión es que posee normas de carácter reglamentario, tales como la organización y funcionamiento del servicio, condiciones de explotación, tarifas, situación del personal, fiscalización, que son establecidas por la administración y, por otro lado, contiene normas de carácter contractual, por ejemplo las que refieren a la duración de la concesión, entre otras.

El régimen que lo regula, dependerá del tipo de cláusulas que se trate, pero en términos generales está regido por el derecho administrativo, en función de que las cláusulas de derecho reglamentario son preponderantes.

Veremos en lo sucesivo el régimen de acuerdo a los distintos vínculos que se establecen.

V.7.2. Concedente-concesionario

Como se señaló precedentemente la relación primaria entre concedente-concesionario está regida en gran parte por el derecho público, en particular, aquellas partes del contrato que disponen cuestiones de carácter reglamentario del servicio.

V.7.3. Concesionarios/Licenciatarios-terceros no usuarios

Entre concesionarios y terceros no usuarios las relaciones pueden ser tanto de carácter contractual como extracontractual. Es decir, entre estos sujetos puede presentarse un vínculo obligacional de fuente legal o convencional, de acuerdo a la situación jurídica dada por los actos y/o hechos jurídicos que se presenten en un caso concreto, excluyéndose por supuesto aquellos que impliquen una relación de consumo.

El régimen que se le aplica dependerá del tipo de relación, pero mayormente será de carácter privado. En el nuevo Código Civil y Comercial encontramos su fuente legal (más no exclusivo) en el Libro Tercero del Nuevo Código Civil y Comercial (Derechos Personales, artículos 724 a 1.881).

V.7.4. Concesionarios/usuarios

Esta relación ha generado un profuso debate en la doctrina. Así, encontramos distintas posturas que básicamente podemos resumir en: tesis del “derecho privado”, donde se sostiene que es de este tipo la relación que existe entre el usuario y concesionario o licenciatario; la tesis “publicista”, que postula que estas vinculaciones pertenecen siempre al derecho administrativo en virtud de la situación estatutaria, reglamentaria o legal que rige el servicio; y “tesis mixta”, que pregona que si bien la actividad está regulada por el Derecho público, la relación prestador-usuario está regulada por el derecho civil.

(i) Tesis publicista

En esta vertiente doctrinal hallamos quienes sostienen que la situación del usuario no es contractual, sino reglamentaria.

Para quienes sostienen la tesis publicista, el acto por el cual se transfiere a un particular un poder de la administración pública, proyecta a la relación Concesionario/Licenciatario-usuario las consecuencias publicistas.

La opinión de Mayer³¹⁷, al definir a la concesión como el acto por el cual se transfiere a un particular un poder de la administración pública, justifica la tesis publicista. Para el citado autor, la concesión de empresa pública confiere al concesionario algo que no se considera comprendido en la libertad natural, un poder de actuar derivado del Estado.

En este sentido en Barra sostiene que las relaciones entre el concesionario y el usuario, en la medida estricta de la delegación, serán regidas por el derecho administrativo³¹⁸.

³¹⁷ MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, traducción de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin del original francés *Le Droit administratif allemand*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, págs. 149 y sig.

³¹⁸ BARRA, Rodolfo C., “La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 6, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 33.

(ii) Tesis privatista

La tesis que adjudica el carácter privatista a la relación Concesionario/Licenciatario-usuario se remonta a la vieja discusión entre actos de autoridad y de gestión³¹⁹.

En este sentido, Vázquez Franco³²⁰ indica que la tesis de la naturaleza jurídico-privada de la relación del concesionario con el usuario, tiene su apoyo en la idea de un contrato de índole civil, ya que no se concibe la posibilidad de relaciones jurídico-administrativas entre particulares.

En otro orden, Cassagne entiende que la relación entre un concesionario privado de servicio público y el usuario se rige por el derecho privado, sin perjuicio de que corresponde al derecho administrativo todo lo atinente a la reglamentación del servicio³²¹.

(iii) Tesis mixta

En la actualidad suscriben esta tesis Ariño Ortiz, quien siguiendo a Gaztañaga señala que “por tanto, puede concluirse que nos encontramos ante una relación jurídica de carácter mixto (contractual-reglamentaria); en efecto, de una parte tiene una clara naturaleza pública, en cuanto está sometida en todo a la reglamentación pública del servicio y en estos aspectos está puesta bajo la vigilancia y protección de la administración, que tiene respecto de ellos, el privilegio de la decisión previa, y como consecuencia su revisión judicial viene atribuida a los tribunales contencioso administrativo, de otra parte ocurre que a esta situación reglamentaria, que es la primordial, se entra mediante un contrato entre dos partes —ambas privadas— que como tal es de orden civil y en todos aquellos aspectos que no afectan la reglamentación, así hay que entenderlo”³²².

(iv) Tesis en base a lo obligatorio o no del servicio

³¹⁹ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 460.

³²⁰ VÁZQUEZ FRANCO, Gladys, *La concesión Administrativa de servicio público en el derecho español y colombiano*, Ed. Temis, Bogotá, 1992, pág. 120.

³²¹ CASSAGNE, Juan C., *El Contrato Administrativo*, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 140 y sig.

³²² ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado*, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 428.

Esta posición es suscripta entre otros por Sarmiento García³²³ que sostiene que la relación entre el concesionario y el usuario depende de que su uso sea obligatorio o facultativo.

Si el uso del servicio es obligatorio, la relación será reglamentaria y estará regida mayormente por el derecho público, mientras que si el servicio es facultativo, la relación es contractual y el derecho que regirá la relación será mayormente privado.

Igualmente Marienhoff³²⁴ indica que debe distinguirse entre servicio obligatorio para el usuario o de uso facultativo para el mismo. Agrega que en los servicios públicos “*uti singuli*” de uso facultativo para el administrado- (vgr., correos y telégrafos, gas, electricidad, etc.) la relación que se establece es contractual de derecho privado.

(v) Nuestra posición

Tal como ha enseñado el Profesor Cassagne³²⁵, no es posible deslindar genéricamente, para todos los supuestos, la situación jurídica del usuario, cuya caracterización dependerá de las circunstancias de cada relación jurídica.

Por ello, nos enrolamos en la tesis mixta y con la posición de Ariño Ortiz que es la que suscribimos. Tan sólo disentimos con respecto a la naturaleza civilista de la relación extra reglamentaria, en tanto ésta también puede estar alcanzada por el derecho comercial; aunque, como ya hemos dicho, esta distinción tiene sentido mientras se mantenga la división entre el derecho civil y comercial, ya que cuando entre en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tal distinción resultará estéril.

Sin perjuicio de lo cual, nuestro fundamento adicional reside en que el servicio público es un régimen exorbitante, que regula una actividad económica determinada, con la finalidad de satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva y por lo tanto, es claro que el régimen que rige la relación usuario-concesionario/licenciatario, en lo que respecta al servicio, es de derecho público.

Con esto se quiere significar que en todo lo concerniente a la reglamentación del servicio, por tratarse de una actividad regulada por un derecho exorbitante, ajeno al derecho común o privado, impera el derecho administrativo, mientras que en aquellos

³²³ SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión...*, Ob. Cit., pág. 173.

³²⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, T. II, 2003, pág. 151 y sigs.

³²⁵ CASSAGNE, Juan C., *El Contrato...* Ob. Cit., pág. 140.

aspectos que no se involucra la reglamentación del servicio, que desde luego son los menos, rige el derecho privado.

No compartimos con otros autores³²⁶ que consideran que el régimen público rige la relación usuario-concesionario, en base a que el particular prestador actúa por delegación del Estado, en su carácter de titular.

Como dijimos anteriormente, el Estado no es titular del servicio público, sino de la responsabilidad por asegurar el mismo, por lo cual, no puede transferir un derecho por delegación mayor del que es titular y ello no es justificativo para la conservación del régimen jurídico original. El concesionario actúa en base al contrato que lo une con el Estado y a través del cual goza de prerrogativas o privilegios, y es ese contrato administrativo el que proyecta sus efectos sobre los usuarios.

Por ello, la razón por cual la relación concesionario-usuario es de carácter público tiene que ver con el contrato de concesión y con el régimen exorbitante que implica el servicio público y que extiende su aplicación a toda relación y hecho donde esté involucrado el propio servicio.

A mayor abundamiento, los derechos de los usuarios tienen origen legal o reglamentario, en la medida que derivan del contrato de concesión o licencia y de las normas de derecho público que rigen el servicio con carácter previo y, por tanto, deben hacerse valer ante la administración y posteriormente ante los tribunales contencioso administrativo.

Por último, coincidimos igualmente con Ariño Ortiz³²⁷ en que, en todos aquellos aspectos que no afectan la situación reglamentaria, la relación concesionario-usuario es de derecho privado. A su vez, consideramos que dentro del espectro del derecho privado se debe aplicar primordialmente el derecho cooperativo, el estatuto y/o el reglamento y, solo en el supuesto de que este derecho no dé solución al caso, se debe recurrir a las normas que rigen los institutos afines.

³²⁶ FARRANDO, Ismael, “La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos”, en AA.VV, *Los Servicios Públicos. Régimen Jurídico Actual*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 43.

³²⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía ...*, Ob. Cit., pág. 428.

CAPÍTULO VI: La regulación y las modalidades por las que prestan el servicio las cooperativas bajo análisis

VI.1. La regulación de los servicios públicos en Argentina: Conceptualización y evolución de su alcance

VI.1.1. Conceptualización

Conforme la Real Academia Española la acción de regular importa la acción de fijar reglas. Una regulación es un marco de normas o reglas destinadas a encuadrar el vínculo entre estas y el destinatario de las normas.

Quien da creación a la regla es un “reglamentador” o “regulador”, y así son reguladores el constituyente, los Estados en sus acuerdos internacionales vigentes, el Congreso, el Poder Ejecutivo, la Corte Suprema y los tribunales inferiores, como también las restantes autoridades administrativas³²⁸. Claro está que las partes (privadas) son las primeras reguladoras de sus recíprocos derechos, en la medida en que no afecten a las regulaciones impuestas por la justicia “general o legal” (como partes privadas no las podemos considerar distribuidoras del bien común), todo ello de acuerdo con el principio de subsidiariedad³²⁹.

Ahora bien, la regulación que nos interesa analizar es la regulación económica que resulta ser una de las funciones esenciales del Estado enmarcada dentro de la actividad legislativa o reglamentaria que tiende tanto a imponer límites al ejercicio de la libertad económica como a incidir sobre un sector económico determinado, imponiendo sanciones y cargas a quienes tengan a su cargo la prestación de un servicio público o de interés público en procura de preservar los intereses individuales de las personas y sociales de la comunidad (interés público)³³⁰.

³²⁸ Conf. BARRA, Rodolfo C., “Entes reguladores en camino de su delimitación institucional”, *Jurisprudencia Argentina*, 2005-III-1079.

³²⁹ BARRA, Rodolfo C., “Entes reguladores en camino...”, T. III, Ob. Cit, pág. 1079 y sigs.

³³⁰ El poder de imponer límites al ejercicio de la libertad económica encuentra su frontera en los términos de la propia Constitución Nacional que no tolera ninguna política económica, ni regulación que olvide los Principios rectores o afecte la propiedad privada o restrinjan los demás derechos que emanan del texto constitucional.

Ahora bien, aunque siempre es necesaria la regulación debe ser estricta cuando no existe mercado porque la actividad se desarrolla bajo monopolio. MONTAMAT, Daniel G., “Privatización, regulación y control”, ponencia expuesta en el I Congreso sobre Regulación de los Servicios Públicos Privatizados organizado por el Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1995.

Coincidimos con destacada doctrina³³¹ que la expresión “incidencia sobre un sector económico privado determinado” quiere decir: a) no se trata de regulaciones generales, destinadas a incidir sobre el conjunto de la sociedad, sino específicas para un sector en concreto; b) por “sector económico” entendemos a una parte de la sociedad identificable por el tipo de actividad económica fundamental que realiza; c) debe tratarse de un sector privado, es decir, ajeno al “sector público nacional” ya que éste, por el principio de jerarquía y coordinación que rige para las organizaciones administrativas, se autorregula; d) se tratan de normas de organización, ya que tienen como finalidad el bien común de toda la sociedad; e) en nuestro sistema constitucional la intensidad de esta incidencia organizativa tiene que respetar los límites impuestos por el principio de subsidiariedad.

Si bien en Argentina la actividad de regulación económica es fundamentalmente legislativa o reglamentaria³³², ésta no se circunscribe solo a las leyes, leyes marcos o decretos, sino también se encuentran bajo el paraguas de la regulación los decretos reglamentarios, las resoluciones de la administración concedente, las resoluciones de los entes reguladores con ciertos límites, contratos de concesión o licencia y, en su caso, pliegos.

El grado de intensidad de la regulación ha cambiado de acuerdo al contexto histórico de que se trate.

VI.1.2. Evolución del alcance de la regulación en la Argentina

Desde 1940 hasta 1990 la prestación de los servicios públicos mayormente se encontraba a cargo del Estado en sus diferentes estamentos. A su vez, quienes administraban estas empresas prestatarias de servicios públicos eran designados por el sistema político y gestionaban procurando satisfacer demandas sociales sin tener en cuenta los resultados de las empresas.

En términos generales, aunque puede admitir excepciones, la gestión del Estado en los servicios públicos se destacaba por déficits, subsidios cruzados,

³³¹ Conf. BARRA, Rodolfo C., “Entes reguladores en camino...”, T. III, Ob. Cit, pág. 1.079 y sigs.

³³² De acuerdo con nuestro orden constitucional al Congreso le asiste el derecho de dictar normas reglamentarias en materia de servicios públicos o actividades de interés público, como así también, le asiste al Poder Ejecutivo a través del art. 76 y 99 inc. 2 de la Constitución Nacional la facultad de reglamentar las leyes que contienen los marcos regulatorios. En lo que refiere a los Entes Reguladores, si bien la Carta Magna impide que el Legislativo delegue facultades reglamentarias a favor de estas entidades, lo cierto que estos pueden reglar aspectos de detalle, es decir cuestiones técnicas que no implique creación *ex novo* de obligaciones y derechos. CASSAGNE, Juan C., *Curso de ...*, T. II, Ob. Cit., pág. 193.

administraciones poco profesionales, resistencia a los cambios e inestabilidad política entre otras cosas.

De igual modo, la regulación de la actividad la hacía el propio Estado, quien era a su vez prestador; por lo tanto, la regulación era contraria a la libertad y competencia y sin importar la satisfacción del destinatario del servicio (usuario/consumidor), ni la ampliación del mercado.

Así, la regulación se basaba en un sistema de carácter monopólico a través de concesiones otorgadas sin compulsa, de planificación estatal vinculante y de precios fijados por la administración. La actividad se encontraba extremadamente regulada e incluía desde la planificación de la inversión hasta la determinación de la remuneración en base a costes.

Los efectos que trajo aparejada la publicitación de los servicios públicos y su gestión dieron lugar básicamente a una fuerte descapitalización, desinversión y alto endeudamiento que repercutía en la calidad de los servicios públicos que se prestaban.

De esa realidad imperante de economías cerradas hasta 1980 se intentó pasar a una economía de iniciativa privada y de mercado libre, abierta progresivamente a la inversión y a la competencia internacional.

De este modo, el cambio profundo que se experimentaba tanto en la Argentina como en el mundo y que se expresaba en profundas modificaciones en el proceso económico social, tales como la nueva sociedad de la información, la apertura de la economía mundial, la integración de los países³³³, la reducción de las distancias, la innovación tecnológica y la sofisticación de los servicios, exigía soluciones innovadoras que el Estado no podía brindar, ni prestarlo con el vértigo que las sociedades reclamaban.

Fue a partir de la década de 1990 donde en Argentina nacieron nuevos paradigmas en materia de servicios públicos, generándose un nuevo concepto de interés público, de regulación para la desregulación, que apuntó a innovar en la prestación de los servicios y ampliar el horizonte del alcance de la prestación.

³³³ El proceso de integración de la Comunidad Económica Europea, que tuvo como base la libertad de comercio, la libertad de movimiento de capitales y establecimiento y la libertad laboral, no se conciliaba con los monopolios comerciales y las exclusividades que gozaban los prestadores de los servicios públicos de muchos de los países miembros. De allí que las regulaciones de los servicios públicos de los distintos países de Europa debieron seguir las directivas de la Comunidad Económica Europea y adaptarse a ellas.

La regulación para la desregulación incluía un plan que se llamó la desregulación de la economía y que abarcaba la cesión de los servicios públicos a la actividad privada³³⁴.

La labor consistió en fragmentar el negocio de generación, transporte y distribución, estableciendo cuáles de estos serían actividades en competencia y cuales no. A partir de allí se diseñaron los marcos regulatorios y sus organismos de control que buscaron universalizar el servicio y explicitar el subsidio³³⁵.

Se cambió el eje de la regulación y en el caso del servicio público se asentó no tanto en controlar a las empresas como en proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella. Por lo tanto, se destaca que los aspectos fundamentales hacia donde se orientó la regulación son: garantizar la prestación presente y futura del servicio de que se trate, y establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y prioridad de cada sociedad³³⁶.

Ahora bien, durante esta nueva concepción del servicio público, el grado de intensidad de la regulación dependía de la actividad de que se trate, debiendo ser mayor en los casos en que no existiera competencia. La idea central que aportaba este nuevo modelo de competencia de mercado es que, a mayor grado de desarrollo del mercado, menor grado de regulación, sin perjuicio de que esa regulación resultaba imprescindible, a los efectos de defender y garantizar la competencia.

Las bases sobre las cuales se cimentó la regulación de actividades competitivas encuentran eje en las siguientes libertades:

- Libertad de entrada: ello significa que cualquier operador interesado tiene derecho a ofertar, ingresar, desarrollar y explotar el servicio de que se trate, como así también dejar de ofrecer y en su caso venderlo, siempre que se cumpla con las normativas regulatorias aplicables al caso.

³³⁴ MARTÍNEZ DE VEDÍA, Rodolfo, *Los servicios públicos...*, Ob. Cit., pág. 15.

³³⁵ La separación de actividades es un principio del nuevo modelo de regulación para la competencia. Los dos grandes objetivos de la separación fueron: 1) la distinción entre actividades potencialmente competitivas y no competitivas, con aplicación de un régimen jurídico distinto a unas de otras y; 2) la transparencia informativa, con eliminación de subvenciones cruzadas entre los distintos servicios. En Argentina se desintegraron verticalmente las actividades competitivas y no competitivas en el seno de cada sector y así la generación de energía y gas fueron concebidos bajo un régimen de competencia, mientras que la distribución domiciliaria se encuentra bajo un régimen de monopolio. Por su parte, el servicio de telefonía fija mantuvo la condición de monopolio hasta pasados 10 años desde la privatización y en la actualidad es una actividad competitiva.

³³⁶ En este sentido, Ariño Ortiz señala que en vez de la idea de control obsesivo de costos, a efectos de reconocimiento en tarifa, la regulación contemporánea procura crear incentivos en las empresas para operar más eficientemente. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La regulación...*, Ob. Cit., pág. 99.

- Libre acceso al mercado: la efectividad de dicho principio está demarcada por el acceso al tipo de redes de que se trate. Si se logra garantizar la prestación a varios operadores sobre las redes existentes habrá competencia, de lo contrario, se tratará de una actividad monopólica. La regulación para la competencia exige disposiciones claras que garanticen el acceso a las redes de manera no discriminatoria.

- Libertad de contratación y formación competitiva de precios: esta libertad implica libertad para comprar y vender productos, libertad para extender sus actividades a nuevas áreas o sectores conexos y libertad de fijación de precios.

- Libertad de inversión: el modelo de regulación de los servicios competitivos importa plena libertad para desarrollar las inversiones que considere conveniente el prestador por tanto el riesgo de la rentabilidad de la inversión es soportada por el inversor.

Ejemplo de actividades prestadas en competencia y que resultan ser servicio público, es la telefonía básica.

De igual modo en Argentina varias prestaciones de servicios públicos, como se indicó en el punto anterior, se mantuvieron como actividades no competitivas, aunque muchos autores³³⁷ consideren que si se garantiza la calidad del servicio y un precio razonable (en convergencia con costos incrementales)³³⁸, existe competencia más allá de que se trate de un solo proveedor.

La regulación que determinó la prestación exclusiva o monopólica del servicio de distribución de energía, gas y agua/cloacas tuvo su razón de ser en las características y condiciones de dichas actividades. Ello así en tanto y en cuanto, la red o vía física sobre la cual los operadores pueden materializar el servicio es única y no puede ser utilizada por varios prestadores a la vez, al menos en las condiciones tecnológicas contemporáneas.

³³⁷ Algunos autores sostuvieron que el concepto de la competencia en servicios públicos en monopolio, está asociado más que nada, al interés público que debe atender de la mejor manera posible. Se agrega que la competencia en monopolio o competencia regulatoria está asociada íntimamente al resultado que genera en precios y calidad de servicio, sin importar si hay un solo proveedor. (Conf. MARTÍNEZ DE VEDÍA, Rodolfo, *Los servicios públicos...*, Ob. Cit., pág. 16.)

³³⁸ De allí que en el derecho europeo y en el español se distingue el “servicio económico de interés general” del “servicio universal”, ya que en este último caso no existe relación entre el servicio y el precio que se paga, ni convergencia con sus costos incrementales. A mayor abundamiento, se entiende por “servicio universal” aquellas modalidades de prestación en las que la competencia no es posible porque no hay oferta, y no la hay porque el costo de dichas prestaciones nunca cubriría el precio que por ellas se podría pagar y nadie estaría interesado en concurrir. Por ello se indica que el servicio universal consiste en obligaciones o cargos que se le hacen al servicio público como misión de interés general. En el paraguas de este concepto entraría el caso del transporte de determinadas líneas regulares, el servicio básico telefónico con carácter universal, entre otros, etc.

Sin perjuicio de que la corriente en boga en la década anterior procuró una mayor desregulación del mercado, la doctrina argentina³³⁹ ha ponderado que, a pesar de que se haya reducido en algunos sectores el nivel de regulación (aun cuando se trate de servicios públicos prestados de manera monopólica), el Estado conserva el derecho y le asiste la obligación de regular a los fines de asegurar (i) la estabilidad de los suministros; (ii) grados óptimos de eficiencia y calidad en los servicios, y (iii) protección a las libertades de los usuarios.

Así los autores más destacados³⁴⁰ indican que los marcos regulatorios han enfocado la respectiva ordenación sectorial en los siguientes aspectos:

- a) Declaración legal de publicatio.
- b) Limitaciones y prohibiciones.
- c) Procedimientos para acceder a la habilitación. (concesión, licencia o mera autorización).
- d) Normas sobre la calidad técnica de los servicios y/o productos, aun cuando muchas de estas normas figuran en los respectivos contratos que instrumentan la habilitación y otras han sido objeto de delegación en los entes reguladores.
- e) Los principios que rigen el sistema tarifario y los procedimientos establecidos para su ajuste o modificación.
- f) Disposiciones relativas a la creación, fines y potestades de los entes reguladores, y designación de una autoridad de aplicación.
- g) Prescripciones acerca de los procedimientos y control jurisdiccional estableciendo, en algunos casos, reglas especiales de participación, como el procedimiento de la audiencia pública o de consulta.
- h) El régimen sancionatorio aplicable en los supuestos de incumplimiento de las cláusulas de licencia o contrato de concesión como, asimismo, en casos de violación de las normas regulatorias.

³³⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de...*, T. II, Ob. Cit., pág. 190.

³⁴⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de...*, T. II, Ob. Cit., pág. 195.

Ahora bien, sin perjuicio de que las corrientes privatistas ejercieron una gran presión para introducir de manera abrupta la regulación para la competencia en materia de servicios públicos, la ola privatizadora tuvo grandes detractores en Argentina y muchos piensan actualmente que, después de resultados poco satisfactorios producto de las privatizaciones, la causa de tal fracaso tuvo origen en la carencia adecuada de regulación³⁴¹. De allí que algunos consideren que el Estado debe volver a involucrarse activamente en la administración de los recursos.

A partir del año 2001, cuando Argentina ingresó en estado de cesación de pago de sus obligaciones dinerarias, situación conocida popularmente como “Default”^{342 343}, que se vio acompañado principalmente por el incumplimiento para con los tenedores de bonos y una mega devaluación de su moneda³⁴⁴, el Estado debió involucrarse necesariamente en los servicios públicos a los efectos de evitar un mayor costo para la sociedad y, en ese marco, ordenó un congelamiento general de las tarifas³⁴⁵.

El Estado se apartó del rol de regulador y sancionador respetuoso de la subsidiariedad para ser quien determinaba las inversiones, tarifas, subsidios, etc. En términos generales, los servicios públicos siguieron siendo explotados por capital privado pero el rol intervencionista del Estado le generaba un gran conflicto para poder controlar las demoras en las inversiones o los demás incumplimientos, ya que el propio Estado se fue apropiando a través de los fideicomisos³⁴⁶, tanto del financiamiento como de la asignación de obras.

³⁴¹ Las únicas privatizaciones que se valoran como modelos de regulación reconocidos son las correspondientes al gas y la energía a nivel nacional. Se dice que respondieron a premisas contractuales y regulatorias mucho más acertadas que los demás recursos y el Estado se abstuvo de realizar inversiones, las que fueron absorbidas totalmente por la actividad privada. Conf. MARTINEZ DE VEDIA, Rodolfo, *Los Servicios Públicos...*, Ob. Cit., pág. 21.

³⁴² <http://www.fundeu.es/recomendacion/impago-suspension-de-pagos-cese-o-cesacion-de-pagos-mejor-que-default/> (recurso consultado en fecha 12/10/2014).

³⁴³ <http://www.lanacion.com.ar/361819-la-argentina-entrara-hoy-en-default> (recurso consultado en fecha 12/10/2014).

³⁴⁴ <http://www.lanacion.com.ar/364792-el-senado-sanciona-la-devaluacion-del-peso> (recurso consultado en fecha 12/10/2014).

³⁴⁵ El comienzo del denominado congelamiento tarifario se encuentra regulado en la Ley N° 25.561, arts. 8, 9 y 10; la misma Ley que dispuso la devaluación de la moneda nacional y el fin de la convertibilidad.

³⁴⁶ El Decreto N° 180/2004 crea el fondo fiduciario para transporte y distribución de gas, por fuera de la jurisdicción del ENARGAS, para obras aprobadas, supervisadas y ejecutadas por el Ministerio de Planificación Federal. A su vez, el Decreto N° 906/2004 crea el Consejo consultivo de los Fondos Fiduciarios del Estado Nacional, en el ámbito del Ministerio de Planificación Federal, Inversión pública y Servicios. De igual modo el Decreto N° 1069/2005 crea la Unidad de Coordinación de Fideicomisos de Infraestructura (UCOFIN) para obras de financiamiento de agua y cloacas en el AMBA; transporte y distribución de gas natural; fondos de inversión necesarias que permite incrementar la oferta eléctrica en el mercado mayorista (FONINVEMEN), entre tantos otros.

La tarifa congelada y atrasada no alcanzaba para cubrir los costos y la inversión, de allí que el Estado debió intervenir para compensar a los prestadores, como para hacer las inversiones que el crecimiento del país exigían y así se fueron subvirtiendo las reglas del juego de la regulación, tal como había sido ideado en la década anterior.

En la actualidad conviven dos modelos de inversión (privado y público), que conjuntamente con la política indiscriminada de subsidios cruzados, cargos específicos aplicados a distintos sectores³⁴⁷, congelamiento de tarifas³⁴⁸ que se va liberando por el déficit que ocasiona al estado y una inflación que, según algunos analistas, ronda el 40% anual³⁴⁹ exige nuevamente volver a repensar la regulación de la actividad económica.

VI.2. Competencia regulatoria de los servicios públicos en Argentina

VI.2.1. Introducción

A partir de la sanción de la Constitución Nacional de 1853/60, Argentina adoptó formalmente un sistema federal de estado³⁵⁰. Un Estado federal supone la existencia de más de un centro territorial con capacidad normativa, en el que se equilibran la unidad de un solo Estado con la pluralidad y autonomía de muchos

³⁴⁷ Por cargo específico nos referimos a la obligación pecuniaria cuasitarifaria en cabeza de los usuarios, con el preciso fin de sufragar los costos de una obra de mantenimiento, expansión o mejora del servicio debidamente particularizada. (Definición elaborada a partir de la lectura de los artículos de doctrina: SACRISTÁN, Estela B., “Los cargos específicos de la Ley 26.095 –un costo, desagregado, muy especial, y las enseñanzas de Marienhoff”, en *Derecho Administrativo – Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 1157 y sigs; SACRISTÁN, Estela B., “Un costoso régimen para garantizar el suministro de energía –en torno a la Res. SE 1.281/2006”, en *Derecho Administrativo – Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 201 y sigs.).

En Argentina, a nivel nacional, en materia de gas y electricidad existe un régimen especial de creación de cargos específicos previsto en la Ley N° 26.095. Mientras que el convenio tripartito de suministro de agua potable y servicio de desagües cloacales suscripto por Ley Nacional N° 26.221, lo contempla expresamente en su artículo 92°.

³⁴⁸ La citada Ley N° 25.561, con los agregados de la Ley N° 25.790, dio el puntapié inicial a la prohibición de indexación tarifaria (estableciendo en los hechos una tarifa fija y nominal) y autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos de concesión y licencias de servicios públicos para las modificaciones tarifarias futuras; Si bien reconoce un ámbito temporal de vigencia, la misma ha venido siendo prorrogada por sucesivas leyes nacionales. Actualmente, la Ley N° 26.896 ha prorrogado los efectos de la Ley de Emergencia hasta el 31 de diciembre de 2015.

³⁴⁹ <http://www.lanacion.com.ar/1718604-la-inflacion-de-julio-fue-del-247-y-roza-el-40-anual-segun-el-ipc-congreso> (recurso consultado el 18/9/2014).

³⁵⁰ Artículos 1°, 5°, 31, 121, entre otros, de la Constitución Nacional reformada en 1994.

otros³⁵¹. En el caso argentino hablamos del Estado nacional (o federal) y los Estados provinciales.

En este contexto, la competencia normativa se presenta como un fenómeno dual, según estemos en presencia de un objeto propio de las atribuciones originarias de las provincias, no delegadas a la Nación³⁵², o por el contrario, materias expresa o implícitamente delegadas por las provincias al Estado federal³⁵³. En un caso las provincias tendrán el poder de regular determinados asuntos, mientras que en otras ramas será la Nación quien ejerza tales potestades.

De igual manera también existen potestades concurrentes, las cuales se dan en aquellas materias en las que la Constitución ha asignado atribuciones tanto al gobierno federal como a las provincias (en general, las referidas al desarrollo económico y social) y que, conforme la interpretación más generalizada, admiten la acción indistinta de la Nación o la Provincia, salvo que surgiera incompatibilidad entre ambas gestiones, caso en el cual cedería la atribución provincial en beneficio de la nacional³⁵⁴.

Para determinar en cada servicio público en juego, si la facultad reguladora esta en cabeza de la Nación o Provincia o en su caso si la misma es concurrente, se deberá estar a lo que prescribe la Constitución Nacional.

Previo a analizar los supuestos constitucionales en los que cabría introducir a los servicios públicos para su delimitación territorial en materia regulatoria, hemos de dejar sentado, cuanto menos de forma sintética, que aquellos comportan en la gran

³⁵¹ GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 31.

³⁵² Todo sistema federal supone la existencia de dos órdenes de poder territorial entre los que se distribuyen atribuciones los estados federados y el Estado central. En esa dirección, el art. 121 sienta un principio propio de aquel sistema en virtud del cual los poderes delegados por los entes locales en el gobierno federal están taxativamente enunciados en la Constitución. En consecuencia, esas atribuciones delegadas constituyen competencias de excepción, amplias, pero no por eso menos excepcionales GELLI, María A., *Constitución de la Nación ...*, T. I., Ob. Cit., pág. 593.

³⁵³ Es posible distinguir las facultades que corresponden con exclusividad al Estado federal y, en consecuencia, invalidar actos de las legislaturas provinciales en aquellos casos en que: 1) La Constitución concede al Congreso Federal, en términos expresos, un exclusivo poder; 2) el ejercicio de idénticos poderes ha sido prohibido expresamente a las provincias o, 3) haya una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de esos poderes por parte de las provincias (CSJN *in re* “Don Domingo Mendoza y Hermano c/ Provincia de San Luis s/ Derechos de Exportación”, Fallos 3:131, de fecha 5/12/1865, consids. 2 y 4).

³⁵⁴ BARRERA BUTELER, Guillermo, en AA.VV., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 4, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 797.

mayoría de los casos actividades que involucran de manera directa o indirecta a recursos naturales; ejemplo de ello son el gas, el agua y el espectro radioeléctrico³⁵⁵.

En este sentido, cobraría relevancia la máxima prevista en el artículo 124 de la Constitución Nacional que dispone que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. Ahora bien, debemos advertir que el dominio de dichos recursos no conlleva necesariamente a poseer la potestad regulatoria sobre ellos, es decir, la jurisdicción³⁵⁶.

Como premisa básica de lo que venimos desarrollando se puede afirmar que la jurisdicción entendida como potestad política que se ejerce sobre las relaciones jurídicas³⁵⁷ no es otra cosa que la potestad de dictar normas regulatorias y de control, que pueden estar asociadas o no al dominio, y que pertenecen, por regla general, al Estado provincial³⁵⁸ con importantes excepciones, como se verá.

Ello nos da pie para desarrollar la triada de atribuciones establecidas en nuestra Constitución Nacional, elementales para comprender la procedencia normativa regulatoria de orden nacional (en concurrencia o excluyendo la normativa provincial), específicamente en materia de servicios públicos.

Así, entre las atribuciones del Congreso de la Nación se encuentran las de “Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí” (art. 75, inc. 13°); “Dictar los códigos (...) Comercial, (...) de Minería (...) sin que tales

³⁵⁵ El Espectro Radioeléctrico es un recurso natural, de carácter limitado, que constituye un bien de dominio público, sobre el cual el Estado ejerce su soberanía. Es asimismo, un medio intangible que puede utilizarse para la prestación de diversos servicios de comunicaciones, de manera combinada o no con medios tangibles como cables, fibra óptica, entre otros (definición extraída del sitio web de la Comisión Nacional de Comunicaciones, ente regulador nacional en materia de telecomunicaciones: <http://www.cnc.gob.ar/-que-es-el-espectro-radioelectrico- p117>. (recurso consultado en fecha 18/02/2015).

³⁵⁶ Pacíficamente se considera que el dominio es un derecho real ejercido sobre cosas materiales e inmateriales, en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona (art. 2506, CCiv.). Así, el dominio como es el caso de los recursos naturales, habilita a las Provincias a percibir tributos sobre ellos y disponer la enajenación y el aprovechamiento de aquellos por sí mismas o en políticas concertadas con el Estado Federal (GELLI, María A., *Constitución de la Nación...*, Ob. Cit., pág. 613), pero no necesariamente importa el derecho de regular.

“Es necesario distinguir el dominio de los recursos naturales de la jurisdicción sobre los mismos. Esta última, entendida como la capacidad para reglar los usos de un bien, no sigue siempre a su dominio (...) en términos generales, aunque el dominio sea provincial, la jurisdicción será federal en cuanto afecte el comercio o la navegación interprovincial o internacional”. (DALLA VÍA, Alberto R., *Derecho Constitucional...*, Ob. Cit., pág. 760 y sig.). En definitiva, la jurisdicción normativa se encuentra ínsita en el dominio; mas no es un atributo exclusivo de dicha condición, siendo el poder de policía el ejemplo más claro. Este último, por ser esencialmente facultad reglamentaria, es correlativo o, más que ello, inherente a la esfera de gobierno a la cual le sea otorgada la competencia sobre la materia de que se trate (ITURREZ, Arturo H., en AA.VV, *Derecho Público Provincial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 85/86).

³⁵⁷ LOSA, Néstor O., en AA.VV, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 4, Ob. Cit., pág. 869.

³⁵⁸ Por imperio de los artículos 121 y 124 de la Constitución Nacional.

códigos alteren las jurisdicciones locales...R” (art. 75, inc. 12); “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, (...) promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo” (art. 75, inc. 18).

La potestad regulatoria sobre las materias precedentes forma parte del poder delegado por las provincias a la Nación, por lo que aquellas se encuentran vedadas de ejercer jurisdicción normativa en tal sentido.

Importantes exponentes de la doctrina constitucional indican que debe tenerse presente que una de las restricciones más importantes a las atribuciones de los Estados locales proviene, al igual que en los Estados Unidos³⁵⁹, de la denominada “cláusula comercial”, por la que se delegaron en el Congreso de la Nación importantes atribuciones en materia de comercio exterior e interior entre las provincias. Pero, a diferencia del modelo estadounidense, en la República Argentina el Poder Legislativo fue atribuido para dictar los Códigos Comercial y de Minería. Como bien se ha dicho, se trata de un rasgo fuertemente centralizador del régimen constitucional argentino³⁶⁰.

En este orden de ideas, las provincias ven recortadas sus facultades de policía local, no obstante, resultan titulares dominiales en el caso de los recursos naturales.

Ello origina un continuo debate sobre el alcance de la jurisdicción y el dominio originario de los recursos naturales de las provincias.

Por otro lado, el citado art. 75 inc. 18³⁶¹, que sirvió de base para el desarrollo primigenio³⁶² de los servicios públicos, tanto en cabeza del Estado como a manos de privados, habilita en forma casi irrestricta al Estado Nacional a prestar o dar a título de

³⁵⁹ Ver el célebre caso “Gibbons v. Ogden”, 22 U.S. 9 Wheat. 1 1 (1.824), Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América.

³⁶⁰ GELLI, María A., *Constitución...*, T. II, Ob. Cit., pág. 614.

³⁶¹ El art. 75 inc. 18 de la Constitución Nacional Argentina fue transcrito en la Nota N° 94. Según surge del artículo citado y como hemos visto en el Capítulo III, el Constituyente de 1994 dispuso que corresponde al Congreso Nacional proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias otorgándole a dicho estamento del Estado la facultad de conceder privilegios, es decir de otorgar concesiones o licencias a tales fines.

³⁶² “... la originalidad de la norma constitucional Argentina utilizada para la concesión de privilegios, esto es, el antiguo art. 67, inc. 16, que legitimó o justificó la explotación de los servicios públicos por los particulares, partió de la concepción, embrionaria en aquella época, de lo que actualmente se designa como la titularidad estatal de dichos servicios” (SALOMONI, Jorge L., *Teoría General de los Servicios Públicos*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 125 y sig.).

concesión o licencia los servicios que aprovechen al progreso y desarrollo de las provincias y la población.

Entonces, de acuerdo a los principios establecidos en los artículos citados, el Estado federal puede arrogarse la potestad de regular los servicios públicos que aprovechen el progreso y el desarrollo de las provincias y la población, desplazando tales atribuciones de la órbita local de cada provincia. Ya veremos en su debido momento que la situación del gas justamente refleja una omnipotencia regulatoria sin justificación en cabeza de la Nación.

Como conclusión del tema que nos convoca surgen algunas premisas que a continuación se expondrán:

a. De acuerdo a lo normado por la Constitución Nacional existen tres esferas de competencia en lo relativo a los servicios públicos.

b. En principio, el dominio de los recursos naturales, como la facultad de determinación, regulatoria y de policía es de las provincias, salvo que la Nación se lo hubiera reservado en forma expresa o implícita.

c. Las provincias pueden delegar el poder regulatorio, concedente y de policía a los municipios, de acuerdo a lo que la Constitución provincial así disponga.

d. Para el supuesto que exista comercio interprovincial o nacional, la competencia es nacional.

e. El Estado federal puede arrogarse la potestad de regular los servicios públicos que aprovechen el progreso y desarrollo de las provincias y la población, desplazando tales atribuciones de la órbita local de cada provincia, como es el caso del gas.

A la luz de lo dicho, corresponde precisar a quién le compete la regulación, el poder de policía y la encomienda de los servicios prestados por las cooperativas de servicios públicos en la Argentina.

La regulación, el poder de policía y la encomienda a la cooperativa de la explotación de un servicio público, tiene origen en la decisión de cualquiera de los estamentos del Estado, ya sea la Nación, las Provincias y/o las Municipalidades.

Como las cooperativas prestadoras de servicios públicos, en general, son distribuidoras o comercializadoras de servicios en las ciudades del interior de la Argentina, su competencia es provincial, salvo los servicios de telecomunicaciones y de gas, que son de competencia federal.

A su vez, las provincias pueden delegar tales atribuciones a los municipios.

VI.2.2. Identificación de los servicios y competencia regulatoria

-Servicios Eléctricos

A modo de introducción, consideramos conveniente resaltar datos estadísticos del servicio eléctrico que es brindado por cooperativas que tienen dicho objeto.

El 88,3% de las entidades prestadoras de servicios se encuentran en la Región Pampeana, con fuerte presencia en la Provincia de Córdoba (34,8%) y Buenos Aires (34,6%).

Del total de abonados (1.542.903, correspondiente a 410 entidades consideradas), el 80,9% pertenece a la Región Pampeana, con fuerte concentración en la Provincia de Buenos Aires.

En lo que respecta a la normativa aplicable, nos encontramos con la Ley N° 24.065 (Ley de Energía Eléctrica), que regula el Marco Regulatorio Energético.

Aquella ley entró en vigencia en la última década del siglo pasado en la Argentina, separando las actividades de generación, transporte y distribución y buscando introducir competencia en las actividades que así lo permitieran.

Las actividades de transporte y distribución, la ley bajo análisis las califica como un servicio público (con la salvedad, respecto del transporte, de lo atinente a su expansión)³⁶³, mientras que la primera de ellas —generación— ha sido definida como un servicio de interés general, en competencia y con algunas variables a ser controladas por el organismo regulador.

En cuanto al ámbito de aplicación del Marco Regulatorio Energético haremos referencia a la clarificadora exposición que hace el Dr. Barreiro³⁶⁴, quien explica que del dispositivo legal aplicable surgen los siguientes principios:

a) Quedan sujetas a las disposiciones la Ley N° 24.065 y sus reglamentaciones las actividades de la industria eléctrica: generación, transporte y transformación, y distribución —en tanto correspondan a la jurisdicción nacional—. Es decir, La distribución será también de jurisdicción nacional cuando una Ley del Congreso evidenciara el interés general y la conveniencia de su unificación.

³⁶³ BARREIRO, Rubén A., *Derecho de la Energía Eléctrica*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 100.

³⁶⁴ BARREIRO, Rubén A., *Derecho...*, Ob. Cit., pág. 925 y sigs.

b) “Son de especial importancia los casos contemplados en el art. 6º, inc. b), que establece la jurisdicción nacional con respecto a aquellas actividades en cuanto estén destinadas a servir el comercio de energía eléctrica entre la Capital Federal y una o más provincias o una provincia con otra: inc. e), cuando en cualquier punto del país integren la Red Nacional de Conexión e inc. f), cuando se vinculen con el comercio de energía eléctrica de una nación extranjera.

c) En el ámbito de la jurisdicción nacional establecida en el art. 6 del Régimen Jurídico de la Industria Eléctrica, Ley Nº 15.336³⁶⁵, su art. 11 dispone que el Poder Ejecutivo otorgará las concesiones y ejercerá las funciones de policía y demás atribuciones inherentes al poder jurisdiccional (correspondiendo esta redacción a la modificación introducida por la Ley Nº 24.065).

d) Con relación a las facultades provinciales, en los arts. 11 y 12 de la Ley Nº 15.336 se establecen dos principios. Por un lado, el primero de tales artículos establece que con respecto a los sistemas eléctricos provinciales —definidos en el art. 35, inc. b, como ‘las centrales, líneas y redes de jurisdicción provincial’—, así como a ‘la distribución regular y continua de energía eléctrica’ (definición del ‘servicio público de electricidad’ contenida en el art. 3º) que fuera de jurisdicción local, serán los gobiernos provinciales los que resolverán en todo lo referente al otorgamiento de autorizaciones y concesiones y ejercerán funciones de policía y demás atribuciones inherentes al poder jurisdiccional.”

Por otro lado, se dispone que las obras e instalaciones de generación, transformación y transporte de energía eléctrica son de jurisdicción nacional.

De conformidad con lo que surge de la ley aplicable Nº 15.336, podemos decir que se encuentra dentro de la jurisdicción provincial todo aquello relacionado con la prestación del servicio de distribución y comercialización de energía eléctrica llevada a cabo en el territorio de la provincia de que se trate.

Pero en cuanto quien tiene a su cargo la prestación de ese servicio de una u otra manera entra en contacto con agentes del Mercado Eléctrico Mayorista, las relaciones regulatorias que surgen de tal vinculación caen de lleno en la órbita de la jurisdicción nacional.

³⁶⁵ Dicha ley fue sancionada en el año 1960 y dispone que quedan sujetas a la misma y a su reglamentación las actividades de la industria eléctrica destinadas a la generación, transformación y transmisión, o a la distribución de la electricidad, en cuanto las mismas correspondan a la jurisdicción nacional; con excepción del transporte y distribución de energía eléctrica cuando su objetivo principal fuera la transmisión de señales, palabras o imágenes, que se regirán por sus respectivas leyes especiales.

Por otro lado, resta decir que en el ámbito provincial existen numerosos casos de concesiones de servicios de energía eléctrica suscritos por municipios, en aplicación de normas de delegación y promoción del régimen municipal³⁶⁶.

En síntesis, los servicios de distribución de energía son la franja en las que las cooperativas prestadoras de servicios eléctricos se mueven con mayor frecuencia; la distribución es concebida por el Marco Regulatorio como de competencia regulatoria de las provincias o municipios según sea el caso.

De allí que los ámbitos de competencia de la Nación y de las provincias, en lo que refiere a la prestación por parte de las cooperativas de servicios públicos en el contexto del Marco regulatorio Eléctrico son los siguientes:

a) Al Estado federal le competen los aspectos relacionados con el Mercado Eléctrico Mayorista y lo atinente al comercio interjurisdiccional e interregional;

b) A las provincias les corresponde tanto la regulación como la atribución de otorgar concesiones o licencias de distribución, salvo que se lo hubiera delegado a los municipios. De igual modo le compete la fiscalización del servicio de energía en su territorio.

De tal modo que todo lo referido a la regulación, concesión o delegación y fiscalización del servicio eléctrico de distribución pertenece a las provincias, salvo que estas facultades hayan sido delegadas por las provincias a los municipios, en cuyo caso serán estos los responsables de las tareas mencionadas.

-Servicio de Telecomunicaciones

En la Argentina, funcionan 266 cooperativas que prestan el servicio de telecomunicaciones. El 83% de éstas se ubican en las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba. A su vez, el 87,2% ofrece telefonía fija, el 65% Internet dial up y el 62% Internet banda ancha.

Hasta fines de la década de 1980, la empresa estatal ENTEL brindaba el servicio básico telefónico público y domiciliario urbano, interurbano e internacional. Su área de prestación alcanzaba 17 provincias argentinas. El resto era cubierto por la

³⁶⁶ En la provincia de Buenos Aires, la Ley N° 11.769 dispone que las cooperativas sólo podrán ser concesionarias del servicio de distribución en tanto la concesión sea municipal. Los concesionarios municipales del servicio de distribución tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que les correspondan a los concesionarios provinciales del mismo servicio.

Compañía de Teléfono (CAT). Además existían 300 cooperativas telefónicas a lo largo y ancho del país.

Entre el 1989 y 1990 se dio comienzo a las privatizaciones y se dispuso que los servicios fueran prestados en competencia, salvo los de telefonía básica. El plazo de exclusividad duró diez años.

Cuestiones constitucionales y legales impedirían a las provincias ejercer el poder de policía en lo que refiere a telecomunicaciones. La normativa constitucional, a tono con lo ya visto para todos los servicios públicos, en este aspecto dice lo siguiente:

a) El art. 75 inc. 14³⁶⁷ determina que al Congreso le compete “arreglar y establecer los correos generales de la Nación”;

b) El art. 4³⁶⁸ dispone que el gobierno federal provee a los gastos de la Nación con fondos del Tesoro Nacional, el que se forma, precisamente y entre otros recursos, con “la renta de Correos”;

c) Finalmente, los arts. 75, incs. 13³⁶⁹ y 18³⁷⁰, que conforman la “cláusula comercial” y la “cláusula del progreso”, respectivamente.

Las normas referidas se aplican —en especial las referidas al servicio de correo— al régimen de telecomunicaciones, por estar vinculada la actividad de correos con la telefónica en lo que hace a la libertad de expresión.

De cualquier manera, más allá de las normas constitucionales transcritas y de su aplicación analógica, existen razones técnicas y jurídicas que impiden la posibilidad de reglar por parte de los gobiernos locales. Ello así porque los servicios telefónicos actúan en base a las permanentes conexiones con otros puntos provenientes de distintas jurisdicciones terrenales o satelitales razón por la que es aplicable la jurisdicción Nacional. Situación similar sucede, como vimos, con el Sistema Argentino de Interconexión en materia de energía eléctrica.

³⁶⁷ El art. Art. 75 inc. 13 de la Constitución Nacional argentina fue transcrita en la Nota N° 14.

³⁶⁸ El art. 4 de la Constitución Nacional argentina dice: “El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, de la ley de venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional”.

³⁶⁹ El art. 75 inc. 13 de la Constitución Nacional argentina fue transcrita en la Nota N° 14.

³⁷⁰ El art. 75 inc. 18 de la Constitución Nacional argentina fue transcrita en la Nota N° 94.

Ahora bien, la discusión sobre la posibilidad de las provincias de regular en materia de telecomunicaciones tiene origen en la propia definición del Convenio de Nairobi, el cual Argentina ha suscripto.

En tal convenio se define el espectro radioeléctrico como un recurso natural limitado (art. 33, núm. 154.2); ello presupone la existencia de atribuciones provinciales para su regulación con arreglo a las disposiciones de la Constitución Nacional argentina, que como vimos en su oportunidad, dispone que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en el territorio.

De allí que varias Constituciones provinciales se reservaron en sus textos el derecho a legislar en materia de radiodifusión.

Esta doble regulación ha creado una gran conflictividad en materia de régimen aplicable y en consecuencia de competencia de la justicia que debe intervenir. Conflictos que ya hemos advertido entre las competencias nacionales, de cuña centralizadora, y las provinciales, que pugnan por un federalismo pleno.

Esta constante puja de poder entre los dos niveles de Estado que hacen de nuestro país una República Federal, y en especial la confusión de jurisdicciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión ha sido desarrollada por numerosa doctrina³⁷¹.

Ahora bien, la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, en lo que hace a esta problemática, ha inclinado las aguas a favor del poder central nacional, es decir, ha declarado la validez y la preeminencia de la normativa nacional aplicada en territorio de jurisdicción provincial.

Así en el fallo “Comité Federal de Radiodifusión c/Provincia del Neuquén s/Inconstitucionalidad-radiodifusión”, 20/06/96, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “aunque reivindicó las facultades reservadas por las provincias y la autonomía de éstas dentro del sistema político federal, afirmó que el gobierno nacional puede legislar sobre aspectos internos de las actividades provinciales susceptible de menoscabar el comercio interprovincial y exterior”³⁷².

En materia de telecomunicaciones es doctrina del Máximo Tribunal de la Nación aquella que sostiene que: “las comunicaciones telefónicas interestatales están sujetas a la jurisdicción nacional, pues ellas constituyen el ejercicio del comercio,

³⁷¹ Destacamos la labor de: TAU ANZOÁTEGUI, Carlos A., *Régimen jurídico de las telecomunicaciones y la radiodifusión*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

³⁷² TAU ANZOÁTEGUI, Carlos A., *Régimen...*, Ob. Cit., pág. 56.

forman parte del sistema de correos y tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar general del país”³⁷³.

Los casos citados siguen la misma línea que el precedente “Harengus S.A.”³⁷⁴ y el fallo que a la postre delineó una solución práctica ante conflictos en potestades concurrentes entre Nación y las provincias: el caso “Boto”³⁷⁵.

-Servicio de agua potable y recolección de aguas servidas

Las cooperativas que prestan servicios de agua potable en la Argentina, son 480. Se observan los siguientes indicadores: La cantidad de hogares abonados asciende a 853.216, lo que representa, estimativamente, una población servida de 3,1 millones de habitantes, a través de 21.871 km de red. El 75% de los hogares están localizados en la Región Pampeana, destacándose dentro de ella Córdoba (32,45%) e interior de la Provincia de Buenos Aires (20,6%).

Respecto de las entidades de servicio de recolección de aguas servidas, se resalta que la población asistida con este tipo de servicio asciende a 1,6 millones de habitantes.

Como surge del Capítulo I del presente trabajo, las cooperativas de servicio de agua son las más numerosas en el territorio nacional.

Veamos en lo sucesivo a quién corresponde el poder regulatorio de este servicio.

Indudablemente, en tanto participa de su naturaleza y caracteres, el agua se encuentra comprendida entre los recursos naturales a la que alude la Constitución Nacional y, por tanto, son de dominio de los estados provinciales.

Sin embargo, ello no invalida la jurisdicción nacional en la materia que implique razones de planificación y como garantía del uso racional de los recursos y de la sustentabilidad ambiental³⁷⁶, como por ejemplo el caso del área metropolitana de la ciudad de Buenos Aires³⁷⁷.

³⁷³ Conf. Fallos: 188:247, 320:162, entre otros.

³⁷⁴ CSJN, “Harengus S.A. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ Inconstitucionalidad (Ley Provincial 2.144)”, Fallos 317: 397, de fecha 19/4/1994. Aquí se discutió la jurisdicción aplicable sobre las actividades pesqueras, inclinándose hacia la competencia federal en base al art. 75, inc. 13 C.N.

³⁷⁵ CSJN, “Boto, Armando c/ Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros s/Diferencias salariales”, Fallos 320:786, de fecha 06/05/1997.

³⁷⁶ ROSATTI, Horacio D., *Derecho Ambiental Constitucional*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 109.

³⁷⁷ En este caso la autoridad concedente es la Nación, habiendo tomado bajo su órbita, a partir del año 2006, la prestación a través de la Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria denominada “Agua y Saneamientos Argentinos”.

A partir del análisis efectuado de las normas constitucionales podemos afirmar que el principio general es que tanto el dominio como la jurisdicción en materia de aguas corresponde a las provincias, salvo las excepciones indicadas y las que a continuación se repasarán.

La Constitución Nacional ha delegado al gobierno federal las siguientes facultades de jurisdicción en materia de agua: usos comunes, en especial la navegación, uso hidroeléctrico; dictado de la legislación de fondo donde, por ejemplo, el Código Civil puede regular al respecto siempre respetando la órbita del derecho público provincial; la política exterior que también es materia delegada y que, aun cuando el poder federal firme tratados internacionales, debe velar porque no se desnaturalicen los poderes provinciales; y, por último, la competencia legislativa para el establecimiento de los presupuestos mínimos de protección ambiental que es también una excepción a la jurisdicción provincial.

Por su parte, el suministro o distribución del servicio no tiene una afectación interprovincial que habilite a la competencia federal, salvo en lo relativo al derecho ambiental³⁷⁸. Por lo tanto, en esta materia el poder regulatorio lo detentan las provincias.

También cabe destacar que las provincias han delegado a Comités y Organismos de Cuenca nacidos por pactos interprovinciales³⁷⁹ potestades jurisdiccionales con el fin de entender en todo lo relativo a la administración, control, uso y preservación de las cuencas interprovinciales bajo su órbita.

En definitiva, en materia de recursos hídricos son, pues, mayores las facultades provinciales que las nacionales. La Nación tiene, sin embargo, en las aguas de dominio y en las materias de jurisdicción provinciales, poderes concurrentes con los de aquéllos, para la promoción del desarrollo de los recursos hídricos³⁸⁰.

³⁷⁸ En este sentido nos encontramos frente a la Ley N° 25.688, la cual asigna a una “autoridad nacional de aplicación” competencias normativas y de control para la preservación del recurso acuífero y el medio ambiente; “cometidos que en la medida en que se encuadren en los ‘presupuestos mínimos de protección’ que corresponden a la Nación según el Artículo 41, CN, no merecen reparos. En cambio, la elaboración de un plan nacional para el uso de las aguas, resulta inconstitucional, aunque se prevea su aprobación por ley del Congreso.” (MATA, Ismael, “Lineamientos del régimen jurídico del agua potable y saneamiento”, en AA.VV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2005, pág. 531).

³⁷⁹ V. gr.: Comité Interjurisdiccional del Río Colorado, la Comisión Regional del Río Bermejo, la Autoridad Interjurisdiccional de Cuenca de los ríos Limay, Neuquén y Negro, entre otros.

³⁸⁰ CANO, Guillermo J., *Recursos Hídricos*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1964, pág. 333 y sig.

De tal forma, en lo que a nosotros nos interesa que es la competencia para regular y ejercer la policía del servicio de distribución de agua, ello corresponde a las provincias.

-Servicio de gas

Son mucho menos importantes las cooperativas que prestan servicio domiciliario de gas. El 81% de estas cooperativas y el 97% de las conexiones se localizan en las provincias de Santa Fe, Buenos Aires y Córdoba.

Hasta 1990 el gas estaba provisto en la República Argentina por Gas del Estado. En los lugares que la empresa estatal no llegaba, cooperativas prestadoras de este servicio lo hacían y se desarrollaban con tal objetivo. Cuando se privatiza Gas del Estado se decide dividir el negocio en tres etapas bien diferenciadas: Producción, Transporte y Distribución³⁸¹.

Las condiciones posteriores a la década de los noventa hicieron que la producción se mantenga en competencia, mientras que en el área transporte se crearon dos estructuras de transporte, Transportadora Gas del Norte y Transportadora Gas del Sur, que actúan en monopolio. Asimismo, se decidió que la distribución sea prestada monopólicamente.

En cuanto al marco normativo-regulatorio: “Entre las normas que se refieren al petróleo y gas tenemos a la Constitución Nacional, a las leyes nacionales, decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo Nacional, las Constituciones Provinciales, las leyes, decretos y resoluciones provinciales. No son pocos los Tratados y Convenciones Internacionales ratificados por la República Argentina que se refieren a esta actividad. La norma nacional base y sobre la que se vertebra todo el andamiaje jurídico del régimen es la Ley 13.719”³⁸².

En lo que refiere a competencia regulatoria, nuevamente nos encontramos frente a un panorama desalentador en cuanto a precisiones y delimitaciones entre los poderes provinciales y los nacionales.

³⁸¹ El Art. 9° de la Ley N° 24.076 dispone: “Son sujetos activos de la industria del gas natural los productores, captadores, procesadores, transportistas, almacenadores, distribuidores, comercializadores y consumidores que contraten directamente con el productor de gas natural. Son sujetos de esta ley los transportistas, distribuidores, comercializadores, almacenadores y consumidores que contraten directamente con el productor”.

³⁸² BELLORIO CLABOT, Dino L., CAVALLI, Luis A., PIGRETTI, Eduardo A., *Ambiente, Petróleo y Gas*, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2011, pág. 43.

La Ley N° 24.076 “regula el transporte y distribución de gas natural que constituyen un servicio público nacional, siendo regidos por la Ley N° 17.319 la producción, captación y tratamiento”. Esta última “... solamente es aplicable a las etapas de transporte y distribución de gas natural, cuando la presente ley se remita expresamente a su normativa”³⁸³.

El servicio público de transporte y distribución de gas natural es de jurisdicción exclusiva del Estado Nacional. En lo que corresponde al dominio³⁸⁴, aun cuando las provincias puedan tener derechos sobre el recurso en cuestión, se ven fuertemente disminuidos a punto tal que podría decirse que sobre los recursos gasíferos las provincias tienen solo la “nuda propiedad”³⁸⁵.

Esto se constata en el texto de la Ley vigente, que dice “El transporte y distribución de gas natural deben ser realizados por personas jurídicas de derecho privado a las que el Poder Ejecutivo Nacional haya habilitado mediante el otorgamiento de la correspondiente concesión, licencia o permiso previa selección por licitación pública, excepto aquellos derivados de la aplicación del art. 28 de la ley 17.319. En esta ley el término “habilitación” comprenderá la concesión, la licencia y el permiso, y el término “prestador” comprenderá al concesionario, al licenciatario y al permisionario. El Poder Ejecutivo Nacional determina, en cada caso, la modalidad a adoptar. El Estado nacional y las provincias, por sí, o a través de cualquiera de sus organismos o empresas dependientes, sólo podrán proveer servicios de transporte y distribución en el caso de que, cumplidos los procedimientos de licitación previstos en

³⁸³ Conf. Art. 1° de la Ley N° 24.076.

³⁸⁴ Así en materia de dominio, “La pertenencia al Estado Nacional o a los estados Provinciales de los yacimientos de petróleo y gas, según el lugar donde se encuentren, está definida por el art. 1 de la ley N° 17.319... En su redacción original los yacimientos pertenecían al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado Nacional. Diversas modificaciones que se dieron a partir del año 1992 y se perfeccionan en el año 2007, transfieren el dominio de los yacimientos a las provincias donde se encuentran, quedando para el Estado Nacional aquellos que se encuentran en el mar que le pertenece”. Conf. BELLORIO CLABOT, Dino L., CAVALLI, Luis A., PIGRETTI, Eduardo A., *Ambiente...*, Ob. Cit., pág. 53.

³⁸⁵ Al régimen de transporte y distribución de exclusivo resorte del Estado nacional se suma que, en lo atinente a las potestades regulatorias de policía, esto es la jurisdicción normativa, en lo que respecta a los procesos de producción, captación y tratamiento, “La Ley N° 26.197 (año 2007) modifica el artículo primero pero deja intocada la casi totalidad de la Ley N° 17.319. En efecto, sancionada la ley, igualmente el diseño de las políticas energéticas a nivel federal continúa siendo responsabilidad del Poder Ejecutivo Nacional, mientras que la relación entre las provincias y los sujetos de derecho del sector hidrocarburífero se rige por la Ley N° 17.319 y su reglamentación, motivo por el cual los estados provinciales no pueden modificar con su normativa aspectos sustanciales de aquella ley”. BELLORIO CLABOT, Dino L., CAVALLI, Luis A., PIGRETTI, Eduardo A., *Ambiente...*, Ob. Cit., pág. 55. Los autores son terminantes al sostener que la Ley N° 26.197 establece que “el diseño de las políticas energéticas a nivel federal es responsabilidad del Poder Ejecutivo Nacional”. La misma tesis puede seguirse a partir de la última reforma a la Ley de Hidrocarburos, Ley N° 27.007.

la presente ley no existieren oferentes a los que pudiere adjudicarse la prestación de los mismos o bien si, habiéndose adjudicado tales servicios, se extinguiere la habilitación por alguna de las causas previstas en la misma y se diere aquella situación”³⁸⁶.

Las cooperativas prestadoras del servicio de gas natural no están exentas de este régimen. Estas quedan encuadradas en el art. 12 de la Ley N° 24.076, cuyo texto reza: “Se considera distribuidor al prestador responsable de recibir el gas del transportista y abastecer a los consumidores a través de la red de distribución, hasta el medidor de consumo, dentro de una zona, entendiéndose por tal, una unidad geográfica delimitada. El distribuidor, en su carácter de tal, podrá realizar las operaciones de compra de gas natural pactando directamente con el productor o comercializador”.

De este modo, las cooperativas que se desempeñan abasteciendo de gas natural a ciudades y pueblos son “sujetos activos de la industria del gas natural”, y como tales están alcanzados por el Marco Regulatorio Nacional y obligados a cumplir con los reglamentos y disposiciones del Ente Nacional Regulador del Gas³⁸⁷.

En efecto, el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), con personalidad jurídica propia y bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional-Ministerio de Economía, es el organismo que tiene a su cargo llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en la Ley N° 24.076³⁸⁸.

En conclusión: a pesar de ser un recurso natural que pertenece al dominio exclusivo de las provincias, éstas cedieron sus potestades regulatorias y de policía, e inclusive en las referidas a la disposición de concesiones y licencias, en pos de lo normado por el Congreso Nacional y a lo que dispongan las autoridades de aplicación y control de la misma esfera. Tan sólo se vislumbra cierta tendencia marcada por la normativa precedente a favor de delegar o transferir facultades de control a las provincias.

VI.2.3. Problemática de la atomización de la competencia regulatoria

Como indicamos en el primer capítulo la mayoría de las cooperativas son multiactivas, ello trae aparejado que el régimen regulador y el poder concedente sean

³⁸⁶ Art. 4° de la Ley N° 24.076.

³⁸⁷ BELLORIO CLABOT, Dino L., CAVALLI, Luis A., PIGRETTI, Eduardo A., *Ambiente ...*, Ob. Cit., pág. 115.

³⁸⁸ Sus facultades surgen del art. 52 de la Ley N° 24.076.

distintos de acuerdo a cada actividad, además de encontrarse diseminados territorialmente, ya que si prestan servicios de telefonía el régimen regulador, el poder concedente y el poder de policía se encuentran en la órbita del Estado Nacional, mientras que si además dicha cooperativa presta servicio de distribución de energía eléctrica, el régimen, el poder concedente y de policía corresponde a las provincias o, en su caso, a los municipios si la Constitución provincial así lo prevé.

De igual modo, en este último caso, cuando las provincias delegan a los municipios advertimos otro problema, en la medida que las cooperativas de servicios públicos en muchos casos prestan el mismo servicio a varias ciudades vecinas, ello trae aparejado que deban atenerse a distintos marcos regulatorios, ya que cada municipio regula de manera diferenciada el servicio.

Toda esta normativa regulatoria indistinta —y en muchos casos nada uniforme— provoca que las cooperativas multiactivas y que prestan servicios en varias ciudades deban contar con una organización burocrática y costosa de mantener, para hacer frente a la diseminación de normas y de poderes de policía.

Con ello no se critica la autonomía municipal, ni menos aún el sistema federal que ha abrazado nuestro Carta Magna Fundamental, que lamentablemente se ve cada día más avasallado por el Estado Nacional, que subyuga a las provincias financieramente y que concentra los recursos para someterlas a las políticas dispuestas desde Nación, sino que es hora de pensar en cuáles podrían ser las herramientas que posibilitarían a las cooperativas tener mayor inmediatez con su poder regulador, concedente y de policía y que, además, puedan contar con marcos regulatorios más uniformes, que contemplen el carácter diferenciado y especial de su naturaleza, para afrontar la tarea de prestación de servicios esenciales.

La tarea no es sencilla si se trata de no vulnerar las autonomías provinciales y municipales pero quizás, a través de un marco regulatorio modelo que los distintos estamentos provinciales y/o municipales puedan adherir, con contratos de concesión modelos que contemplen las condiciones especiales de estas entidades y diseñando un poder de policía acorde también a sus características, esta problemática que se advierte podría encontrar soluciones.

Un espacio propicio para empezar a coordinar políticas de fomento de las cooperativas con regulaciones específicas que atiendan a su carácter de persona diferenciada en cada caso y donde se empiecen a delinear modelos de contratos de concesión o licencia tipo podría ser el ámbito del Instituto Nacional de Asociativismo

y Economía Social (INAES), en coordinación con entes reguladores y organismos provinciales que desarrollen la misma actividad.

Ello así porque el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social tiene dentro de sus facultades (art. 100 inc. 12 de la Ley de Cooperativas³⁸⁹) coordinar la labor con los organismos competentes por razón de la materia, lo que según apunta la Expresión de Motivos de la ley deberán tender a establecer relaciones orgánicas y permanentes entre diversos organismos, a fin de lograr una acción eficiente y armónica encaminada al logro del objetivo común que inspira a toda manifestación de contralor pública.

De allí se deriva que si bien la Autoridad de aplicación del régimen legal de cooperativas no tiene facultades para inmiscuirse en cuestiones relacionadas con la prestación o a la actividad de la cooperativa, sí está en condiciones de coordinar las labores con organismos que controlan el objeto de la actividad, a efectos de que tales entes reguladores u organismos descentralizados diseñen una regulación adecuada que tenga en cuenta la entidad y naturaleza cooperativa.

En definitiva, es necesario contar con un marco regulatorio, que vaya en directo beneficio de estas empresas, con el objetivo de diferenciarlas, promoverlas y resguardarlas estructuralmente. La fecundidad y eficiencia de las cooperativas prestadoras de servicios públicos exige poder alcanzar una construcción regulatoria armónica y equitativa, que permitan que los servicios prestados por estas entidades sigan siendo una realidad.

VI.2.4. ¿Existen regulaciones especiales para el caso de que la prestadora del servicio público sea una empresa cooperativa?

Luego de haber estudiado la regulación de los servicios públicos, y haber expuesto los lineamientos básicos de los marcos regulatorios más importantes a nivel nacional en la Argentina, estamos en condiciones de abordar la concordancia del régimen cooperativo con el régimen de los servicios públicos.

Para ello, la metodología a emplear estriba en analizar si se verifican en el cúmulo de normas de regulación nacional y provincial de servicios públicos,

³⁸⁹ El art. 100 inc. 12 de la Ley de Cooperativas N° 20.337 dice: “Son facultades inherentes a la fiscalización pública. Inc. 12) Coordinar su labor con los organismos competentes por razón de materia”.

regulaciones que expresamente contemplen a las entidades cooperativas o de la economía social como prestatarias de aquellos y que, asimismo, prescriban reglas específicas y/o diferenciales, ya sea en beneficio o en perjuicio de aquellas, que las diferencien del régimen ordinario previsto para la universalidad de prestadores.

Lo cierto es que del estudio de los marcos regulatorios nacionales en materia de servicios de gas, electricidad y telecomunicaciones, no se encuentran previstos regímenes especiales que encuentren como eje la naturaleza cooperativa del prestador. En todos estos casos se establece en términos generales que los prestadores del servicio deben ser personas jurídicas, prioritariamente privadas³⁹⁰, designadas mediante contrato de concesión.

Así por ejemplo advertimos que el Marco Regulatorio Energético, aprobado por la Ley N° 24.065 (Ley de Energía Eléctrica), no hace distinciones que tengan en cuenta el carácter de las empresas prestatarias.

No obstante ello, es importante señalar que los decretos reglamentarios de aquella ley perjudicaban a las cooperativas. En este sentido, la redacción original del art. 10 del Decreto 1398/92³⁹¹ establecía la asimilación de las cooperativas a grandes usuarios y no a distribuidores, ello a los efectos de determinar su forma de participación en el Mercado Eléctrico Mayorista. Esta calificación de las cooperativas limitaba por cierto su esfera de actuación, las perjudicaba a la hora del precio que debían pagar para comprar la electricidad, además de no ser compatible con su finalidad.

De este modo, en el año 1995 se dictó el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 186/95 que se fundó, según surge de sus considerandos, en la promoción de la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad que se encuentra entre los objetivos de la política eléctrica nacional establecidos en el art. 2° de la Ley N° 24.065.

El artículo 3° del mencionado decreto estableció que “cualquier ente o empresa (incluso cooperativa) que acredite ser titular de una concesión vigente —otorgada por autoridad competente— en virtud de la cual tal ente o empresa sea responsable de atender, dentro de un área determinada, toda demanda de servicios para satisfacer las necesidades indispensables y generales de energía eléctrica de usuarios finales que no

³⁹⁰ Art. 3° Ley 24.065 y art. 4° Ley 24.076.

³⁹¹ El Decreto N° 1.398/92 del Poder Ejecutivo Nacional reglamenta la Ley de Energía Eléctrica N° 24.065.

puedan contratar su suministro en forma independiente, podrá solicitar (...) su reconocimiento para incorporarse al Mercado Eléctrico Mayorista en calidad de distribuidor³⁹².

Ello permitió que las cooperativas que dieran cumplimiento con los recaudos indicados puedan adquirir la energía que van a vender a los usuarios al Mercado Eléctrico Mayorista, a un precio mucho más competitivo.

En lo que hace a los servicios públicos de jurisdicción nacional, vemos que en el régimen de distribución de gas no existe distinción alguna cuya variable sea la naturaleza cooperativa del prestador³⁹³. Es más, las cooperativas que se desempeñan abasteciendo de gas natural a ciudades y pueblos son “sujetos activos de la industria del gas natural”, y como tales están alcanzados por el Marco Regulatorio Nacional y obligados a cumplir con los reglamentos y disposiciones del Ente Nacional Regulador del Gas.

La misma situación se verifica en materia de telecomunicaciones, no obstante se reconoce expresamente la función esencial de las cooperativas en el desarrollo regional de la telefonía y, en consecuencia, se les concedió por ello cierta prerrogativa de exclusividad zonal³⁹⁴ e intangibilidad en el proceso de privatización que sobrevino a fines de la década de los ochenta³⁹⁵.

³⁹² Barreiro agrega que “las cooperativas eléctricas pueden solicitar su ingreso al MEM como cualquier otro distribuidor, en tanto se encuentren reunidos los dos recaudos básicos que establece la normativa aplicable. Esto es, por un lado, acreditar ser titular de un contrato de concesión en los términos indicados en el párrafo que antecede. Por el otro, tener una demanda mínima de potencia y energía de 1mW y 4.380 mWh, respectivamente (Anexo 17, Los Procedimientos)”. BARREIRO, Rubén A., *Derecho...*, Ob. Cit., pág. 196.

³⁹³ Se analizaron la Ley Nacional N° 24.076 y su Decreto Reglamentario N° 1.738/92; Decreto N° 2.255/92 y sus anexos; Resolución ENARGAS N° 35/93 sobre subdistribución de gas por redes, entre otras normas.

³⁹⁴ El artículo 14 de la Ley Nacional N° 19.798 dice: “En ningún caso se otorgarán autorizaciones o permisos de explotación que importen el establecimiento de exclusividades o monopolios incompatibles con la soberanía, desarrollo y seguridad nacional. La existencia de tales situaciones faculta a la autoridad de aplicación para disponer la caducidad de las respectivas autorizaciones o permisos. Se autorizará o permitirá la instalación de entes telefónicos privados (cooperativas) cuyo fomento satisfaga requerimientos de desarrollo regional, con las limitaciones que determina el párrafo precedente y la reglamentación de esta ley”.

³⁹⁵ El Decreto N° 731/89 dispuso la privatización del Ente Nacional de Telecomunicaciones y la creación de dos áreas de red telefónica comprensivas de la totalidad del territorio nacional, a ser adjudicadas a dos sociedades anónimas (art. 2°). No obstante ello, el art. 4° excluye de tal régimen a las cooperativas telefónicas, al prescribir que “Las sociedades cooperativas que actualmente prestan servicios telefónicos mantendrán sus derechos sin perjuicio de su eventual participación en el capital de la licenciataria a quien se le adjudique la región que corresponda a su ubicación geográfica”.

Pero lo cierto es que, en la actualidad, el marco regulatorio vigente no contempla un tratamiento específico para aquellas cooperativas³⁹⁶. Todo lo contrario, el congelamiento tarifario rígido a que hicieramos ya mención y los cargos que deben abonar a las grandes compañías telefónicas por el uso de sus redes (“*Calling Party Pays*”) han tornado la actividad cooperativa en un verdadero calvario³⁹⁷. En estos últimos meses estamos asistiendo a un posible cambio positivo respecto de las políticas sobre telecomunicaciones y cooperativas³⁹⁸, encabezado por la sanción de la flamante ley “Argentina Digital”³⁹⁹.

Del mismo modo, recorriendo la legislación local de las principales provincias con actividad cooperativista en el rubro de los servicios públicos (tomamos los casos testigo de la Provincia de Buenos Aires, Córdoba, La Pampa, Santa Fe y Neuquén) observamos que no existen diferencias sustantivas en el tratamiento regulatorio conforme a la distinta naturaleza jurídica que pueden presentar los potenciales prestatarios de los servicios públicos de jurisdicción local.

De esta manera, las cooperativas que tienen como objeto la prestación de un servicio público en la Argentina son colocadas en la misma consideración político-jurídica que cualquier prestataria, sin mostrar los marcos regulatorios un interés en adaptar ciertas reglas a las especiales características que distinguen a la empresa de la economía social.

No obstante ello, es posible encontrar de forma aislada y asistemática algunas previsiones normativas que refieren a la calidad de ente cooperativo de la prestadora aunque, a decir verdad, no revisten cambios significativos en cuanto a los regímenes ordinarios.

Quizás, la pauta regulatoria más importante —pero también la más postergada— resulta aquella inserta en el punto IV del Anexo I de la Ley N° 23.696 de Reforma del Estado sancionada en el año 1989, ley que como vimos sienta las bases fundamentales para la privatización de los servicios públicos nacionales.

³⁹⁶ Nos referimos específicamente al Decreto del PEN N° 764/2000 y a sus anexos, en especial el Reglamento de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones.

³⁹⁷ <http://www.telam.com.ar/notas/201403/57290-las-cooperativas-consideran-impresindible-romper-el-oligopolio-de-los-grandes-grupos.html>. (recurso consultado en fecha 18/10/2014).

³⁹⁸ <http://colsecornoticias.com.ar/index.php/5861-cooperativas-y-empresas-de-telefonía-movil-firmaron-un-acuerdo-por-cpp> (recurso consultado en fecha 18/10/2014).

³⁹⁹ Ley N° 27.078, en cuyo artículo 2°, 3er párr., se prevé que “En la ejecución de la presente ley se garantizará el desarrollo de las economías regionales, procurando el fortalecimiento de los actores locales existentes, tales como cooperativas, entidades sin fines de lucro y pymes, propendiendo a la generación de nuevos actores que en forma individual o colectiva garanticen la prestación de los Servicios de TIC”.

Dicha norma establece que serán sometidas a concesión de personas privadas los servicios de distribución y comercialización de gas, electricidad, agua y cloacas que hasta aquel entonces eran prestados por Gas del Estado, SEGBA, Agua y Energía y Obras Sanitarias de la Nación, otorgándosele prioridad al sector cooperativo.

La realidad de los hechos ha demostrado lo contrario: las concesiones acabaron en manos de sociedades con fuerte presencia de capitales extranjeros (se destacan: Camuzzi Argentina S.A, EDENOR S.A, EDESUR S.A., EDELAP S.A, Aguas Argentinas S.A., entre otras), ocupando actualmente las cooperativas un rol residual⁴⁰⁰ pero esencial en el interior del país.

A nivel provincial no son escasas las constituciones locales que hacen expresa mención al régimen cooperativo y su rol trascendental para el desarrollo social. En tal sentido albergan declaraciones que sugieren su inclusión en políticas de fomento y de beneficios fiscales. Incluso en determinados casos el tratamiento constitucional del servicio público se encuentra en estrecha relación con la normativa dedicada al sector cooperativo.

Haciendo un breve repaso por los textos constitucionales de las Provincias que fueron seleccionadas como objeto de estudio en el presente acápite, tenemos que la Provincia de Buenos Aires “fomenta la organización y desarrollo de cooperativas y mutuales, otorgándoles un tratamiento tributario y financiamiento acorde con su naturaleza.” (Artículo 41, 2do párr., Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

En su artículo 36 la Constitución de la Provincia de Córdoba establece que “El Estado Provincial fomenta y promueve la organización y desarrollo de cooperativas y mutuales. Les asegura una adecuada asistencia, difusión y fiscalización que garantice su carácter y finalidades.”; mientras que el artículo 75 prescribe que los servicios públicos “pueden prestarse directamente, o por medio de cooperativas o sociedades de economía mixta, y por particulares. En el control de su prestación participan los usuarios según lo establecen las leyes u ordenanzas respectivas.”.

A su turno, la Constitución de la Provincia de Santa Fe declara en su artículo 26 que “La Provincia reconoce la función social de la cooperación en el campo económico, en sus diferentes modalidades. La ley promueve y favorece el cooperativismo con los medios más idóneos y asegura, con oportuna fiscalización, su

⁴⁰⁰ Las cooperativas vienen a llenar los lugares al que los grandes distribuidores privados y/o entes estatales no alcanzan ya sea por razones económico-financieras, o bien por pautas de conveniencia política.

carácter y finalidades”. En una misma línea, el artículo 28 sobre régimen agrario dice que la provincia “estimula la industrialización y comercialización de sus productos por organismos cooperativos radicados en las zonas de producción que faciliten su acceso directo a los mercados de consumo, tanto internos como externos, y mediante una adecuada política de promoción, crediticia y tributaria, que aliente la actividad privada realizada con sentido de solidaridad social”.

Las constituciones provinciales de La Pampa y Neuquén avanzan un paso más respecto de sus pares, al reconocer a las cooperativas no sólo la potestad de prestar servicios públicos locales, sino también dispensándoles un trato preferente y prioritario para su adjudicación.

Así, la primera de ellas establece en su artículo 42 que “Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado provincial o municipal y se propenderá a que la explotación de los mismos sea efectuada preferentemente por el Estado, municipios, entes autárquicos o autónomos, o cooperativas de usuarios, en los que podrán intervenir las entidades públicas. Se podrán otorgar concesiones a particulares y éstas se acordarán previa licitación de carácter público y con expresa reserva del derecho de reversión por la Provincia o los municipios en su caso, quienes ejercerán un contralor estricto respecto al cumplimiento de la concesión. Una ley especial determinará las formas y condiciones de la explotación de los servicios públicos por la provincia, municipalidades, concesionarios y demás entidades autorizadas a prestarlos”; resta mencionar que el artículo 68 inc. 18º sigue la senda desarrollista del sector cooperativo al disponer entre las atribuciones y deberes del Poder Legislativo provincial el de “dictar leyes orientadas a proteger y fomentar el régimen cooperativo”.

Por último, la Constitución de la Provincia del Neuquén adoptó en su última reforma encarada en el año 2006 el criterio doctrinario y jurisprudencial que cuestiona la aplicación de un procedimiento de selección de concesionario, en este caso la licitación, a un servicio público que se encuentra siendo prestado por una cooperativa.

Lo cierto es que el actual texto constitucional presenta una tríada de artículos en los cuales el régimen cooperativo y el régimen de los servicios públicos se encuentran fuertemente enlazados. Nos referimos a los artículos 79, 80 y 81 de la Carta Magna local.

El primero de ellos (art. 79) titulado “Fomento del cooperativismo”, ordena que “El Estado provincial, por medio de una legislación adecuada, propenderá a mejorar las condiciones de vida y subsistencia social, fomentando y protegiendo el

establecimiento de cooperativas de producción, consumo y crédito, reconociendo su función social y favoreciendo el acceso del ahorro popular a la vivienda propia”.

Luego el artículo 80, con el criterio que ya adelantáramos, establece con respecto a la disposición de bienes públicos y adjudicación de servicios que “Toda enajenación de los bienes fiscales, compra, adjudicación de servicios públicos y demás contratos susceptibles de ello, se hará por licitación y previa una amplia publicidad, sin cuyos requisitos serán nulos. Una ley general establecerá el régimen de excepciones”; y que: “Están excluidos de la obligación licitatoria y podrán ser adjudicatarios directos en la prestación de servicios públicos, en las condiciones que establezca la legislación provincial respectiva, los entes autárquicos provinciales y las sociedades cooperativas preexistentes, integradas por vecinos usuarios en actual prestación de los servicios y con sede en la ciudad donde deban prestarlos.”.

Finalmente, en cuanto a la prestación de los servicios públicos, el artículo 81 dice “Los servicios públicos estarán a cargo del Estado provincial, municipal, entes autárquicos y sociedades cooperativas. No se otorgarán concesiones que puedan constituir monopolios, excepto aquellas que correspondan a monopolios naturales.”.

Ahora bien, aquel contexto propicio para las cooperativas no encuentra en la mayoría de los casos eco en la regulación infraconstitucional de las provincias en materia de servicios públicos.

Por ejemplo, en el caso del servicio de agua y disposición de efluvios cloacales no se presentan distinciones reglamentarias en relación con la prestación por parte de cooperativas en las provincias de La Pampa⁴⁰¹, Córdoba⁴⁰² y Neuquén⁴⁰³; mientras que

⁴⁰¹ Ver al respecto: Ley N° 607 (Código de Aguas); Ley N° 773 (Creación de la Administración Provincial del Agua); Ley N° 1.027 (Régimen de conservación y uso de Agua Potable); Ley N° 1.476 (Régimen de servidumbre administrativa de ductos). Según el Decreto Pcial. N° 193/81 (reglamentario de la mentada Ley N° 1.027), “Serán prestadores de los servicios de Agua Potable, en su caso, los Municipios, las Comisiones de Fomento, y excepcionalmente el Estado Provincial. Los Organismos e Instituciones mencionadas, serán responsables de la Administración, operación y mantenimiento de los servicios que podrán conceder a Entes Cooperativas o a particulares” (art. 2°) siendo la Administración Provincial del Agua (ente público provincial) el organismo regulador en la materia (art. 7°).

⁴⁰² Si bien se reconoce expresamente la presencia de cooperativas prestadoras del servicio de aguas y desagües, el Anexo del Decreto N° 529/94 (Marco Regulador para la Prestación de Servicios Públicos de Agua Potable y Desagües Cloacales en la Provincia de Córdoba) sólo trata en disposición transitoria (art. 61) las pautas de adaptación de los entes cooperativos al nuevo marco regulatorio, siendo aquel marco regulador de aplicación plena e irrestricta para todos los prestadores sin distinción.

⁴⁰³ La prestación del servicio de agua potable y tratamiento de aguas servidas se encuentra principalmente a cargo del Ente Provincial de Agua y Saneamiento (ente público provincial), sin perjuicio de lo cual existen en pequeñas localidades del interior de la provincia cooperativas que tienen a su cargo la provisión de agua.

Surge del Sitio Web oficial del citado ente: Actualmente, el organismo estatal neuquino es responsable directo de prestar servicio de agua potable y saneamiento en las localidades de Neuquén, Senillosa, El Chocón, Chos Malal, Taquimilán, Andacollo y Junín de los Andes. Además, de ser el encargado de

establecen pautas regulatorias mínimas las provincias de Santa Fe⁴⁰⁴ y la Provincia de Buenos Aires en el marco del convenio refrendado por Ley Nacional N° 26.221⁴⁰⁵.

En cuanto al servicio de distribución de energía eléctrica, el panorama es un tanto más favorable.

El marco regulatorio de la Provincia de Buenos Aires jerarquiza y privilegia al ente cooperativo como prestador esencial del servicio de distribución⁴⁰⁶.

Por otro lado, se estipula un vínculo de coordinación entre la autoridad de aplicación del régimen de energía eléctrica y su par en materia cooperativa⁴⁰⁷, replicándose el mismo vínculo entre el organismo de control y aquel que sea

proveer agua en bloque a los municipios de Cutral Co y Plaza Huincul, quienes tienen a su cargo la distribución domiciliaria. Respecto del resto de la provincia, el EPAS, en una labor mancomunada con los municipios y cooperativas, es quien asiste técnicamente a los mismos para la realización de obras de servicios de agua potable y saneamiento, en especial relacionados con las instalaciones electromecánicas. Al mismo tiempo, el Ente provee acciones de control de calidad en agua potable y residuos cloacales asiduamente tanto en Neuquén Capital como en las localidades del interior (http://www.epas.gov.ar/pgs/institucional_que_es_el_epas.html).

En materia regulatoria no hay regímenes especiales para las cooperativas; ver al respecto Ley Provincial N° 899 (Código de Aguas).

⁴⁰⁴ En efecto, la Ley N° 11.220 (regulación del servicio de agua) establece en su artículo 70: “Deberes y atribuciones. Sin perjuicio de lo que establezcan las Normas Aplicables, los Prestadores tendrán los siguientes deberes y atribuciones: a) Realizar todas las tareas comprendidas en la prestación del Servicio, de acuerdo con las Normas Aplicables. Con excepción de las municipalidades, comunas o cooperativas que suministren más de un servicio público, los Prestadores no podrán realizar ninguna otra actividad comercial o industrial que la provisión del Servicio y la realización de actividades estrictamente vinculadas a ello, salvo autorización expresa del Ente Regulador de Servicios Sanitarios”. Con lo cual se reconoce la facultad de las cooperativas de prestar múltiples servicios, en consonancia con la realidad e historia sociocultural que se verifica en los pueblos y pequeñas ciudades del interior del país.

⁴⁰⁵ El artículo 38 del ANEXO E.-RÉGIMEN TARIFARIO, del Marco Regulatorio creado por convenio suscripto por Nación, Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, refrendado por Ley N° 26.221, establece que “La Autoridad de Aplicación tendrá la facultad de instrumentar la exención de pago del Cargo de Acceso al Servicio (CAS) para aquellos casos en los que las obras de expansión del servicio sean realizadas mediante mecanismos de índole solidario y/o cooperativo en el que participen activamente los beneficiarios de tales obras y las mismas sean ejecutadas en áreas caracterizadas por una baja capacidad de pago de los beneficiarios”; de esta manera, se establece un beneficio económico potencial a favor de los entes cooperativos respecto a trabajos de expansión de redes y ductos en zonas económicamente postergadas.

⁴⁰⁶ El art. 20 de la Ley N° 11.769 (reglamentado por Decreto Provincial N° 2.479), en su parte pertinente prescribe que “Los generadores y los concesionarios de servicios públicos de distribución de electricidad deberán organizarse como sociedades anónimas, admitiéndose para el caso de servicios públicos de distribución, que sus titulares sean cooperativas integradas por los usuarios de esos servicios públicos, o sociedades de economía mixta.

La Provincia de Buenos Aires reconoce especialmente entre los Distribuidores concesionarios del servicio público de electricidad a las entidades Cooperativas, en virtud de su naturaleza y los antecedentes históricos en la constitución y prestación del servicio eléctrico.

En tal sentido, es propósito de esta Ley alentar el desarrollo de estas entidades y, especialmente las que atienden zonas rurales de la Provincia, en consideración a que persiguen un fin comunitario.

En tal marco, toda legislación y reglamentación que se dicte para regular el servicio eléctrico deberá contemplar adecuadamente la existencia y normal continuidad de dichas entidades cooperativas”.

⁴⁰⁷ El art. 54 inc. n) encomienda a la Autoridad de Aplicación del marco regulatorio de la energía eléctrica, “En los casos que corresponda, coordinar su actividad con el órgano local competente en materia cooperativa”.

competente en materia cooperativa⁴⁰⁸, lo cual conlleva evitar posibles conflictos interjurisdiccionales, aplicaciones y/o ejecuciones contradictorias de normas o sanciones, etc.

A todo ello hay que añadir el reconocimiento expreso de la norma a la inclusión de otros cargos distintos al suministro de energía eléctrica en la facturación, resaltando entre sus previsiones al caso cooperativo⁴⁰⁹.

De forma menos gravitante, la legislación en materia de energía eléctrica de la Provincia de Córdoba contiene algunas notas distintivas a favor del sector cooperativo. En este sentido, se habilita a las cooperativas prestadoras del servicio de distribución de energía a brindar otros servicios, siempre que los valores sean desagregados y discriminados⁴¹⁰. Asimismo, se las exime⁴¹¹ de las limitaciones de comercialización establecidas en el régimen general previsto en el artículo 33 de la Ley provincial N° 8.837. Sin perjuicio de lo dicho, la normativa citada pregona como principio la sujeción irrestricta de los entes cooperativos a la regulación general⁴¹², hecho que resulta incuestionable a la luz del contenido del modelo base de contrato de concesión para distribuidoras cooperativas⁴¹³ y normativa del ente regulador de los servicios públicos provincial⁴¹⁴.

A tono con su normativa constitucional, el marco regulatorio del servicio público de energía eléctrica de la Provincia de La Pampa prevé un trato deferente a favor de las cooperativas, principalmente en materia de selección de los sujetos prestadores del servicio⁴¹⁵. En cuanto a los restantes objetos de regulación, no se presentan

⁴⁰⁸ Art. 62 inc. w) dice que el Órgano de Control deberá “En los casos que corresponda, coordinar su actividad con el órgano provincial competente en materia cooperativa”.

⁴⁰⁹ Tal es así que el art. 78 del actual marco regulatorio creado por Ley N° 11.769, dice: “Podrán incluirse en las facturas conceptos ajenos a la prestación del servicio público, cuando tal procedimiento hubiera sido expresa e individualmente autorizado por el usuario y aprobado por el Organismo de Control y siempre que se permita el pago por separado de los importes debidos exclusivamente a la prestación del suministro eléctrico.

En el caso cooperativo, la aprobación mencionada en el párrafo anterior, deberá responder a la normativa específica del Órgano local competente en la materia”. A lo que añade la reglamentación: “En los casos de entidades cooperativas, se requerirá la aprobación por parte del OCEBA, sin perjuicio de la que corresponda al organismo fiscalizador con competencia en la materia, de conformidad a los términos de la Ley de Cooperativas N° 20.337”.

⁴¹⁰ Art. 32, 2do párr. de la Ley Provincial N° 8.837.

⁴¹¹ Art. 4° punto 7mo del Contrato de Concesión Base del Servicio Público de Distribución de Energía a Distribuidores Cooperativos, elaborado por el Ministerio de Obras Públicas de la Provincia de Córdoba, julio de 2002.

⁴¹² Art. 32, 1er párr. de la Ley Provincial N° 8.837.

⁴¹³ Contrato de Concesión del Servicio Público de Distribución de Energía a Distribuidores Cooperativos, elaborado por el Ministerio de Obras Públicas de la Provincia de Córdoba, julio de 2002.

⁴¹⁴ Resolución General N° 11/2005 y N° 8/2014 del ERSeP, entre otras.

⁴¹⁵ Ley Provincial N° 1.101, arts. 4 inc. a) y 21 inc. h). El Art. 4 a) dice: “En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, el Poder Ejecutivo propenderá a que las necesidades de energía

distinciones de importancia⁴¹⁶, más allá de cierta regulación de cargos y subsidios para infraestructuras dispuesta por la autoridad de aplicación y control local⁴¹⁷.

La Provincia de Santa Fe concentra en un solo organismo la comercialización y distribución de la energía eléctrica. Nos referimos a la Empresa Provincial de la Energía de Santa Fe (EPE), persona pública estatal que tiene como principal cometido “Generar, transportar, transformar, distribuir, comprar y vender energía y prestar el servicio público”⁴¹⁸ en la provincia referida. Este régimen lleva a que las cooperativas tengan un papel menor, actuando como grandes clientes en aquellos escasos lugares en donde la EPE no actúa de manera directa⁴¹⁹.

Como es de esperar, no existe regulación alguna que contemple la actuación de las cooperativas en su rol de prestador directo y principal del servicio público de suministro de electricidad. Tan sólo se le concede al sector cooperativo un modesto espacio político en la integración de las autoridades de la empresa provincial EPE⁴²⁰.

Por último, la Provincia del Neuquén, a pesar de contar con un texto constitucional promisorio en materia cooperativa, lejos está de propender a un régimen de la energía eléctrica que privilegie, proteja o fomente al cooperativismo.

Sin embargo, se destaca que en materia eléctrica el órgano de contralor del servicio en la ciudad de Neuquén habilita a que la empresa prestataria incorpore en la factura tanto el ítem de aporte de capital, como otros servicios que presta la cooperativa (por ejemplo Servicios fúnebres); sin embargo, todos estos ítems y los respectivos aumentos deben ser aprobados por la autoridad.

eléctrica sean satisfechas por: a) Municipios, comisiones de fomento, cooperativas de primero o segundo grado, consorcios de vecinos o sociedades de economía mixta o sociedades anónimas donde el Estado posea la mayoría del capital accionario”. El Art. 21 dice: “Es de la competencia específica de la Administración Provincial de Energía: h) fomentar la creación de sociedades cooperativas y de asociaciones entre éstas y el Estado”.

⁴¹⁶ Por ejemplo en materia tarifaria la Ley Provincial N° 1.451 adhiere a las pautas generales del régimen tarifario nacional.

⁴¹⁷ Ver al respecto las Disposiciones N° 23/2013 y 34/2013 de la Administración Provincial de Energía de La Pampa.

⁴¹⁸ Art. 5° inc. a), Ley N° 10.014 de la provincia de Santa Fe. Cabe agregar que esta ley fue restablecida mediante Ley N° 12.700, derogándose asimismo, la ley marco regulatorio eléctrico y transformación energética provincial N° 11.727, régimen este último que contaba con una profunda regulación específica para las cooperativas prestatarias del servicio eléctrico.

⁴¹⁹ De la provincia se tiene datos de 59 cooperativas y 3 comunas que prestan los servicios de distribución de energía eléctrica, y que abastecen el 8.37 % del consumo de usuarios finales de la provincia. Las Cooperativas de la Provincia de Santa Fe, compran su energía en bloque a la distribuidora de energía provincial EPESF (conf. “Informe del Sector Eléctrico año 2012-Cooperativas”, elaborado por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios — Secretaría de Energía— Dirección Nacional de Prospectiva, República Argentina).

⁴²⁰ Art. 10, 3er párr., Ley N° 10.014 de la Provincia de Santa Fe.

Fuera de ello, el régimen es uniforme para todos los sujetos prestatarios, aunque es dable resaltar la preeminencia geográfica, económica y política del Ente Provincial de Energía del Neuquén⁴²¹.

En conclusión, como podemos ver, la normativa tanto a nivel nacional como a nivel provincial en materia de servicios públicos cooperativos es insuficiente y descoordinada.

Esta verdadera anomia presente en la regulación de los servicios públicos en lo que respecta a la naturaleza cooperativista basada en el esfuerzo mancomunado de los propios usuarios, ha sido objeto de reiterados informes y declaraciones surgidos de las federaciones que nuclean geográficamente y/o por rubro a las distintas cooperativas prestatarias de servicios públicos a lo largo y a lo ancho de la Argentina, con el apoyo de la autoridad nacional en materia cooperativa^{422, 423 y 424}.

Las escasas normas que refieren al carácter cooperativo del prestatario son, a decir verdad, en su mayoría inocuas o intrascendentes, sin reportar cambios sensibles en atención a la especial estructura económico social que presentan los entes cooperativos. Pero fundamentalmente pecan de asimétricas y atomizadas, lejos de propender a un conjunto normativo uniforme y sistemático.

Sólo la regulación programática que surge de algunas constituciones provinciales ha dado pie, como es el caso de las Provincias de La Pampa y Neuquén, a situaciones jurídicas progresivas de las cooperativas cuyo objeto social prevé la prestación de servicios públicos, aunque sólo en lo que atañe a la adjudicación con carácter preferencial.

⁴²¹ Organismo descentralizado y autárquico de la Administración Pública provincial, creado en el año 1981 por Ley N° 1.303 (complementada por Ley N° 2.386), que provee energía a gran parte de las ciudades del interior.

⁴²² “Las Cooperativas frente al desafío de la integración y la expansión del Servicio Público de Gas por Redes”, informe expuesto en el Vº Congreso Nacional de Economía Social-“El desafío de la integración”, INAES, 12 y 13 de diciembre de 2008, La Falda, Provincia de Córdoba (ver en <http://www.inaes.gob.ar/es/userfiles/file/Gonzalo/Documento%20Gas%20V%20Congreso%20Inaes.pdf> . recurso consultado en fecha 18/02/2015).

⁴²³ “Subcomisión de Servicios Eléctricos. Informe Anual.” (INAES, 2010), que se encuentra en <http://www.inaes.gob.ar/es/userfiles/file/electricas/informe%202010.doc> (recurso consultado el 18/10/2014).

⁴²⁴ Primer Encuentro Nacional de Federaciones y Cooperativas de Agua Potable y Saneamiento, organizado por el Instituto Nacional de Economía Social —INAES—, año 2009. Este recurso puede ser compulsado en: <http://www.inaes.gob.ar/es/userfiles/file/INFORME%20I%20Jornada.doc> (recurso consultado el 18/10/2014).

Mientras que a nivel legislativo destacamos como positiva la normativa bonaerense regulatoria del sector eléctrico ya que es la que mayor dedicación le brinda al mundo cooperativo, aunque lejos está de representar el ideal pretendido.

VI.2.5. Importancia de adecuar la regulación de los servicios públicos a las características de las organizaciones cooperativas

Ya hemos visto que el ámbito de proliferación de las cooperativas de servicios públicos en la Argentina ha sido históricamente el de las economías olvidadas, regiones económicamente inviables para las grandes empresas prestadoras y muy costosas para que las absorba el Estado. Es allí donde las necesidades de los habitantes encontraron su cauce en el trabajo mutuo y en la autogestión de los servicios.

Ante este contexto, no es difícil advertir el impacto que las crisis macroeconómicas tienen sobre el grueso de las cooperativas prestadoras de servicios públicos.

En el mejor de los casos, ante servicios públicos de regulación local predominante, las autoridades provinciales y/o municipales con buena voluntad política pueden llevar adelante distintas medidas⁴²⁵ en forma inmediata. Por el contrario, los servicios públicos de competencia regulatoria nacional (v. gr. distribución de gas) se encuentran por lo general atadas a los conflictos de grandes escalas⁴²⁶ que protagonizan el Estado Nacional y las grandes empresas prestadoras de servicios públicos repartidas en el área Metropolitana de Buenos Aires.

No debemos dejar de lado en esta coyuntura la casi nula capacidad de financiación que proyectan las cooperativas en general, la carencia de capital y de financiamiento de estas entidades a diferencia de las restantes figuras societarias de capital.

En definitiva, los frondosos marcos regulatorios nacionales, que regulan aspectos esenciales pero que asimismo se encuentran elaboradas a la medida de grandes concesionarias prestadoras de servicios monopólicos de gran base territorial,

⁴²⁵ Aprobación de tarifas en forma rápida y actualizada; políticas de subsidios; inversiones en obra pública de infraestructura; entre otras.

⁴²⁶ Una faceta de estos conflictos se puede apreciar con una atinada crudeza en FONROUGE, Máximo J., “La renegociación de los contratos de concesión en el sector eléctrico argentino”, *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento: “Los Servicios Públicos en la encrucijada”, 2007-II.

hacen recaer su gran peso normativo sobre aquellos actores de la vida social, sin contemplar su especial régimen (cooperativo) ni su envergadura económico social.

Bajo esta premisa, el estricto control tarifario que subyace en las regulaciones nacionales —que, en gran medida, se ven reproducidos en las provincias argentinas— y que han sido volcadas en los contratos de concesión respectivos, donde la fijación y renegociación tarifaria requiere de una pluralidad de actos complejos y de la anuencia final de la autoridad competente, resulta ser una estructura útil para controlar a las grandes concesionarias prestadoras; más comporta una estructura cuasi superflua y anquilosada bajo la perspectiva de una cooperativa regional de una ciudad o pueblo del interior del país.

Debiera existir una normativa segmentada y contratos de concesión acordes a las distintas realidades en las que se presenta la concreción de un servicio público⁴²⁷: procedimiento de ajuste tarifario ante la autoridad pública de control, con audiencias públicas y aprobación formal (sea administrativa, sea legislativa) para prestadores a gran escala; y un mecanismo de “*pass-through*”⁴²⁸ con control estatal posterior y periódico para pequeños prestadores, máxime si se trata de cooperativas de servicios públicos, cuando ellas se componen de los mismos usuarios.

Un sistema de traslación de costos (comprendiendo en ellos el bien que se procura distribuir —llámese energía, gas, entre otros—, los aumentos salariales, inversiones, etc.) más dinámico resulta vital para resolver la problemática presentada, máxime durante la última década en Argentina, signada por una importante inflación⁴²⁹, ya que evitaría el costo financiero que genera el reconocimiento tardío de tarifa, que posteriormente impacta en la solidez de estas empresas.

El sistema *pass-through* no es ninguna novedad en Argentina. Leyes Marco como la de energía eléctrica admiten la utilización de este sistema para ajustar

⁴²⁷ Algunos autores advierten las dificultades a las cuales están sumidas las economías a pequeña escala en materia de servicios públicos. En este sentido han propuesto, para un futuro un proyecto de ley marco general, “Incorporar, en la medida de lo posible, la figura de los Subdistribuidores en las zonas de exclusión de los contratos, los que no están debidamente normados en los marcos regulatorios de principios de los noventa”. Así, se propone que “en un marco de consenso con el contrato en exclusividad, esta técnica brindaría una mayor oferta de servicio público, principalmente en aquellas zonas donde por cuestiones de rentabilidad, las empresas monopólicas no han accedido adecuadamente a los requerimientos de oferta (por ejemplo, normar el funcionamiento de Cooperativas de gas natural en zonas carenciadas del área AMBA). Por caso, en la zona de influencia de AySA S.A (y, por entonces, Aguas Argentinas), se están gestando “de facto” en su zona de exclusividad, y desde hace varios años, provisiones independientes de agua y cloacas sin pedirle permiso a ninguna autoridad nacional.” (MARTÍNEZ DE VEDIA, Rodolfo, “La necesaria reforma en la regulación de los servicios públicos”, Revista RAP-Digital, del 28/03/2005).

⁴²⁸ Se denomina mecanismo de *pass-through* al pasaje del costo a facturación.

⁴²⁹ <http://www.ambito.com/noticia.asp?id=761931> (recurso consultado el 7/11/2014).

desfasajes estacionales a través de un Fondo especial creado a tales efectos⁴³⁰. Sin embargo, ese sistema previsto en el Marco Regulatorio Eléctrico ha fracasado por el vaciamiento del Fondo especial al que iban destinados los ajustes por *pass-through*.

Ahora bien, si tomamos este mecanismo como modelo para ajustar los costos que tienen estas cooperativas para prestar el servicio, ello resguardaría a las mismas en momentos de crisis, ya que permitiría trasladar el aumento de costos sin necesidad de esperar la aprobación de nueva tarifa por parte del órgano de contralor y sin necesidad de agotar la audiencia pública, cuestiones que normalmente se demoran considerablemente y terminan asfixiando financieramente a estas entidades.

Celebramos con beneplácito que numerosos poderes reguladores provinciales y municipales permitan a los poderes concedentes contemplar en los contratos de concesión estos mecanismos directos de pasaje de costos, porque ello resguardará a éstas entidades en tiempos de crisis⁴³¹.

En otro orden, también consideramos que corresponde que las normas regulatorias y los contratos de concesión establezcan la posibilidad de que las cooperativas prestadoras de servicios públicos puedan ingresar a la facturación un alícuota sobre el total de la recaudación destinada a gastos institucionales entre los cuales se encuentren los honorarios de los miembros de los órganos sociales, viáticos y demás gastos de representación, como así también una proporción destinada a donaciones sociales.

Por otro lado, también consideramos aconsejable que se les autorice a las cooperativas prestadoras de servicios públicos el ingreso del concepto de aporte de capitalización en la propia facturación.

Recordemos que el aporte de capital es competencia de la asamblea de asociados y que su resolución por el órgano competente obliga a todos los asociados aunque no hayan participado; sin embargo, la normativa regulatoria y los contratos de

⁴³⁰ En éste sentido dice la doctrina: “El sector eléctrico tiene un sistema propio de ajustes en más y en menos que tiene que ver con la fijación periódica de los precios estacionales de la energía eléctrica, los cuales se trasladan a las tarifas conforme lo autoriza el Marco Regulatorio Eléctrico (lo que se conoce como mecanismo de “*pass through*”).” FONROUGE, Máximo J., “La renegociación...”, Ob. Cit., 2007-II.

⁴³¹ En éste sentido encontramos modelos de contrato de concesión municipal de distribución con las siguientes fórmulas: “El mecanismo de *Pass Through* permite pasar a tarifa un valor representativo del costo promedio de compra de Electricidad de la concesionaria. Si la concesionaria opera en el Mercado Eléctrico Mayorista, se le reconocerá un valor representativo del costo promedio de compra en dicho mercado, del costo de los contratos a término efectuados con anterioridad a la fecha de la firma del Contrato de Concesión Municipal y de los costos del transporte que las antedichas transacciones generen.” (modelo obtenido de OCEBA-Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires).

concesión en general no permiten el ingreso del rubro “aporte de capital” a la propia factura. En éste sentido, los órganos de contralor obligan a las cooperativas a facturar por separado éste ítem y ello genera un alto grado de incobrabilidad.

Como problema adicional podemos añadir la multiplicidad de servicios que ofrecen a sus asociados estas cooperativas, e incluso a terceros; servicios como los de sepelio, club social, mutual, enfermería, establecimientos educativos y de capacitación que no son servicios públicos pero que, por el alcance social que tienen, deberían también permitirse ser incorporados a la propia facturación, como sucede en escasas regulaciones provinciales⁴³². Bajo esta perspectiva, la facturación a los usuarios se traduce en una práctica engorrosa y que perjudica considerablemente a las cooperativas⁴³³.

La realidad cooperativa exige mayor dinamismo a la hora de establecer los costos por usuario que deben erogarse período tras período. Avalado por la autogestión, la estructura democrática, la enorme cantidad de canales legales para llevar los reclamos pertinentes a buen puerto, nos hace concluir que es necesaria una nueva regulación, con contratos de concesión acordes, que fomenten esta estructura económica y social de inferior escala, pero de una importancia vital para la vida de muchas e importantes comunidades del interior país.

VI.3. Modalidades atributivas de la facultad de prestar el servicio

Las cooperativas analizadas en este trabajo prestan sus servicios en la República Argentina a través de distintas modalidades.

En lo sucesivo repasaremos las modalidades, es decir, el derecho atributivo de la facultad para otorgar el servicio, tales como concesiones, licencias, autorizaciones y permisos.

En el último apartado de este punto pondremos el foco en la problemática que identifica a las modalidades.

VI.3.1. Concesión

⁴³² Ver supra, acápite VI.2.3., especialmente lo dicho en torno al Marco Regulatorio Eléctrico de la Provincia de Buenos Aires. También se destaca, como se ha dicho previamente, la permisibilidad del Órgano de contralor de la ciudad de Neuquén de incorporar otros servicios prestados por la cooperativa, tales como servicios fúnebres.

⁴³³ Así lo dispuso la CIRCULAR N° 01/2010 del Departamento Legal-Federación de Cooperativas de Telecomunicaciones de la República Argentina Ltda.

Mayormente la doctrina contemporánea entiende por concesión el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona temporalmente, la organización y el funcionamiento de un servicio público⁴³⁴, para que se efectúe la explotación a su costa y riesgo, bajo la vigilancia y control del ente estatal concedente⁴³⁵. La concesión supone un contrato administrativo mediante el cual se encomienda a un particular la gestión de un servicio⁴³⁶.

Algunos autores⁴³⁷ consideran que este contrato importa una delegación de facultades por parte del Estado; sin embargo, juristas de la talla de Marienhoff se alzan contra dicha opinión diciendo que “desde el punto de vista técnico, la delegación de facultades se produce cuando un Poder del Estado traspasa a otro Poder del mismo (vgr. el Legislativo, al Ejecutivo) atribuciones que le son propias conforme a la distribución de competencias (distribución de poderes) efectuada por la Constitución, desentendiéndose en lo sucesivo del ejercicio que de dichas atribuciones efectúa el delegado⁴³⁸”.

Sin embargo, nada de ello ocurre en la concesión de un servicio público donde la asignación de atribuciones no la realiza el Ejecutivo a otro poder del mismo, sino a otra persona, la cual actuará bajo el constante control de la autoridad competente. Ello no implica delegación de funciones, sino una mera adjudicación o imputación de atribuciones o facultades, una transferencia transitoria de potestades públicas.

La técnica concesional “puede originar relaciones contractuales o meramente bilaterales”⁴³⁹. En el caso de la prestación de servicios públicos, a través de esta técnica, la relación es típicamente contractual.

Lo más importante de destacar es que la concesión resulta constitutiva de derechos⁴⁴⁰ e implica que la Administración imputa atribuciones, transfiere transitoriamente a un particular una atribución o poder que le pertenece⁴⁴¹.

⁴³⁴ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado ...*, T. III B, Ob. Cit., 1998, pág. 591.

⁴³⁵ SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión...*, Ob. Cit., pág. 83.

⁴³⁶ MERTEHIKIAN, Eduardo, *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 78.

⁴³⁷ DROMI, José R., *Derecho Administrativo*, Ed. Ciudad Argentina- Hispania libros, Buenos Aires, Madrid, México, 2009, pág 605 y sig.

⁴³⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado ...*, T. III B, Ob. Cit., 1998, pág. 593.

⁴³⁹ CASSAGNE, Juan C., *Curso de derecho...*, T. II, Ob. Cit., pág. 150. El autor citado considera que “El paradigma de lo típicamente contractual es el contrato de concesión de servicios públicos... y si bien durante algún un tiempo se sostuvo por influencia de la doctrina francesa la tesis del acto mixto (donde la relación jurídica se consideraba parcialmente reglamentaria y parcialmente contractual) nuestra doctrina se ha inclinado por la concepción del contrato administrativo”.

Se destacan como presupuestos del contrato de concesión:

a. El interés público: El interés público y su resguardo debe ser causa fundamental que debe prevalecer en un contrato de concesión.

Por tanto, el interés público debe estar dirigido a la satisfacción de una necesidad de interés general.

En este sentido, siguiendo a la doctrina, el interés público viene a precisar: a) la existencia de un interés, o sea un provecho, utilidad o valor; y b) la condición de que este interés sea público, siendo público todo aquello que pertenece o se refiere al pueblo, a los vecinos, lo que se vincula con la población en general⁴⁴².

En resumidas cuentas, el interés público es la suma de una mayoría de intereses individuales, personales, que la mayoría de los individuos en una sociedad reconocen⁴⁴³.

De allí, como señala destacada doctrina la concesión del servicio público, no puede ser renunciada por el concesionario. Asimismo, en función del interés público el control del Estado se profundiza en el desarrollo y gestión de la actividad del concesionario⁴⁴⁴.

El servicio concedido en el marco del interés público continúa siendo en todo instante servicio público, lo que determina que le sean de aplicación los principios esenciales de tal servicio, particularmente los que hacen a sus caracteres, respecto de los cuales existe, en general acuerdo en la doctrina en cuanto a su determinación (regularidad, continuidad, etcétera)⁴⁴⁵.

b. La existencia de tres sujetos intervinientes: dos sujetos son parte directa de este contrato: por un lado el concedente, que es el Estado en cualquiera de sus estamentos, es decir Nación, Provincia, Municipio y/o órgano delegado, y por el otro, el concesionario, a quien se le otorga el derecho de explotar la concesión, que puede ser persona privada o pública estatal o no estatal.

Los usuarios no son parte directa del contrato, pero están alcanzados por los efectos del contrato de concesión.

⁴⁴⁰ “Los derechos emergentes de una concesión se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución nacional, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio.” (CSJN, fallos: 182:88).

⁴⁴¹ CASSAGNE, Juan C., *Curso de derecho...*, T. II, Ob. Cit., pág. 150.

⁴⁴² ESCOLA, Héctor J., *Compendio de derecho...*, Ob. Cit., pág. 427.

⁴⁴³ Al respecto, ver “El interés público como interés de una mayoría concreta de individuos”, en GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., pág. VI-44/45.

⁴⁴⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, T. III B, Ob. Cit., 1998, pág. 597.

⁴⁴⁵ GARCÍA SARMIENTO, Jorge, *Concesión...*, Ob. Cit., pág. 43.

c. Derechos del Estado y obligaciones del concesionario:

El contrato de concesión dispone de derechos del Estado y de obligaciones del concesionario que repasaremos superficialmente.

El Estado dispone de un poder originario para controlar el servicio concedido y hacer que se preste el mismo en las condiciones reglamentarias⁴⁴⁶. Así, el derecho primario de la administración pública consiste en exigirle a su co contratante el cumplimiento de lo convenido, conforme a lo estipulado en el contrato⁴⁴⁷.

Igualmente, la administración conserva la facultad de controlar las tarifas, justificado en cualquier caso, sin que para fundamentarlo haya que admitir necesariamente el carácter impositivo o contributivo de las mismas y el concesionario no puede modificar las tarifas del servicio, sin el consentimiento de la administración.

De igual modo, la administración dispone de una potestad sancionadora o correctiva sobre el concesionario que permite reclamar al concesionario la prestación del servicio, conforme a las normas impuestas.

A su vez, el concesionario debe asumir las obligaciones que están expresadas en el contrato y así también todas aquellas que, si bien no están expresadas literalmente, puedan ser una consecuencia de éstas. Ello así por cuanto el concesionario es un colaborador de la administración pública en la realización de los fines de interés público⁴⁴⁸.

VI.3.2. Autorización

La autorización es la mera remoción administrativa de límites impuestos a derechos preexistentes de los particulares en aras del interés público, que se concreta en el otorgamiento de una habilitación previa para desarrollar actividades que son propias de aquéllos y que, sin embargo, no podrían ejercerse sin el consentimiento de la administración⁴⁴⁹.

De tal manera que la autorización se aplica a actividades particulares de interés público o servicios públicos impropios, y en los servicios sociales⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ MARTÍNEZ, Patricia R., "Sistemas de control de los servicios públicos privatizados en la Argentina", en AA.VV, *Los Servicios Públicos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 128.

⁴⁴⁷ CITARA, Rubén M., *El Servicio...*, Parte 2, Ob. Cit., pág. 116.

⁴⁴⁸ CITARA, Rubén M., *El Servicio...*, Parte 2, Ob. Cit., pág. 116.

⁴⁴⁹ CICERO, Nidia K., *Servicios Públicos...*, Ob. Cit., pág. 44.

⁴⁵⁰ SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión...*, Ob. Cit., pág. 73.

La idea común sobre la cual reposa el concepto es la de un acto administrativo que levanta una condición puesta al ejercicio de una actividad privada. La distinción viene dada por la circunstancia de que en la autorización la respectiva actividad no está prohibida, habiendo muchas veces un sujeto que posee un derecho preexistente.

Un claro ejemplo de autorización podría ser el otorgamiento a una cooperativa de usuarios preexistente la facultad de explotar un servicio público en la Provincia de Neuquén cuya Constitución provincial dispone en su art. 80 que: “Están excluidos de la obligación licitatoria y podrán ser adjudicatarios directos en la prestación de servicios públicos, en las condiciones que establezca la legislación provincial respectiva, los entes autárquicos y las sociedades cooperativas preexistentes, integradas por vecinos usuarios en actual prestación de los servicios y con sede en la ciudad donde deban prestarlo”.

Existen diferentes clases de autorizaciones, que pasaremos a clasificar:

a) Autorizaciones regladas o discrecionales

La autorización reglada importa que frente a un pedido de un administrado que procura obtener el levantamiento de una condición puesta al ejercicio de un derecho, la administración puede hallarse obligada a otorgar la pertinente autorización. Es decir, el comportamiento de la administración esta predeterminado, sin perjuicio de que pueda tener un margen de maniobra discrecional.

De esta manera, se condiciona el ejercicio de un derecho preexistente. En estos casos, si la administración encontrare razones de interés común que amerite el no otorgamiento de la autorización, el medio jurídico idóneo es la expropiación, teniendo en miras que el administrado ejercía un derecho preexistente.

En cambio, en la autorización discrecional, la administración, puede disponer de poderes discrecionales tanto para la oportunidad de emitir el respectivo acto como a su contenido y extensión.

El poder discrecional ha de ejercerse sin violar los límites sustanciales y formales establecidos por el ordenamiento jurídico, siendo uno de los principales la adecuación o compatibilidad con el interés público o bien común⁴⁵¹.

b) Autorizaciones por operación y de funcionamiento

El objeto que persigue la autorización es la razón de esta clasificación.

⁴⁵¹ CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho...*, T. II, Ob. Cit., pág. 147 y sig.

Así, si la autorización implica la remoción de un límite impuesto al ejercicio de un derecho determinado, se trata de una autorización de operación. El acto emitido por el Estado se agota en sí mismo y no genera permanente vinculación.

En sentido contrario, si la autorización implica el derecho al desarrollo de una actividad sucesiva, cuya vigencia se prolonga mientras dure la actividad, estamos frente a una autorización de funcionamiento, como sería el caso en el cual se autorizara a una cooperativa a prestar un servicio. En este caso, la relación entre el administrado y el Estado se mantiene en el tiempo, con vinculaciones permanentes, permitiéndose al Estado modificar las condiciones de la autorización, como así también revocar la autorización, con la debida indemnización.

c) Autorizaciones simples y autorizaciones operativas

Las autorizaciones pueden ser de naturaleza policial o de control. En este último caso, la Administración Pública procura encauzar la actividad privada, hacia la realización de planes, programas, etc, previamente proyectadas.

Esta última clasificación es de una gran discrecionalidad, ya que —en general— la Administración y el ordenamiento no imponen requisitos iguales, que permitan a cualquiera que reúna tales condiciones el acceso.

d) Autorizaciones personales y reales

Esta distinción de la autorización tiene en miras la clasificación entre condiciones personales que debe reunir el administrado-beneficiario y aquella autorización que no reúnen condiciones *intuite personae* de quien resulta beneficiario.

El régimen jurídico en uno y otro caso es muy diferente, ya que en las autorizaciones personales, el autorizado no puede transmitir libremente la autorización, mientras que, cuando se trata de autorizaciones reales, que tienen en cuenta la cosa u objeto, sí se permite la libre transmisión.

VI.3.3. Licencia

Aun dentro de la figura de la técnica concesional, la figura de la licencia no trasunta por sí, una vinculación contractual.

La figura de la licencia consiste en un acto unilateral del Estado que genera relaciones bilaterales con el licenciataria, relaciones que no son preexistentes como en la autorizaci3n, sino creadas *ex novo*⁴⁵².

Tampoco la licencia implica monopolio o exclusividad parcial o total de un servicio, ni la reversi3n o el rescate, estas 3ltimas propias de la concesi3n⁴⁵³.

En el caso, el derecho del licenciataria, constituye un derecho *ex novo*, que nace con el acto administrativo de otorgamiento, lo que hace que la licencia sea siempre, al igual que la concesi3n, constitutiva de derechos y no declarativa.

La figura de la licencia que posee una mayor estabilidad que los llamados permisos ha sido espec3ficamente incorporada a nuestro derecho positivo en el ordenamiento que rige en materia de telecomunicaciones y radiodifusi3n⁴⁵⁴. Sin embargo, en tales casos no se diferencia de la concesi3n en tanto y en cuanto tiene origen contractual.

VI.3.4. Permisos

Por principio, el permiso trata del otorgamiento de un derecho nuevo al particular, pero constituye una excepci3n a una prohibici3n impuesta por una norma de polic3a.

En este 3ltimo caso, la Administraci3n P3blica tiene el deber de comprobar que el ejercicio de la actividad prohibida no afecta el inter3s p3blico o bien com3n.⁴⁵⁵

VI.3.5. Problem3tica jur3dica derivada del tipo de t3tulo que le permite la prestaci3n a las cooperativas prestadoras de servicios p3blicos

La doctrina y la jurisprudencia debaten sobre distintas cuestiones relacionadas con el modo de la gesti3n del servicio prestado por las cooperativas bajo an3lisis. A su vez, hemos identificado algunas cuestiones conflictivas en las cooperativas bajo

⁴⁵² CASSAGNE, Juan C., Curso de *Derecho*..., T. II, Ob. Cit., p3g.150.

⁴⁵³ Entendemos que en las licencias la propiedad de los bienes es tambi3n del licenciataria, no as3 en las concesiones. Si la propiedad revierte al Estado al fin del contrato, debe ser denominado concesi3n y no licencia (GORDILLO, Agust3n, *Tratado*..., T. II, Ob. Cit., p3g. VI-36).

⁴⁵⁴ GRECCO Carlos M. y MUÑOZ, Guillermo A., *La Precariedad en los Permisos, Autorizaciones, Licencias y Concesiones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, p3g. 88.

⁴⁵⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho*..., T. II, Ob. Cit., p3g. 462.

análisis, de estricta actualidad y que no han generado aún controversia en el campo del derecho.

Por ello, hemos decidido preguntarnos sobre si es necesario acudir a la licitación pública como mecanismo para seleccionar al contratista, cuando quien se encuentra prestando el servicio es una cooperativa organizada por los mismos usuarios; a su vez, nos preguntaremos sobre la necesidad o no de recurrir a la concesión y/o licencia como acto atributivo de las facultades cuando el que presta el servicio público es una cooperativa de las características apuntadas. Por último, reflexionaremos sobre las dificultades de realizar una gestión bajo título precario, es decir, mediante permiso.

VI.3.5.1. El procedimiento de selección del contratista estatal: la licitación pública como regla general que admite excepciones

La necesidad de contar con la licitación pública como mecanismo para seleccionar al contratista del Estado⁴⁵⁶ que deberá prestar el servicio público de que se trate, parece ser innecesaria cuando estamos frente a una cooperativa compuesta por los propios vecinos y usuarios, máxime si se trata de una entidad que viene prestando el servicio de manera continuada durante mucho tiempo.

En efecto, la doctrina⁴⁵⁷ que apoya esta tesis parte de la noción que las cooperativas de servicios públicos en Argentina fueron creadas para dar solución a las necesidades básicas que el Estado no podía cubrir y sostiene que así como en su momento no se planteó el problema de la necesidad de licitación pública, aun cuando en la mayoría de los casos así lo exigían las normas, resulta excesivo ahora intentar ponerlos en un plano de igualdad con cualquier operador privado.

En apoyo a esta posición se ha sostenido que, al ser la cooperativa prestadora de servicios una persona pública no estatal, organizada por los mismos interesados, es titular exclusiva del interés público comprometido y por lo tanto la licitación pública

⁴⁵⁶ La figura de la selección de contratistas está compuesta por el conjunto de trámites que llevan a la determinación, entre los interesados ofertantes al contrato de quién es el sujeto que debe resultar adjudicatario según lo más conveniente para el interés público; así al decir de Climent Barberá “la selección de contratistas pues se contrae a las distintas formas mediante las que una Administración Pública ha de concretar cada contratista en cada contrato, dentro de los condicionantes que el objeto del mismo y las características del contrato exigen, con exclusión de otras cuestiones inherentes al propio contrato y su tracto”. CLIMENT BARBERÁ, Juan, “La selección de contratistas en los contratos de las administraciones públicas en el derecho comunitario y en el derecho español”, *Revista Noticias de la Unión Europea*, ISSN 1133-8660, N° 21, 1986, pág. 51.

⁴⁵⁷ GORDILLO, Agustín, “Licitación pública, audiencia pública, referendo, participación popular y prestación de servicios públicos”, *La Ley* 2002-A, pág. 954.

resulta estéril. También se indicó que, siendo las cooperativas en análisis personas públicas no estatales, celebran con el Estado contratos interadministrativos y, por ende, su vinculación no está alcanzada por la regla de la licitación pública⁴⁵⁸.

En otro sentido, encontramos cierta jurisprudencia que afirma que aun cuando una cooperativa organizada por los propios usuarios haya prestado los servicios públicos por mucho tiempo, no obstante debe cumplirse con la licitación pública previa como mecanismos de selección del prestador, ya que obviar tal procedimiento viola los términos de la normativa aplicable y lo que ésta procura preservar, tal como: a) el interés público; b) el principio de transparencia que tiende a evitar las prácticas de corrupción; c) el principio de defensa de la competencia consagrado en de la Constitución Nacional.

El dilema de la necesidad o no de la licitación pública como única manera de acceder a la concesión de un servicio público encuentra razones válidas en cualquiera de las posiciones y ha generado un profuso debate. Sin embargo, si nos preguntamos a quién beneficia la licitación pública cuando estamos frente a cooperativas autoorganizadas por los propios usuarios para prestar el servicio, quizás podremos encontrar la respuesta correcta.

En efecto, la licitación pública en este caso no beneficia al interés público porque, como se dijo anteriormente, el interés público es coincidente con los intereses individuales de la mayoría de los individuos en una sociedad y si justamente la cooperativa está compuesta por gran parte de los vecinos y usuarios del servicio, el interés público estaría resguardado; no afecta la transparencia en la operación porque este tipo de concesiones difícilmente puedan motivarse en actos de corrupción, las entidades cooperativas, al no contar con excedentes importantes y además al encontrarse controladas por los propios socios difícilmente los administradores puedan involucrarse con prácticas espurias o dádivas a los funcionarios públicos, de tal modo que preservan un mecanismo lo suficientemente transparente; por último, incluso cuando la competencia y su defensa puedan encontrarse afectadas cuando no se respeta la regla de la licitación pública, no debemos dejar de lado que la legislación en la materia administrativa dispone en términos generales de excepciones que son de carácter restrictivo en cada caso, pero que frente al interés de los propios vecinos/usuarios y la realidad imperante, que en la generalidad de los casos se

⁴⁵⁸ Dictamen del Procurador General de la Nación en el caso: “Othaz Miguel A. C/ Municipalidad de Neuquén s/ Inconstitucionalidad”, Expte. 446/97, *La Ley* 2002-A, pág. 954.

distingue porque la cooperativa se encuentra prestando el servicio por décadas, sin que haya mediado licitación pública y siendo propietaria de las redes de distribución, la licitación previa resulta sin más injustificada.

Entonces, el beneficio de llamar a una licitación pública en estos casos, parece sólo resguardar los intereses de las empresas que podrían competir con los propios habitantes y usuarios del servicio organizados a través de estas entidades.

No somos partidarios de los fundamentos utilizados por la doctrina y jurisprudencia para sostener la innecesariedad de la licitación previa justamente fundada en el carácter público no estatal de las entidades cooperativas, que importa que los contratos a suscribirse con el Estado sean interadministrativos, sino que pensamos que los dueños del interés público son los propios vecinos y que si éstos se asocian y emprenden una empresa social que permita autoabastecerse de un servicio vital, aun cuando la entidad sea privada conforme hemos desarrollado en el Capítulo IV, lo mismo debe eximirse de compulsar bajo el mecanismo de la licitación previa porque las razones por las cuales el legislador exige ese método de selección (interés público, transparencia y defensa de la competencia), como ya dijimos se encuentran resguardadas en el caso.

Además, dicha posición se compadece con las propias normas constitucionales que prevén a los consumidores y usuarios de bienes y servicios y promueve que las autoridades provean a la constitución de organizaciones conformadas por éstos que resguarden las relaciones de consumo y protejan la calidad y la eficiencia de los servicios públicos.

De tal manera que si los usuarios o la gran cantidad de usuarios que son a su vez asociados a una empresa de la economía social, son titulares del interés público comprometido y si a través de esta organización conformada por los mismos usuarios se vela por la calidad del servicio y la salud, seguridad, información, trato igualitario y digno del usuario, entonces habremos de concluir que no existe mejor experiencia que respete la tésis y el espíritu de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, la flexibilidad frente a la exigencia de la licitación pública no hace más que reconocer a las cooperativas bajo análisis una fuerte e importante función social, su condición de promotoras y garantes del bienestar general del pueblo y la vocación de una práctica decisional asumida colectivamente y que, al mismo tiempo, resguarda a quienes forman parte de ese ente colectivo, los propios consumidores y usuarios.

VI.3.5.2. La concesión y/o licencia como modo típico de gestión frente a cooperativas organizadas por los propios usuarios para prestarse a sí mismos el servicio que necesiten

La doctrina se pregunta si tiene razón de ser la concesión o la licencia de un servicio público cuando son los propios usuarios los que se organizan para prestar el servicio.

Quienes se postulan a favor de la innecesariedad de que se utilice una técnica concesional consideran que el concedente y el usuario están fusionados en una persona y, por lo tanto, el contrato de concesión se encuentra en crisis en el caso de que los vecinos se hallen autoorganizados mediante una entidad cooperativa para autoabastecerse en el servicio⁴⁵⁹.

Para llegar a tal conclusión esta doctrina parte de la idea de que si a las cooperativas no se les puede atribuir concesión, porque la concesión autoriza al concesionario a especular (aunque se le fije un límite a su tarifa...), de allí que es infructuoso que si la prestación del servicio lo realizan los vecinos autoorganizados, mediante entidades que carecen de finalidad de lucro, tenga que intervenir el Estado mediante contrato de concesión para garantizar el servicio, su calidad y precio.

En lo que refiere a los derechos del poder concedente, otros autores⁴⁶⁰ se preguntan si tal derecho no es inútil frente a la circunstancia de que son los propios usuarios los que se hallan más interesados en la eficiencia, como en el precio de ese servicio. Por último, también se han preguntado ciertos autores⁴⁶¹ de quién habría que proteger a los usuarios en este caso. ¿Los funcionarios públicos han de velar por la calidad del servicio más que los propios usuarios?

Para abordar el tema resulta conveniente reiterar conceptos vertidos en el Capítulo III relativos al servicio público. Si bien en dicha oportunidad hemos sostenido que el servicio público no es de titularidad del Estado, sino que es éste quien tiene que asegurar su abastecimiento y que ello significa ni más ni menos que es el responsable último en su prestación, postularse por la innecesariedad de contar con un

⁴⁵⁹ CARELLO, Luis A., "Cooperativas...", Ob. Cit., pág. 198.

⁴⁶⁰ CRACOGNA, Dante, "Naturaleza...", Ob. Cit., pág. 59.

⁴⁶¹ CARELLO, Luis A., "Cooperativas...", Ob. Cit., pág. 198.

contrato concesional porque en el caso concedente y usuarios se identifican, no resguarda por sí el servicio público que el Estado está obligado a velar.

Los contratos de tipo concesional y la regulación de la relación entre concedente y concesionario que supone dicha relación aparece como un correlato del servicio público con el objeto de establecer las condiciones generales del suministro, las obligaciones del usuario, los derechos del titular, las obligaciones del concedente, los derechos del distribuidor, las sanciones que se podrán aplicar, la calidad del servicio que se deberá prestar, el precio del suministro, entre otras cuestiones, que evidentemente las normas estatutarias de las entidades cooperativas y las leyes específicas en materia cooperativa no resguardan.

De tal manera que si no existiera contrato de concesión o licencia alguno entre el Estado y quien presta el servicio, basándolo en la fusión de roles entre los usuarios y el concedente, la función última del Estado —que es resguardar y ser el responsable último del servicio— se vería afectada. Además, no existiendo un marco legal dentro del cual la prestación debe ajustarse, los propios usuarios se verían desguarnecidos a la hora de tener que defender una adecuada prestación del servicio.

Es una simplificación preguntarse de quién habría que proteger a los usuarios mediante un contrato de concesión, si ellos mismos están organizados mediante una cooperativa por las siguientes razones: a) no es fácil para un asociado encontrar los canales de reclamo internos procedentes para exigir un servicio adecuado dentro de las cooperativas, conforme se verá en el Capítulo VII; b) las cooperativas en la actualidad han tomado una dimensión que los asociados no tienen una relación inmediata con sus directivos para canalizar los reclamos; c) las exigencias de las condiciones y la seguridad del servicio ameritan controles exhaustivos y profesionales que los asociados no están en condiciones de absorber y monopolizar.

Por ello, no compartimos la idea que sostiene un distinguido doctrinario⁴⁶² de derecho administrativo que indica “Cualquiera que sea usuario de un servicio público prestado por una cooperativa sabe que tiene a su alcance influir sobre la prestación de los servicios, evitar ser abusado, que no le sobrefacturen, que no fijan en los papeles de inversiones inexistentes en la realidad, que no realicen auto contrataciones, que puedan lograr el mejor servicio al mejor costo posible”.

A contrario de lo que sostiene el destacado autor, quien comparta la experiencia de ser parte de una cooperativa —y, sobre todo, de una cooperativa con un número

⁴⁶² GORDILLO, Agustín, “Licitación pública...”, Ob. Cit., pág. 954.

significativo de socios— sabe que tiene muchas prerrogativas, tiene formas de incidir en el gobierno de las entidades con el voto, encuentra fácilmente las puertas abiertas de la entidad para hacer un reclamo o para pedir información, pero difícilmente pueda incidir en la determinación de la calidad del servicio, en las prioridades de inversiones o en la determinación del costo de la prestación. No es que el Estado puede ejercer mejor el contralor que los asociados, sino que cuenta con los medios y la profesionalidad de los entes reguladores u organismos que ejercen la regulación y el poder de policía que lo hace más apto para diseñar las obligaciones y los derechos, tanto del concedente como del concesionario, la calidad del servicio, la proyección de costos, etc.

Es cierto que son los mismos asociados/usuarios los que son titulares del interés público comprometido y que, en tal orden, se pone en crisis uno de los presupuestos de la técnica concesional mediante el cual el Estado, teniendo en miras velar por el interés público, concede el servicio público. Sin embargo, creemos que la mejor forma de contribuir a esa utilidad o interés colectivo es que el Estado determine las condiciones del servicio, no sólo porque como dijimos antes que los asociados no se involucran fácilmente con la administración de la entidad, sino además que no existen antidotos estatutarios o legales para resolver los problemas del servicio a través de la propia institución. De cualquier manera, el Estado debe diseñar normas reglamentarias y de control acordes con la entidad de la cooperativa y que promuevan e incentiven a este tipo de entidades, tan comprometidas con la satisfacción del interés general.

A mayor abundamiento, también es cierto que en una cooperativa prestadora de servicios públicos son muchos los usuarios no asociados, ya que el servicio público goza del carácter de acceso irrestricto y, por tanto, como cualquier no socio de la cooperativa puede demandar y gozar del servicio sin obligación de asociarse, es lógico sostener entonces que es el Estado el único que puede garantizar las condiciones en que ese servicio puede prestarse y ello lo logra mediante el contrato administrativo de concesión de servicio público.

Por último, entendemos que el contrato de concesión lejos de perjudicar a las cooperativas las beneficia, ya que le da estabilidad en las relaciones y ello le permite no sólo bajo los marcos regulatorios —como por ejemplo el de energía— comprar la misma en el carácter de distribuidor a un precio considerablemente menor al que lo hace un operador que no cuenta con un contrato de concesión vigente, sino además le

permite acceder a financiamientos bancarios con mejores tasas o de organismos internacionales porque justamente el vínculo que lo une con el Estado no es precario.

De igual modo, el contrato de concesión resguarda de cualquier accionar injustificado que provenga del hecho del Príncipe, es decir, del Estado.

De manera que aun cuando algunos doctrinarios citados sostengan que la teoría de la concesión se ve en crisis porque usuarios y concesionarios reúnen la misma condición cuando quien presta el servicio es la persona jurídica creada por los usuarios titulares del interés público, lo cierto es que el Estado como garante último del servicio tiene que velar por su cumplimiento y no existe mejor herramienta para resguardar el interés público comprometido que el contrato de concesión.

VI.3.5.3. Modos de gestión bajo título precario, su incidencia en la forma de prestación de servicio

Se advierte que los diversos estamentos del Estado que tienen la atribución de disponer del vínculo que le cabe a las cooperativas prestadoras de servicios públicos con la Administración Pública han dispuesto diversas maneras de relacionarse con éstas, que no necesariamente son a través de un mecanismo concesional.

Ello trae aparejado consecuencias en la estabilidad de los vínculos y, por ende, en la calidad de la prestación.

La precariedad de determinados vínculos, ya sea que tuvieran origen en autorizaciones o en permisos, es lo que origina incertidumbre e indefiniciones en las relaciones y, a su vez, es la que trae aparejada, por la inseguridad jurídica que lleva ínsito la relación, falta de inversión y deficiencias en la prestación del servicio.

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que discrecionalidad, precariedad, libertad de revocación, inexistencia de reparación no son conceptos enlazables, ni denotan una inevitable sucesión de imágenes⁴⁶³. Es decir, la discrecionalidad en el otorgamiento de la autorización y/o el permiso no implican necesariamente la precariedad. Además, un derecho atribuido por medio de una concesión puede ser también discrecionalmente revocado por razones de oportunidad, mérito y conveniencia y el consecuente derecho a la indemnización dependerá de la reserva de revocación.

⁴⁶³ GRECCO, Carlos M. y MUÑOZ, Guillermo A., *La precariedad.....*, Ob. Cit., pág. 48.

Lo que se intenta significar es que no necesariamente algunas modalidades de prestar el servicio, como el permiso, traen aparejadas por sí mismas la calidad de precario.

Ahora bien, cuando este permiso o autorización reúna la calidad de precario, ello autoriza al que concedió el derecho a revocarlo en cualquier momento sin derecho a resarcimiento. De igual manera, tal precariedad implica a su vez, la posibilidad de que el Estado deniegue por razones de mérito la renovación del que ya caducó.

Por ello, cuando nos referimos a la problemática de la modalidad a través de la cual se presta el servicio, hacemos referencia a las autorizaciones o permisos que nacen con el título de precario en sentido estricto, es decir que nacen debilitados y en las cuales la administración no tiene la obligación de dar explicaciones para revocar el acto.

De allí que cualquier acto atributivo de la facultad para otorgar el servicio, en el carácter de precario, sea que figure como tal en el acto que otorga el derecho o sea que resulte de las previsiones normativas de la materia, es lo que identificamos como un problema para las cooperativas prestadoras de servicios públicos, por cuanto —como se dijo antes— ello acarrea incertidumbre a la hora de prestar el servicio.

Son muchas las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina, que en el pasado han brindado servicios públicos con permisos y/o autorizaciones precarias. Mientras que en la actualidad todavía encontramos una gran cantidad de cooperativas, que mayormente son las que prestan agua potabilizada, que brindan sus servicios con modalidades que reúnen las condiciones de precarias.

Por eso es que identificamos este tema, como un problema que los actores tanto públicos como cooperativos tendrán que corregir para poder consolidar el modelo social del cooperativismo de servicio público en la Argentina.

VI.4. Consideraciones finales

El sector público debería tener un rol fundamental en la promoción de estas empresas de la economía social.

Es básico contar con marcos regulatorios adecuados que contemplan la condición especial de estas entidades y que vayan en directo beneficio, tanto de las mismas como de las propias comunidades donde éstas se desarrollan. La regulación

debiera favorecer a estas empresas que han cumplido y siguen cumpliendo, como se ha manifestado en el Capítulo I, con una gran y notable función social.

De allí que en este apartado de consideraciones finales queremos resaltar solo los tópicos que identificamos como problemáticos en este capítulo y algunas soluciones que hemos pretendido aportar, desde nuestro humilde lugar, con miras de que el Regulador a futuro pueda ir construyendo normas que ayuden a preservar y consolidar estas empresas.

Como se ha dicho anteriormente, la mayoría de las cooperativas son multiactivas. Ello trae aparejado que el régimen regulador y el poder concedente sean distintos de acuerdo a cada actividad, además de encontrarse diseminados territorialmente, ya que si prestan servicios de telefonía el régimen regulador, el poder concedente y el poder de policía se encuentran en la órbita del Estado Nacional, mientras que si además dicha cooperativa presta servicio de distribución de energía eléctrica, el régimen, el poder concedente y de policía corresponde a las provincias o en su caso a los municipios si la Constitución provincial así lo prevé.

Toda esta normativa regulatoria indistinta —y en muchos casos nada uniforme— provoca que las cooperativas multiactivas y que prestan servicios en varias ciudades deban contar con una organización burocrática y costosa de mantener, para hacer frente a la diseminación de normas y de poderes de policía.

Otro inconveniente se presenta ante la falta de un espacio regulatorio propicio, tendiente a coordinar políticas de fomento de las cooperativas, atendiendo a su naturaleza y la realidad económico social, en la cual están insertas.

Resultaría sumamente interesante contar con regulaciones específicas que atiendan a su carácter de persona diferenciada en cada caso y donde se empiecen a delinear modelos de contratos de concesión o licencia tipos; incluso desde la perspectiva orgánica podría ser el ámbito del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social en coordinación con entes reguladores y organismos provinciales que desarrollen la misma actividad, las autoridades idóneas para llevar a la práctica la coordinación de aspectos regulatorios.

Pero lo cierto es que del estudio de los marcos regulatorios nacionales en materia de servicios de gas, electricidad y telecomunicaciones no se encuentran previstos regímenes especiales. En su lugar, los frondosos marcos regulatorios nacionales, que regulan aspectos esenciales pero que asimismo se encuentran elaborados a la medida de grandes concesionarias prestadoras de servicios

monopólicos de gran base territorial, hacen recaer su gran peso normativo sobre aquellos actores de la vida social, sin contemplar su especial régimen (cooperativo) ni su envergadura económico social.

Insistimos: debería existir una normativa segmentada y contratos de concesión acordes; a las distintas realidades en las que se presenta la concreción de un servicio público procedimiento de ajuste tarifario ante la autoridad pública de control, con audiencias públicas y aprobación formal (sea administrativa, sea legislativa) para prestadores a gran escala; y un mecanismo de “*pass through*” con control estatal posterior y periódico para pequeños prestadores, máxime si se trata de cooperativas de servicios públicos, cuando ellas se componen de los mismos usuarios.

En consonancia con esta idea, consideramos aconsejable que se les autorice a las cooperativas prestadoras de servicios públicos el ingreso del concepto de aporte de capitalización en la propia facturación. O, al menos, atendiendo a la multiplicidad de servicios que este tipo de cooperativas ofrece a sus asociados, e incluso a terceros; servicios como los de sepelio, club social, mutual, enfermería, establecimientos educativos y de capacitación —que no son servicios públicos pero son de inestimable necesidad social en los contextos en donde se brindan— es que deberían permitirse la incorporación de todas las prestaciones en una única factura.

Otro frente problemático lo advertimos en las formas y procedimientos de selección del prestador del servicio público. El procedimiento de selección del contratista estatal que tiene a la licitación pública como regla general, regla que no escapa a la figura de la concesión y/o licencia de servicios públicos como modo típico de gestión, se aplica sin cortapisas a las cooperativas prestadoras de servicios públicos.

Impera en nuestro país el dogma de que incluso cuando una cooperativa organizada por los propios usuarios haya prestado los servicios públicos por mucho tiempo, debe cumplirse con la licitación pública previa como mecanismos de selección del prestador, ya que obviar tal procedimiento viola los términos de la normativa aplicable y lo que ésta procura preservar tal como: a) el interés público; b) el principio de transparencia que tiende a evitar las prácticas de corrupción; c) el principio de defensa de la competencia, consagrado en el art. 43 de la Constitución Nacional.

Nosotros entendemos que la licitación pública en este caso no beneficia al interés público, porque como se dijo anteriormente el interés público es coincidente con los intereses individuales de la mayoría de los individuos en una sociedad y si justamente la cooperativa está compuesta por gran parte de los vecinos y usuarios del

servicio, el interés público estaría resguardado; no afecta la transparencia en la operación porque este tipo de concesiones difícilmente puedan motivarse en actos de corrupción, las entidades cooperativas al no contar con excedentes importantes, ni tampoco capital suficiente para utilizar en prácticas espurias o dádivas a los funcionarios públicos preservan un mecanismo lo suficientemente transparente; por último, aun cuando la competencia y su defensa puedan encontrarse afectadas cuando no se respete la regla de la licitación pública, no debemos dejar de lado que la legislación en la materia administrativa dispone en términos generales de excepciones que son de carácter restrictivo en cada caso, pero que frente al interés de los propios vecinos/usuarios y la realidad imperante, que en la generalidad de los casos se distingue porque las cooperativa se encuentra prestando el servicio por décadas, sin que haya mediado licitación pública y siendo propietaria de las redes de distribución, la licitación previa resulta sin más injustificada.

De tal manera que si los usuarios o la gran cantidad de usuarios, que son a su vez asociados a una empresa de la economía social, son titulares del interés público comprometido y si a través de esta organización conformada por los mismos usuarios se vela por la calidad del servicio, la salud, seguridad, información, trato igualitario y digno del usuario, entonces habremos de concluir que no existe mejor experiencia que la cooperativización de los servicios públicos para que se respete la tésis y el espíritu de la Constitución Nacional.

Fuera del cuestionamiento de la forma de adjudicación licitatoria en el caso de las cooperativas, hay quienes además se postulan a favor de la innecesariedad de que se utilice una técnica concesional. Esto último no lo compartimos. Si no existiera contrato de concesión o licencia alguno entre el Estado y quien presta el servicio, basándolo en la fusión de roles entre los usuarios y el concedente, la función última del Estado que es resguardar y ser el responsable último del servicio se vería afectada. Además, no existiendo un marco legal y técnico dentro del cual la prestación deba ajustarse, los propios usuarios del servicio se verían desguarnecidos a la hora de tener que defender una adecuada prestación del servicio.

Al respecto, no es fácil para un asociado encontrar los canales de reclamo internos procedentes para exigir un servicio adecuado dentro de las cooperativas. Además, las cooperativas en la actualidad han tomado una dimensión tal que los asociados no tienen una relación inmediata con las autoridades cooperativas para canalizar los reclamos. Y colocando el ojo sobre la calidad y eficiencia de la

prestación, las exigencias de las condiciones y la seguridad del servicio, se ameritan controles exhaustivos y profesionales que los asociados no están en condiciones de absorber y monopolizar.

Como si ello no fuera suficiente, en una cooperativa prestadora de servicios públicos son muchos los meros usuarios, es decir, aquellos que reciben la prestación sin revestir la calidad de asociados; ello atendiendo a que el servicio público goza del carácter de acceso irrestricto y universal. Por lo tanto, como cualquier usuario no socio de la cooperativa puede demandar y gozar del servicio sin obligación de asociarse, es lógico sostener entonces que es el Estado el único que puede garantizar las condiciones en que ese servicio puede prestarse y ello lo logra mediante el contrato administrativo de concesión de servicio público.

A mitad de camino entre el fuerte vínculo que representa la concesión y la ausencia absoluta de aquel, tenemos la precariedad de determinados vínculos, ya sea que tuvieran origen en autorizaciones o en permisos. Ellos generan otras dificultades, propias del marco de fragilidad, incertidumbre e indefiniciones en las relaciones, que a su vez trae aparejado, por la inseguridad jurídica que lleva ínsito la relación, falta de inversión y deficiencias en la prestación del servicio.

Son muchas las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina, que en el pasado han brindado servicios públicos con permisos y/o autorizaciones precarias. Mientras que en la actualidad, todavía encontramos una gran cantidad de cooperativas, que mayormente son las que prestan agua potabilizada, que brindan sus servicios con modalidades que reúnen aquellas condiciones, sobre las que se cierne un manto de incertidumbre e imprevisibilidad sobre su futuro.

Ello, sin duda, va en contra de nuestra idea de consolidación del modelo social del cooperativismo de servicio público en la Argentina, que tanto creemos que ha aportado y sigue aportando al crecimiento del interior del país.

CAPÍTULO VII: Mecanismos de control de la actividad y vías que tutelan los derechos del usuario/asociado

VII. 1. Introducción

Las fuerzas del mercado muestran un gran desequilibrio entre los prestadores que disponen de una alta profesionalidad y organización para suministrar el servicio, frente a usuarios desguarnecidos y atomizados que se encuentran en franca debilidad y carencia de estructura para exigir las condiciones que un servicio esencial impone.

Por ello, la Constitución Nacional ha procurado nivelar las fuerzas disponiendo, entre otras cosas, el ejercicio del control en defensa de la competencia y en procura de evitar los monopolios naturales⁴⁶⁴. Ello significa que, en el caso de que los servicios públicos se presten de manera monopólica, como por ejemplo los servicios de distribución domiciliaria (agua, gas, energía, etc, que son los que por esencia prestan las cooperativas bajo estudio), el ejercicio del control no sólo debe ser más exhaustivo, sino además debe preservar los caracteres de la prestación, de la más alta calidad exigible, a precios justos y razonables. Mientras que en aquellos servicios competitivos, de libre ingreso de nuevos prestadores, la intervención del Estado en materia de control solo se circunscribirá a la policía de seguridad en procura de garantizar y preservar al consumidor/usuario y al medio ambiente.

Para llevar a cabo la fiscalización y el control de las empresas privatizadas se han creado entes especializados que se encuentran dotados de una competencia técnica específica y exclusiva, indispensable para el ejercicio de sus funciones de contralor y vigilancia de los concesionarios, licenciatarios o permisionarios de los servicios. Sin embargo, el control de los servicios públicos no se circunscribe sólo a este tipo de entes reguladores, porque en muchas provincias encontramos que dicha tarea es ejercida por organismos descentralizados. Amén de este tipo de entes y/o de organismos especializados, también encontramos otros institutos que tienen a su cargo la defensa y la protección de los derechos fundamentales y los intereses de los individuos, de la comunidad en general y el control de la prestación del servicio público, como ser el defensor del pueblo.

⁴⁶⁴ Conf. Art. 42 de la Constitución Argentina que se encuentra transcrito en N° 93.

También, la sociedad como destinataria de los servicios públicos, amparado en la propia Carta Fundamental, ejerce el control sobre la prestación de los mismos. Este control se ejerce a través de la participación en las audiencias públicas, asociaciones de consumidores y en el caso de las cooperativas prestadoras de servicios públicos a través de la participación en los órganos internos de la sociedad, llamase asamblea, sindicatura, etc.

A su vez, como contrapartida a la obligación del Estado de tutelar el interés público y garantizar la satisfacción del servicio, se encuentra el derecho subjetivo del usuario de exigir la prestación adecuada y de acceder a los canales instrumentales que permitan demandar el uso eficiente del servicio, la reparación del mismo, el resarcimiento por los daños que se le hubieran ocasionado en la prestación, la información y a participar en audiencias públicas, como en asociaciones de usuarios y consumidores, entre otras.

Por ello, en este capítulo —y luego de haber estudiado en el anterior la regulación de los servicios públicos en la Argentina— hemos decidido analizar los mecanismos destinados a hacer cumplir aquellas prescripciones normativas, pues de nada sirve contar con una serie de reglas sin que, en forma paralela, se encuentren previstos los medios institucionales para compeler a su cumplimiento. Asimismo, por la vinculación que tiene el tema del control de la gestión con los mecanismos que resguardan el equilibrio de las relaciones de prestación del servicio público, analizaremos las vías que tiene el usuario en protección de sus derechos.

Nuestro especial objetivo en este capítulo es analizar cuáles son los órganos que fiscalizan a las cooperativas prestadoras de servicios públicos y si las mismas están sometidas a mayor control o a un control especial por su condición de cooperativa; también nos proponemos evaluar los mecanismos que cuenta un usuario/asociado para proteger sus derechos; si los mismos se encuentran ampliados por ser una entidad de la economía social la prestadora y, en su caso, si existen distinciones regulatorias por ello.

En el último punto de este capítulo ensayaremos propuestas que armonicen los distintos regímenes que regulan el control y los medios de protección de los usuarios a la luz de este tipo cooperativo.

VII.2. Mecanismos de control de la gestión

En este punto veremos los mecanismos de control de la gestión pública a través de diferentes órganos del Estado que realizan la fiscalización sobre distintos aspectos de la actividad y pondremos especial énfasis en señalar si la normativa regulatoria que deben aplicar los referidos órganos contempla disposiciones especiales para el caso de que el servicio público sea prestado por una cooperativa.

De este modo analizaremos los mecanismos de control orgánicos, como los entes reguladores y otros tipos de organismos dedicados a fiscalizar a las empresas prestatarias de servicios públicos.

Por otro lado analizaremos también los mecanismos de control no orgánico, por ejemplo la audiencia pública.

Asimismo, por la encrucijada normativa que yace sobre las cooperativas prestadoras de servicios públicos, analizaremos otros mecanismos de contralor, es especial la facultad que tiene la autoridad de aplicación en materia de servicios públicos, para participar en las reuniones del Consejo de administración y de la asamblea, a los efectos de fiscalizar el cumplimiento de las condiciones de la concesión o el permiso y de las obligaciones estipuladas a favor del público y hacer constar en acta sus observaciones.

En cada caso ensayaremos propuestas que armonizan la condición de usuario/asociado con los entes, instituciones u órganos que tienen a su cargo el control de la actividad.

VII.2.1. Entes reguladores y organismos descentralizados

El control en materia de servicios públicos trata ni más ni menos que del poder de policía del Estado aplicado al régimen de los servicios públicos. Es decir, básicamente, monitoreo, comprobación y sanción⁴⁶⁵, frente a los deberes y obligaciones que surgen del marco regulatorio del servicio público de que se trate en su totalidad, desde la Constitución Nacional en su artículo 42 hasta las cláusulas previstas en el contrato particular de concesión o licencia.

Hace ya tiempo enseñaba Marienhoff que “El Estado —de oficio o a pedido de parte— (...) tiene medios para obligar a que *funcionen* los servicios públicos...prestados por particulares. Dichos medios jurídicos hállanse contenidos en las potestades con que se expresa el control estatal respecto de los servicios públicos,

⁴⁶⁵ BARRA, Rodolfo C., “Entes reguladores...”, Ob. Cit., pág. 15.

en el ejercicio del poder de policía, en los caracteres jurídicos del servicio público y en el complejo de su sistema jurídico⁴⁶⁶.

El control orgánico de los servicios públicos en la Argentina está fundamentalmente en cabeza de los entes reguladores⁴⁶⁷ (sean nacionales, provinciales e incluso comunales), llamados a ser por manda constitucional⁴⁶⁸ los protagonistas principales en el control de eficiencia y calidad de los servicios y la consecuente tutela de los derechos de los usuarios frente a los prestadores de servicios privatizados⁴⁶⁹.

Estos organismos descentralizados, de acuerdo a la doctrina especializada⁴⁷⁰, se caracterizan por ser entidades con cierto grado de autarquía, persiguen fines estatales poseen recursos asignados o un patrimonio de afectación, y están vinculadas a la Administración a través del régimen de control. No obstante ello, tanto su creación como su regulación difieren en pequeños o grandes detalles en cuanto se analizan uno por uno los entes reguladores existentes al día de hoy⁴⁷¹.

Así las cosas, de conformidad con lo ya visto, las funciones y potestades que los distintos ordenamientos consagran en cabeza de los entes reguladores abarcan desde las clásicas potestades administrativas vinculadas con la fiscalización de los servicios y el cumplimiento de las condiciones fijadas en los contratos de concesión o licencias —incluyendo el control sobre la aplicación de las tarifas y el cálculo de las bases de los contratos de concesión que se celebren— hasta aquellas potestades de naturaleza disciplinaria relacionada con la imposición de sanciones, y una rica gama de poderes reglamentarios⁴⁷² en materia de seguridad y procedimientos técnicos, medición y facturación de los consumos, entre otros⁴⁷³.

⁴⁶⁶ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., 2003, pág. 148.

⁴⁶⁷ Personas administrativas con competencia especial y personalidad jurídica propia (CASSAGNE, Juan C., *Curso de derecho...*, T. I, Ob. Cit., pág. 290).

⁴⁶⁸ Conf. art. 42, de la Constitución Nacional Argentina. El mismo art. 42 de la Constitución exige que debe haber un ente regulador para cumplir esas funciones.

⁴⁶⁹ La política legislativa (de los distintos ordenamientos que crean entes reguladores) ha consagrado diversos objetivos que requieren su armonización recíproca para que el sistema pueda funcionar en forma integrada. Dentro de esta pauta hermenéutica se ubica el objeto relacionado con la protección de los usuarios, el cual demanda, para su correcta vigencia, una armonización con los restantes fines, debiendo aplicarse en un marco que concilie la regla de la continuidad y el menor costo de las prestaciones con la calidad y eficiencia de los servicios (CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho...*, T. I, Ob. Cit., pág. 293).

⁴⁷⁰ CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho...*, T. I, Ob. Cit., pág. 291.

⁴⁷¹ La cantidad de entes reguladores que se han creado a raíz del proceso de privatizaciones y la diversidad de regímenes existentes dificultan su sistematización (CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho...*, T. I, Ob. Cit., pág. 290).

⁴⁷² BIANCHI, Alberto B., “La potestad reglamentaria de los entes reguladores”, *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III-1080, 30/08/2006., pág. 10/11.

⁴⁷³ CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho...*, T.I, Ob. Cit., pág. 298.

De cualquier manera, la función de contralor y fiscalización de los servicios públicos no es patrimonio exclusivo de aquellos entes descentralizados⁴⁷⁴, toda vez que muchas provincias argentinas no han creado entes reguladores y en esos casos, las provincias o los municipios, dependiendo de las facultades que le competen de acuerdo a la constitución provincial que se trate, han creado órganos de contralor desconcentrados, es decir, dentro de la esfera de la Administración central, para que cumplan con dichos fines.

En estos casos, es usual encontrarnos con que la misma autoridad concedente es la que luego ejerce funciones de monitoreo y control del servicio público dado en concesión. En definitiva, del juego de las autonomías propias de un Estado federal podemos encontrarnos tantas configuraciones orgánicas como provincias y municipios existen en la Argentina⁴⁷⁵.

Es por ello que podemos afirmar que, en cuanto a la estructura orgánica, podemos encontrarnos, a grandes rasgos, con entidades descentralizadas (y asimismo con distintos grados de autarquía)⁴⁷⁶, y con órganos desconcentrados dentro de la Administración central⁴⁷⁷.

Las competencias de tales organismos pueden habilitar “tanto el control de la actividad regulada, es decir, del cumplimiento de la regulación, como la sanción de

⁴⁷⁴ Desde el punto de vista organizativo la regulación, como también el control, pueden ser planteados de diversas maneras. Puede ser hecha por un sector de la Administración centralizada, ya sea concentrado o desconcentrado, o bien por un ente descentralizado (conf. BARRA, Rodolfo C., “Entes reguladores: en camino...”, Ob. Cit., pág. 16).

⁴⁷⁵ Los servicios públicos no han sido regulados en las constituciones provinciales en forma orgánica y sistemática (CORDEIRO PINTO, Luis, “El Estado provincial”, en AA.VV *Derecho Público Provincial*, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 161). Las potestades de la Administración provincial en materia de servicios públicos se refieren a la dirección y control sobre el servicio, a la potestad para modificar la forma de la prestación y para imponer sanciones. De estas derivan otras atribuciones, pero todas tienden a posibilitar el cumplimiento oportuno y eficiente del servicio. (CORDEIRO PINTO, Luis, “El Estado provincial”, Ob. Cit., pág. 166).

⁴⁷⁶ Entre las provincias y municipios argentinos que cuentan con uno o varios entes reguladores descentralizados, tenemos a: Córdoba (Ente Regulador de los Servicios Públicos, creado por Ley Pcial. N° 8835); Mendoza (Ente Provincial Regulador Eléctrico, creado por Ley Pcial. N° 6.497); Salta (Ente Regulador de Servicios Públicos, creado por Decreto Pcial. N° 55/95, refrendado por Ley Pcial. N° 6.835); Río Negro (Ente Provincial Regulador de la Electricidad, creado por Ley Pcial. N° 2.986); Catamarca (Ente Regulador de Servicios Públicos y Otras Concesiones, creado por Ley Pcial. N° 4.836); Santiago del Estero (Ente Regulador de los Servicios de Aguas y Cloacas, creado por Ley Pcial. N° 6.225); Buenos Aires (Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires, creado por Ley Pcial. N° 11.769), y Municipalidad de Trelew, Provincia de Chubut, a través del Organismo Municipal Regulador de los Servicios Públicos (<http://www.trelew.gov.ar/omresp.php>), entre otras.

⁴⁷⁷ Entre las provincias y municipios que ejercen las potestades de control a través de órganos de la propia Administración central, encontramos: San Luis (Comisión Reguladora de Energía Eléctrica, dependiente del Ministerio de Hacienda y Obras Públicas); La Pampa (Administración Provincial de Energía, en cuanto al control sobre las cooperativas distribuidoras de energía eléctrica); Municipalidad de Posadas, Misiones (Secretaría de Servicios Públicos), entre otros.

normas generales o particulares, (que serán actos administrativos de contenido general o particular) cuyo contenido fundamental será técnico. También la competencia regulatoria puede incluir la resolución de conflictos entre los sujetos o ‘actores’ de la actividad regulada”⁴⁷⁸.

En la función de control de la actividad regulada se destaca la facultad de aplicar sanciones, principal herramienta con la que cuenta la Administración para compeler al cumplimiento de la regulación. Las normas sancionatorias provienen de los marcos regulatorios⁴⁷⁹ (leyes, decretos reglamentarios, resoluciones generales) pero también de los contratos de concesión de los servicios⁴⁸⁰, siendo las más frecuentes la multa, la inhabilitación, la suspensión, el decomiso, y en casos de extrema gravedad, la caducidad de la concesión o licencia. La doctrina del derecho administrativo sancionador a menudo establece ciertos requisitos para su validez, que suelen estar emparentados con los principios y garantías penales⁴⁸¹

Cabe poner de resalto que el modelo propiciado por la Constitución Nacional de 1994 resulta compatible con la política económica y social privatizadora o reduccionista del Estado, llevada adelante en el país desde la década de los ochenta y profundizada a partir de la década de los noventa con el advenimiento de la Ley N° 23.696 (Ley de Reforma del Estado). De allí se entiende que el control de los servicios

⁴⁷⁸ BARRA, Rodolfo C., “Entes Reguladores: en camino...”, Ob. Cit., pág. 6.

⁴⁷⁹ Por ejemplo, a nivel nacional, podemos encontrar los artículos 77 a 81 de la Ley N° 24.065; artículos 71 a 73 de la Ley N° 24.076; artículos 104 a 109 de la Ley N° 26.221.

⁴⁸⁰ Tomando como caso testigo al Marco Regulatorio Nacional de la Energía Eléctrica tenemos al artículo 78 de la Ley N° 24.065 que dispone que “Las violaciones o incumplimientos de los contratos de concesión de servicios de transporte o distribución de electricidad serán sancionados con las penalidades previstas en los respectivos contratos de concesión”. En tal sentido, el subanexo 4 de los contratos de concesión de las distribuidoras de jurisdicción nacional se refiere a “Normas de calidad de servicio y sanciones”, entre las que se destacan sanciones por trabajos defectuosos en la vía pública; construcción, ampliación u operación de instalaciones sin seguir las normas técnicas exigidas; incumplimientos en las prestación del servicio; acciones que pongan en riesgo la seguridad pública; contaminación ambiental; impedimento injustificado de acceso a terceros a la capacidad de transporte; no contar con los documentos, información y registros actualizados y disponibles para la compulsa de las autoridades; comisión de actos que impliquen competencia desleal o acciones monopólicas. En términos generales, indica la norma que las sanciones serán aplicadas por el ENRE cuando la distribuidora no cumpla con las obligaciones emergentes del contrato de concesión y/o de sus anexos y/o de la Ley N° 24.065 y todas las normas comprensivas del marco regulatorio de la generación, transporte y distribución de electricidad. Para profundizar en este tema, sugerimos la lectura de BARREIRO, Rubén A., *Derecho de la energía...*, Ob. Cit., págs. 833 a 852.

⁴⁸¹ Para aplicar válidamente una sanción, se debe verificar el cumplimiento de ciertas garantías sustanciales y formales. Entre las primeras, se destaca el principio de legalidad, con la máxima “*nullum crimen nulla poena sine lege*” y entre las segundas la garantía del debido proceso, canalizada en el derecho administrativo en la llamada “tutela administrativa efectiva”, consagrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos 327:4185, *in re*: “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ Comité Federal de Radiodifusión – Decreto 310/98 s/ Amparo Ley 16.986”, de fecha 14/10/2004, publicado en *La Ley* 2005-B, 674; y en fallos 335:1126, *in re*: “Losicer, Jorge A. y Otros c/BCRA-Resol. 169/05”, de fecha 26-06-2012, entre otros.

privatizados se presente como elemento fundamental de la manda constitucional del artículo 42⁴⁸².

Hoy en día asistimos a un proceso de reestatización de algunos servicios, en donde el Estado ha tomado en propias manos ciertas funciones⁴⁸³ que otrora fueron delegadas a manos de privados.

Los efectos de aquella configuración afectan nuestro análisis desde que los entes reguladores, ante el caso de servicios públicos reestatizados, se tornan fútiles. El control estatal externo, propio de los entes reguladores, daría paso a un control interno interadministrativo desde que los sujetos controlados serían organismos estatales, sin importar que operen bajo ropajes societarios⁴⁸⁴. ¿Cómo cuaja el control del Estado al Estado bajo la óptica del nuevo art. 42 de la Constitución Nacional? Es un caso cuanto menos paradójico⁴⁸⁵.

⁴⁸² El art. 42 de la Constitución Nacional se encuentra transcrito en la cita N° 93.

⁴⁸³ Si bien la mayoría de los servicios públicos continúan siendo gestionados por personas jurídicas privadas, en algún caso el Estado Nacional ha reasumido el ejercicio de prestaciones, como es el caso de Aguas y Saneamientos Argentinos S.A con participación estatal mayoritaria (AySA) creada en el año 2006 y de los Nuevos Ferrocarriles Argentinos (decisión adoptada por el Poder Ejecutivo el 1 de marzo de 2015). En cambio en otras actividades, que no son servicios públicos, como en el caso de YPF (Yacimientos Petrolíferos Fiscales) y Aerolíneas Argentinas se ve una clara política estatizadora. Asimismo en ciertas provincias se verifica una situación similar, tal es el caso de Electricidad de Misiones S.A. en la Provincia de Misiones (con una composición accionaria repartida entre la misma provincia y el Estado Nacional), Servicios Públicos Sociedad del Estado en la Provincia de Santa Cruz, Servicios Energéticos del Chaco Empresa del Estado Provincial (Provincia del Chaco), Ente Provincial de Energía del Neuquén y la Administración Provincial de Energía de La Pampa.

⁴⁸⁴ Tomemos por caso el servicio de aguas en la Ciudad de Buenos Aires y el conurbano bonaerense, prestado hoy en día por AySA S.A. (constituida por Decreto N° 304/2006), cuya composición societaria es 90% del Estado Nacional (el ejercicio de los derechos accionarios fue delegado al Ministerio de Planificación General, conf. arts. 1, 2 y 5 del decreto citado) y 10% de los empleados de la misma sociedad. El ente regulador de aguas, creado por Ley N° 26.221, es el ERAS (ex ETOSS), ente autárquico, pero con el llamativo dato de que sus autoridades son designadas por el Poder Ejecutivo Nacional (ver arts. 44 y 45 de la citada Ley); Además como para complicar el cuadro dicha Ley designa como autoridad de aplicación al Ministerio de Planificación, misma repartición pública designada como titular accionaria de la concesionaria. Ahora bien, ¿con qué margen de libertad se encuentra realmente el ente regulador para ejercer funciones coercitivas y/o sancionatorias? ¿Puede arribar a instancias judiciales un conflicto entre el ente regulador y la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria? ¿Se excluye la intromisión judicial por el principio de jerarquía administrativa, o como mínimo, el vínculo de control y tutela que tendría la Administración Central sobre ambos entes? En otras palabras, ¿la decisión final recaerá sobre el ministro del ramo, desvirtuando el fin del ente regulador?

⁴⁸⁵ “Esto bien puede ser el caso si se avanza en la todavía incipiente estatización sujeta a controles meramente formales por organismos igualmente estatales que no han probado eficacia en esa materia. (...) Todo eso ya lo vivió el país en las nacionalizaciones de la primera mitad del siglo XX: Los controles estatales preexistentes perdieron eficacia y poco a poco el ente estatal a cargo del servicio se transformaba, además, en el regulador del servicio. Sabemos que eso terminó mal. No debiéramos repetir el camino de la falta de controles eficaces, pero lo estamos haciendo.” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., pág. VI-46). A lo que cabe añadir, en palabras de Marienhoff, que “El administrado...carece del medio jurídico para obligar al *Estado* a que haga “funcionar” un servicio público ya creado y organizado (221), y cuya prestación esté a su cargo.” (MARIENOFF, Miguel S., *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., 2003, pág. 148).

En un mismo cono de sombras puede emplazarse una cooperativa prestataria de servicios públicos, porque no olvidemos que la Ley de Cooperativas admite la participación estatal en la composición de asociados^{486y487}. Ello sin perjuicio de que además el órgano de contralor puede participar en los órganos sociales (sin derecho a voto), como veremos más adelante.

Así, advertimos que ninguno de los marcos reguladores vigentes contempla en materia de control ninguna particularidad jurídica, social y económica de las cooperativas, donde sistemáticamente se las coloca en un plano de igualdad con empresas de capital, olvidando que son los propios usuarios organizados a través de empresas de la economía social quienes se autoprestan, diferencia sustancial con las demás prestatarías privadas en las cuales los usuarios son meros clientes⁴⁸⁸.

No queremos significar con lo dicho que los marcos regulatorios tengan que considerar diferencias en cuanto a las exigencias que hacen a la supervisión o fiscalización de las condiciones del servicio; cumplimiento de las normas fijadas en los contratos de concesión o licencias; materia de seguridad y procedimientos técnicos, medición y facturación de los consumos, entre otros, sino que consideramos que en materia de potestades disciplinarias, imposición de sanciones y resolución de conflictos entre usuarios/asociados y cooperativa (cuestión esta última que veremos en el punto VII.3.1) debe necesariamente contemplar distinciones importantes teniendo en cuenta justamente la doble condición del usuario.

Ejemplo de ello lo podemos encontrar, a nuestro juicio, en los regímenes sancionatorios presentes en los distintos marcos regulatorios de los servicios públicos,

⁴⁸⁶ El art. 19 de la Ley de Cooperativas argentina establece: “El Estado Nacional, las Provincias, los Municipios, los entes descentralizados y las empresas del Estado pueden asociarse a las cooperativas conforme con los términos de esta ley, salvo que ello estuviera expresamente prohibido por sus leyes respectivas. También pueden utilizar sus servicios, previo su consentimiento, aunque no se asocien a ellas. Cuando se asocien pueden convenir la participación que les corresponderá en la administración y fiscalización de sus actividades en cuanto fuera coadyuvante a los fines perseguidos y siempre que tales convenios no restrinjan la autonomía de la cooperativa”.

⁴⁸⁷ Pensemos hipotéticamente que la empresa estatal prestadora de aguas en la ciudad de Buenos Aires AySA, sea una cooperativa en la cual se encuentre como asociado el Estado Nacional, y que este último a través de un decreto presidencial haya designado los miembros o parte de los miembros del consejo de administración: ¿qué trato le dispensará el INAES, organismo descentralizado dependiente del Ministerio de Desarrollo Social? ¿Qué trato le dispensará el ERAS, ente tripartito cuyas autoridades fueron designadas por el Poder Ejecutivo Nacional? ¿Con qué nivel de autonomía podría desenvolverse este ficticio ente cooperativo?

⁴⁸⁸ OVIEDO, Guillermo, VILLAFANE, Celeste P., “Las cooperativas de servicios públicos y su relación con el Estado”, presentación al premio anual FACE 2005, mayo 2006, pág. 24. <http://ccc.opac.com.ar/pergamo/cgi-bin/pgopac.cgi?VDOC=1.42651&n=El-cooperativismo-de-servicios-p%FABlicos-y-su-relaci%F3n-con-el-Estado-perspectivas> (recurso consultado en fecha 10/11/2014).

en donde no existen contemplaciones frente a la aplicación de multas y otras sanciones agravadas a la persona jurídica cooperativa, siendo que en el afán disuasorio/punitivo se está castigando a los propios usuarios como miembros de la entidad, frente al acaecimiento de hechos en los cuales ellos son las propias víctimas.

Es cierto que las autoridades administrativas encargadas del control de los servicios públicos, cuentan con facultades mayoritariamente regladas a la hora de aplicar sanciones, siendo abiertamente ilegítima su actuación discrecional a la hora de interpretar las normas sancionatorias sustantivas y adjetivas. Dicho de otra manera, el organismo encargado de la investigación y aplicación de sanciones no puede reinventar los tipos sancionatorios, la entidad de las penas y su cuantía, sin que exista habilitación legal previa que le conceda márgenes de actuación.

La contemplación de un régimen sancionatorio acorde a la naturaleza cooperativa podría formar parte de los postulados que hemos abordado en el capítulo precedente dedicado a la regulación de los servicios públicos. Pero de cualquier manera, el régimen sancionatorio es un fenómeno inescindible del control, y es por ello que hemos diferido su tratamiento para esta oportunidad.

Retomando la problemática del doble perjuicio hacia los usuarios asociados, esto es, por el hecho disvalioso objeto de sanción (por ejemplo, un corte de luz generalizado en el servicio de distribución de energía eléctrica), y la sanción en sí misma (por ejemplo, una multa ante tal suceso), consideramos como una solución atendible, que los organismos de control deberían considerar entre las variables a sopesar a la hora de verificar e investigar hechos sancionables, y graduar las penas, que el control que ejercen lo hacen en beneficio de los mismos usuarios que son los que se auto prestan el servicio y los que afrontan las sanciones. Pero además se debería tener en cuenta que las cooperativas son entidades donde el lucro tiene otras formas de manifestación entre los socios, ya que se obtienen ventajas económicas y beneficios y no utilidad en dinero, a diferencia de otro tipo de sociedades donde los socios persiguen maximizar sus ganancias. Ello descartaría un móvil económico en la comisión de infracciones⁴⁸⁹ y podría permitir, si el marco regulatorio lo contempla, reducir ostensiblemente las sanciones e incluso hacer quitas y moratorias para que estas entidades pudieran absorber dichas condenas disciplinarias.

⁴⁸⁹ Por ejemplo, el empleo de materiales de calidad inferior para las instalaciones, generación de polución, interrupciones de servicio, baja calidad y/o cantidad de la prestación, etc., con el propósito de abaratar costos y maximizar ingresos.

Creemos que a través de la posibilidad de morigeración de las sanciones se lograría, en parte, una armonización de las normas de control con la condición de la cooperativa conformada por los propios usuarios.

VII.2.2. Mecanismos de control no orgánico: audiencia pública. Finalidad de los mismos

En otro orden de ideas, como mecanismo de control no orgánico (aunque los entes y órganos a que hiciéramos mención en el punto precedente tengan una participación activa⁴⁹⁰) encontramos a los procedimientos de audiencias públicas como una suerte de control directo de la ciudadanía.

La audiencia pública o *public hearing* es un procedimiento de raigambre constitucional⁴⁹¹ que tiene un doble carácter público: a) por la publicidad y transparencia misma del procedimiento, su oralidad e inmediación, asistencia y registro gráfico y fílmico a través de los medios de comunicación (los cuales no participan ni intervienen en forma inmediata en la audiencia pública, sino que la registran y en su caso publican y comentan, debaten, etc.), con más la necesaria publicación de las reuniones. b) A ello cabe agregar especialmente la participación procesal y el acceso del público en general, asociaciones, partidos políticos, a tales procedimientos, como sujetos activos y partes en sentido procesal de ellos⁴⁹².

La audiencia pública no es un mero acto procesal o una formalidad, sino la posibilidad de participación útil y efectiva de prestadores, usuarios y terceros en todo lo atinente al servicio⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Una célebre jurisprudencia ha interpretado, a la luz del art. 42 C.N, que la celebración de audiencias públicas es obligatorio para los entes reguladores (C. N. Cont. Adm. Fed., Sala IV, *in re* “Youssefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones”, de fecha 23/6/1998). El que la administración deba realizar una audiencia pública, cuya materialidad debe adoptar buena parte de las formas de un proceso judicial oral, no debe llevar a confusión en cuanto a la índole de la función que en la especie se realiza: Ella es administrativa, incluso en el caso de los entes de regulación y control de servicios privatizados (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., pág. XI-13).

⁴⁹¹ “Debe tenerse presente que el principio de la audiencia pública es de raigambre constitucional, sea que esté en forma implícita o explícita como en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La audiencia pública deviene el único modo de aplicar al supuesto del art. 42 la garantía del art. 18, a fin de que pueda darse lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación denominó la efectiva participación útil de los interesados, en el sentido de que sean admitidos los que tienen derecho o interés legítimo y también los titulares de derechos de incidencia colectiva”. (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., pág. XI-4).

⁴⁹² GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., pág. XI-10.

⁴⁹³ MARTÍNEZ, Patricia R., en AA.VV, *Los servicios públicos...*, Ob. Cit., pág. 153.

La obligatoriedad y operatividad de la audiencia pública en materia de servicios públicos ha sido reconocida jurisprudencialmente en la Argentina. “Ha de tenerse en cuenta que en el artículo 42 de la Constitución vigente otorga a los usuarios de los servicios públicos una serie de derechos que resultan operativos y cuya concreción aparecería razonablemente canalizada a través del referido instrumento, esto es, de la audiencia pública.” (...) “El derecho a que se celebre una audiencia pública previa a la decisión administrativa, cuando se trata de actos de grave trascendencia social”⁴⁹⁴.

Por otro lado, la normativa infraconstitucional más saliente a nivel nacional resulta de los marcos regulatorios del gas y electricidad⁴⁹⁵, aunque pueden encontrarse antecedentes en los albores del proceso de privatización de los servicios públicos⁴⁹⁶. Con carácter general encontramos en el Decreto N° 1.172/03 el reglamento general de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo Nacional, más allá de algunas reglamentaciones especiales que aún subsisten en marcos regulatorios específicos⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Fed., Sala IV, “Youssefian Martín c/ E.N.-Secretaría de Comunicaciones s/ amparo Ley 16.986”, de fecha 23/06/1998, publicado en *La Ley*, 1997-F, 270.

⁴⁹⁵ Conforme arts. 6, 16, 18, 29, 46, 47, 67 y 68 de la Ley N° 24.076 de gas; y arts. 11, 32, 46, 73 y 74 de la Ley N° 24.065 del Marco Eléctrico Nacional. Allí “se dispone la realización de audiencias públicas, las que pueden ser previas a la resolución de una controversia específica o previstas a los fines de valorar, antes de la emisión de actos de alcance general o particular, opiniones o intereses que puedan condicionar o influir sobre el contenido definitivo de la decisión a tomarse (...) Consideramos que también pueden preceder el dictado de actos de alcance particular, tales como la audiencia prescripta en el art. 32 de la Ley 24.065, para tratar los pedidos de autorización solicitados por empresas transportistas o distribuidoras de energía eléctrica, ya sea para consolidarse en un mismo grupo económico o adquirir acciones de otras empresas de transporte o distribución” (conf. FONROUGE, Máximo J., “Las audiencias públicas”, en www.cassagne.com.ar/publicaciones/Fonrouge/AUDPUB.pdf (recurso consultado el 13/1/2015), pág. 3.

⁴⁹⁶ Recién a partir que tiene lugar el proceso de privatización de los servicios públicos como consecuencia de la Ley de Reforma del Estado, que adquiere carta de ciudadanía definitiva el procedimiento de la audiencia pública en el orden nacional. Así, la primer referencia expresa a este procedimiento la efectúa el decreto de creación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones N° 1185, del año 1990, donde se contempla la facultad de la autoridad de convocar a audiencia pública, para el caso de “...fiscalizaciones o actuaciones sobre aspectos de grave repercusión social” vinculados con la prestación de los servicios de telecomunicaciones (conf. FONROUGE, Máximo J., “Las audiencias públicas...”, Ob. Cit., pág. 2.

⁴⁹⁷ En la actualidad y en materia de servicios públicos privatizados, la mayoría se ha plegado a la reglamentación general del Decreto N° 1.172/2003, ya sea derogando el régimen específico, o ya sea modificando su texto para adaptarlo a aquel.

Así en el ámbito del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, mediante Resolución ENRE N° 30/2004 se derogó el antiguo procedimiento de audiencias públicas de ese sector, presente en la Resolución ENRE N° 39/1994. Mientras que en el ámbito del Ente Nacional Regulador del Gas, se dictó la Resolución ENARGAS 3158/2005 mediante la cual se modificó el reglamento de audiencias públicas creado a partir de la Resolución ENARGAS N° 2756/2002, con el expreso propósito de ajustarlo a los lineamientos del reglamento general de audiencias públicas.

El Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios contaba con su propio régimen de audiencias públicas aprobado por Resolución ETOSS N° 140/95; sin embargo, tras su disolución su sucesor ERAS no dictó reglamento alguno, más allá de que la propia Ley N° 26.221 le encomienda al Ente Regulador la

El caso más paradigmático que surge, entre otras fuentes, de los marcos regulatorios mencionados es el requisito ineludible de audiencia pública para los casos de modificación de la tarifa, en pos de la defensa de los usuarios. Este requisito, exigido expresamente por la Ley en materia de gas y energía eléctrica, es en verdad de naturaleza constitucional y corresponde ser aplicado en todos los servicios privatizados, haya o no norma legal o reglamentaria que la requiera en el caso del servicio específico de que se trate⁴⁹⁸.

Más allá de previsiones legales expresas, con justeza se sostiene que la administración no está limitada a efectuar la audiencia pública únicamente en los casos preceptivamente impuestos por la ley o el reglamento, sino que tiene también la obligación de realizar audiencias públicas en todos los demás casos en que los efectos de la decisión excedan del caso particular y en que, objetivamente, sea necesario realizar el procedimiento para el ejercicio del derecho de defensa de los usuarios y afectados⁴⁹⁹.

Ahora bien, ¿cómo compatibilizamos a este instituto con la asamblea de asociados en una cooperativa prestadora de servicios públicos? No podemos negar las marcadas similitudes que existen entre ellos, a saber: en ambos procedimientos participan una pluralidad de usuarios, y en ambos procedimientos se debaten decisiones trascendentales para el desenvolvimiento del servicio público involucrado.

Ante esta perspectiva tenemos dos caminos: tratarlos de forma excluyente y suplementaria uno frente al otro; o bien, pugnar por una armonización e integralización de ambos institutos, de manera tal que coexistan en forma complementaria y mutua.

Esto último es, sin dudas, la vía correcta a seguir ante esta manifestación de duplicidad de regímenes.

Las audiencias públicas deben ser tramitadas con plena vigencia en el contexto de un servicio prestado por una cooperativa, máxime ante previsiones legales expresas y precisas como la fijación tarifaria, en especial teniendo en cuenta en cada caso si el tema corresponde a la esfera de competencia de la asamblea. La misma exigencia le

creación de un reglamento de audiencias públicas (art. 42), y se crea la figura del Defensor del Usuario para actuar en tales procedimientos (art. 54).

En el régimen de las telecomunicaciones puede verificarse la aplicación del régimen general, siendo que se aplicaba tiempo atrás la Resolución Secretaría de Comunicaciones N° 57/96, pero que a la postre fue reemplazado por el mentado Decreto Nacional.

⁴⁹⁸ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., pág. VI-27.

⁴⁹⁹ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., pág. XI-12.

cabe al tratamiento previo de asuntos que involucran a terceros no asociados⁵⁰⁰, y a asociados y no asociados respecto de medidas que alteren materias edilicias, urbanas y de seguridad pública⁵⁰¹.

Ahora bien, resulta prudente que en otras decisiones sólo baste el procedimiento cooperativo previsto en los artículos 47 a 62 de la Ley N° 20.337, atendiendo a razones de economía, celeridad y sencillez y en la medida que la decisión se enmarque en la esfera de competencia del órgano de gobierno de las cooperativas. Las asambleas de asociados también permiten mejorar la razonabilidad de las decisiones, formar un consenso acerca de ellas y dar transparencia a los procedimientos, con la ventaja de que las audiencias públicas tienen carácter consultivo no vinculante, en tanto que las asambleas de asociados sí son vinculantes⁵⁰².

A lo sumo, en los casos de democracia indirecta cooperativa⁵⁰³ corresponderá implementar una clara simplificación administrativa regulatoria para las cooperativas de servicios públicos, traducida en audiencias públicas prácticas, sencillas y simplificadas⁵⁰⁴.

VII.2.3. Otros Mecanismos de control externo: Fiscalización externa prevista por el art. 104 de la Ley N° 20.337

Al control o fiscalización orgánico externo específico en razón del objeto hace referencia el art. 104 de la Ley de Cooperativas, N° 20.337, texto que dice: “Las cooperativas que tengan a su cargo concesiones de servicios públicos, o permisos que signifiquen autorización exclusiva o preferencial, podrán ser fiscalizadas por la autoridad respectiva. Esta fiscalización se limitará a vigilar el cumplimiento de las condiciones de la concesión o el permiso y de las obligaciones estipuladas en favor del público. Los fiscalizadores podrán asistir a las reuniones del consejo de administración y a las asambleas y hacer constar en acta sus observaciones, debiendo informar a la autoridad respectiva sobre cualquier falta que advirtieran. Deben ejercer sus funciones cuidando de no entorpecer la regularidad de la administración y los servicios sociales”.

⁵⁰⁰ Por resultar ajenos al mecanismo intracooperativo de toma de decisiones.

⁵⁰¹ Por ejemplo, la instalación de transformadores eléctricos, la traza de un tendido de luz, la socavación para instalar un ducto de gas o agua.

⁵⁰² Ver al respecto Resolución General N° 4/2005, Ente Regulador de los Servicios Públicos de la Provincia de Córdoba.

⁵⁰³ Donde los que deciden en las asambleas son los delegados, previamente electos por el cuerpo de asociados en una votación distrital (conf. art. 50, Ley de Cooperativas argentina N° 20.337).

⁵⁰⁴ BERTOSI, Roberto F., *Servicios públicos...*, Ob. Cit., pág. 144.

La hermenéutica del precepto normativo deja entrever una clara limitación al control estatal del servicio público denotado por la formulación de potestades con carácter restrictivo. Así, el control podrá recaer sólo en la observancia de las obligaciones asumidas en el contrato de concesión del servicio público y de las garantías de los derechos de los usuarios no asociados.

Asimismo, se establece en forma expresa que la fiscalización no debe interferir con el funcionamiento regular de los órganos societarios cooperativos, ya sea en su faz estructural como en su faz dinámica en cumplimiento del objeto social (servicios sociales). De tal modo que las autoridades fiscalizadoras que representan al poder concedente les está vedado controlar la organización societaria de la cooperativa y su actuación (salvo que se refieran a la actividad concesionada).

En este sentido, la jurisprudencia se ha postulado porque la fiscalización de la comuna concedente debe enderezarse a la actividad específica y no a la organización societaria que la instrumenta, limitándose a vigilar el cumplimiento de las condiciones de la concesión y las obligaciones estipuladas a favor del público, cuidando de no entorpecer la regularidad de la administración y los servicios sociales⁵⁰⁵.

Como se habrá observado, “dado el carácter específico de esta fiscalización, sus funciones se distinguen de las que son propias del régimen de cooperativas y de los regímenes establecidos para determinadas actividades”⁵⁰⁶; sin embargo, en materia de control del servicio público por parte de las autoridades, sin duda, sobre las cooperativas recae mayor carga que sobre otro tipo de empresas.

En efecto, los fiscalizadores según las facultades que les habilita el precepto analizado pueden dejar constancia de las observaciones en las actas de las reuniones de los órganos sociales, en la medida que detectaran incumplimientos en la regulación del servicio, debiendo en su caso también informar a la autoridad respectiva sobre cualquier falta que hubieran advertido. Ello claramente refleja que la facultad prevista en la norma del art. 104 goza de su especificidad y se diferencia de las facultades de contralor, regulatorias y sancionatorias que se prevé para los entes reguladores u organismos descentralizados a cargo del control de la actividad, como así también se diferencian de las previstas por el art. 100⁵⁰⁷ de la Ley de Cooperativas para la

⁵⁰⁵ C. Fed. Apel. Bahía Blanca, 08/03/1985, “Asociación Sureña de Empresas de Pompas Funebres de la Provincia de Buenos Aires S/ Apelación Resolución de la Secretaría de Comercio”, *La Ley* 1986-A, pág. 629.

⁵⁰⁶ VERÓN, Alberto V. *Tratado de las...*, T. III, Ob. Cit., pág. 39 y sig.

⁵⁰⁷ El artículo 100 de la Ley de Cooperativas reza: “Son facultades inherentes a la fiscalización pública:

fiscalización cooperativa, pero ello no deja de ser otro mecanismo más de contralor de la actividad prestada por estas entidades.

Algunos autores han manifestado su descontento con la disposición del art. 104 de la Ley de Cooperativas en la medida que importa confundir las áreas de actividades de los organismos públicos, facultando a la actividad concedente a inmiscuirse en la vida interna de la cooperativa. Se indica al respecto que existe “una confusión absoluta de los planos de actividad de los organismos del estado y un criterio erróneo que le otorga a estos facultades sin límite que resultan violatorios de los principios constitucionales”⁵⁰⁸.

Este especial mecanismo de control previsto por la propia Ley de Cooperativas da muestra de que se deben armonizar los distintos regímenes, de modo tal de no sobrecargar los controles a estas entidades cuando en realidad debería reducirse el mismo, en función de la propia participación de los usuarios en el gobierno y destino de la entidad.

-
- 1°. Requerir la documentación que se estime necesaria;
 - 2°. Realizar investigaciones e inspecciones en las cooperativas, a cuyo efecto se podrá examinar sus libros y documentos y pedir informaciones a sus autoridades, funcionarios responsables, auditores, personal y terceros;
 - 3°. Asistir a las asambleas;
 - 4°. Convocar a asamblea cuando lo soliciten asociados cuyo número equivalga por lo menos al diez por ciento del total, salvo que el estatuto requiriera un porcentaje menor, si el consejo de administración no hubiese dado cumplimiento a las disposiciones estatutarias pertinentes en los plazos previstos por ellas o hubiera denegado infundadamente el pedido;
 - 5°. Convocar de oficio a asambleas cuando se constatarán irregularidades graves y se estimara la medida imprescindible para normalizar el funcionamiento de la cooperativa;
 - 6°. Impedir el uso indebido de la denominación 'cooperativa' de acuerdo con las previsiones de esta ley;
 - 7°. Formular denuncias ante las autoridades policiales o judiciales en los casos en que pudiera corresponder el ejercicio de la acción pública;
 - 8°. Hacer cumplir sus decisiones, a cuyo efecto se pondrá:
 - a) requerir el auxilio de la fuerza pública;
 - b) solicitar el allanamiento de domicilios y la clausura de locales;
 - c) pedir el secuestro de libros y documentación social;
 - 9°. Declarar irregulares e ineficaces, a los efectos administrativos, los actos a ella sometidos cuando sean contrarios a la ley, el estatuto o el reglamento. La declaración de irregularidad podrá importar el requerimiento de las medidas previstas en el inciso siguiente, sin perjuicio de las sanciones establecidas en el artículo 101;
 10. Solicitar al juez competente:
 - a) la suspensión de las resoluciones de los órganos sociales cuando fueran contrarias a la ley, el estatuto o el reglamento;
 - b) la intervención de la cooperativa cuando sus órganos realicen actos o incurran en omisiones que importen un riesgo grave para su existencia;
 11. Vigilar las operaciones de liquidación;
 12. Coordinar su labor con los organismos competentes por razón de materia;
 13. En general, velar por el estricto cumplimiento de las leyes en toda materia incluida en su ámbito, cuidando de no entorpecer la regular administración de las cooperativas”.

⁵⁰⁸ JUNYENT VÉLEZ, Francisco; BERTOSSI, Roberto F., *La cooperativa*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987, pág. 274.

Por ello sostenemos que frente a los controles a los que están sujetas las cooperativas prestadoras de servicios públicos, resulta innecesario este mecanismo adicional de contralor previsto por el art. 104 de la Ley de cooperativas. Ahora bien, de mantenerlo vigente justificaría con más razón flexibilizar el contralor del servicio que está en manos de los entes reguladores u organismos provinciales a su cargo, disponiendo al menos, la armonización e integración propuesta en el punto VII.2.1.

VII.3. Vías reclamatorias del asociado y/o usuario que tutelan sus derechos

En este apartado nos proponemos analizar las vías reclamatorias que tiene el asociado/usuario de una cooperativa de servicio público a los efectos de hacer valer los derechos que le asisten.

El punto en cuestión está en muchos casos relacionado con el control del servicio público en la medida que muchas de las vías que posee el asociado/usuario abren los canales al propio control por parte de los entes reguladores o entidades que realizan igual tarea.

Como veremos, el asociado/usuario de las cooperativas bajo estudio tiene varias opciones para reclamar por el servicio, sin embargo ninguna de las normas regulatorias en materia de servicio público, contemplan la doble condición del usuario/asociado, ni tienen en cuenta que la entidad que presta el servicio está conformada por los mismos usuarios para auto proveerse el mismo.

Creemos que se debe integrar y armonizar la normativa regulatoria del servicio público con la especial condición de la cooperativa prestataria conformada y gestionada democráticamente por los mismos usuarios y para ello proponemos la incorporación del agotamiento previo de la instancia societaria para que el asociado/usuario de la cooperativa recién pueda acceder a los canales reclamatorios previstos por las vías reglamentarias. Igual solución legal, entendemos que debe aplicarse para acceder a la vía del Defensor del Pueblo.

Con ello no solo se respetaría la propio condición del usuario como asociado a la cooperativa, sino también se evitarían situaciones perjudiciales, como sanciones o imposiciones disciplinarias, permitiendo que la propia entidad pueda corregir cualquier incumplimiento frente a un relamo en la instancia intrasocietaria, sorteando en muchos casos costos adicionales para la entidad y para el mismo usuario que deberá tener que soportarlas en su calidad de socio.

En lo que respecta a las vías instrumentales contempladas en la Ley de Defensa del Consumidor para hacer valer los derechos de los usuarios/consumidores previstas por esta normativa, habremos de señalar que tal como adelantáramos en el Capítulo I, la relación asociado/usuario/cooperativa no es una relación de consumo ya que no existen dos intereses contrapuestos, es decir el del proveedor y el del consumidor, por lo tanto somos partidarios que para armonizar la norma consumerista con la condición de la cooperativa, la Ley de Defensa del Consumidor debe contemplar la aplicación en subsidio de las normas que tutelan al usuario de servicios públicos, para el caso de que sea una cooperativa conformada por los mismos usuarios la prestadora. Si la Ley de Defensa del Consumidor se aplicara subsidiariamente a estas relaciones, también se aplicarían supletoriamente las vías instrumentales, debiendo disponerse de igual modo, el agotamiento de la instancia societaria para acceder a tales canales instrumentales.

Aunque consideramos importante que la normativa consumerista incorpore esta reforma, la armonización perseguida también podría lograrse a través de la construcción interpretativa que haga la propia doctrina y jurisprudencia, sobre la relación cooperativizada y las consecuencias sobre el régimen aplicable, cuestión que veremos en el capítulo siguiente.

También consideramos que una correcta integración de las normas consumeristas con la condición de estas cooperativas, exigiría que se prevea la posibilidad de que en la instancia administrativa o judicial se pueda aplicar un régimen más moderado de sanciones para el caso de que la prestataria fuera una cooperativa. Ello así teniendo en cuenta que la sanción repercutirá sobre el propio asociado/usuario. Del mismo modo, creemos que debemos hacer una integración normativa para el caso de acciones colectivas iniciadas por asociaciones de consumidores ya que es contrario al fin tuitivo de la norma de defensa del consumidor que quien deba afrontar una condena en el marco de este tipo de acción, sea el mismo asociado/usuario beneficiario de la condena. No es el caso de acciones individuales, donde el conjunto de asociados a través de la cooperativa hace frente al resarcimiento de un daño ocasionado a uno de los usuarios/asociado.

Por último analizaremos las vías internas que tiene el asociado/usuario para reclamar sobre condiciones del servicio y en su caso, si ella es efectiva.

VII.3.1. Vías reglamentarias

Cuando el problema gira en torno a las prestaciones propiamente dichas (deficiencias en el servicio público, inaccesibilidad, etc.) o a cuestiones directamente relacionadas con la prestación (tarifas y facturación, instalaciones, etc.) el asociado usuario tiene actualmente la vía reclamatoria (administrativa) y la vía judicial a su alcance.

Por supuesto que las alternativas varían en función al tipo de servicio y al lugar en donde esté asentado el mismo. En efecto, tales variables tienen incidencia directa en la jurisdicción normativa y orgánica aplicable⁵⁰⁹, como ya lo hemos manifestado en el Capítulo V del presente trabajo.

De cualquier modo, en pos de clarificar la exposición diremos que el asociado/usuario puede recurrir a la vía administrativa (sea Ente Regulador nacional o provincial, sea autoridad orgánica provincial o municipal) y asentar su reclamo, el cual, dependiendo de la regulación vigente, podrá tener carácter de denuncia, o en otro extremo, dar inicio a un procedimiento administrativo de índole jurisdiccional⁵¹⁰. O si lo desea, el asociado/usuario puede acudir a la vía judicial en todo momento⁵¹¹, salvo algunas excepciones⁵¹².

En el primer supuesto, esto es, el simple reclamo vertido en sede administrativa, el asociado/usuario tiene acotada su actuación a la mera denuncia o queja ante la autoridad competente, quien deberá iniciar las investigaciones que correspondan. Es decir, el asociado/usuario obra como un catalizador, tras lo cual el órgano o ente a cargo del control del servicio, en ejercicio del poder de policía, podrá apereibir, aplicar multas o decretar la caducidad de la concesión o licencia en casos de incumplimientos extremos, luego de tramitado el respectivo expediente administrativo, dentro del cual el asociado/usuario no es parte⁵¹³. Cabe agregar al respecto que en todo momento tiene el asociado/usuario la vía judicial a su alcance, siempre que exista caso, causa o controversia; asimismo, si bien el asociado/usuario no cuenta con

⁵⁰⁹ Recordemos que en materia de gas, la jurisdicción es eminentemente nacional; mientras que en aguas, predomina cada uno de los Estados provinciales. Y en cuestión territorial, los servicios prestados en la Ciudad de Buenos Aires y alrededores son de exclusiva o semi-exclusiva competencia nacional.

⁵¹⁰ Tal es el caso de los procedimientos regulados por las leyes marco de electricidad y gas (arts. 71 a 76, Ley N° 24.065, y arts. 65 a 70 Ley N° 24.076).

⁵¹¹ Máxime si se acude a la vía de la acción de amparo ante situaciones que así lo admitan.

⁵¹² Ver en lo sucesivo el caso del Régimen del Gas.

⁵¹³ En algunos supuestos especiales, el usuario es convocado a una audiencia pública dentro del procedimiento sancionatorio en forma previa a que la autoridad se pronuncie en forma definitiva (ver arts. 73 Ley N° 24.065, y 67 Ley N° 24.076).

herramientas efectivas⁵¹⁴ para compeler a la autoridad competente a cumplir con su deber de control, en caso de generarse un daño cierto imputable a la falta de control, podría llegar a presentarse un supuesto de responsabilidad del Estado por omisión⁵¹⁵.

Respecto de los reclamos que dan inicio a las tramitaciones administrativas de naturaleza jurisdiccional seguidas ante los entes reguladores nacionales, el encuadre es distinto⁵¹⁶. En el supuesto anterior el foco estaba puesto en los incumplimientos de la prestataria frente al Estado concedente, y tienen su registro normativo fundamentalmente en el contrato de concesión o licencia; allí el usuario reviste un papel secundario. Ahora bien, ante afectaciones concretas a los derechos de un asociado/usuario en particular, siempre originados en la prestación del servicio⁵¹⁷, éste puede plantear su reclamo específico frente al prestador del servicio público, siendo un

⁵¹⁴ Si bien los artículos 75, Ley N° 24.065, y 69, Ley N° 24.076 parecieran indicar lo contrario, lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia han emparentado el reclamo administrativo y la acción judicial que surge de tales preceptos normativos a vías de responsabilidad de los entes y sus directores, exigiendo la presencia de un daño cierto en cabeza de quien reclama o demanda. De allí que reclamar administrativa o judicialmente la falta de control como una circunstancia en abstracto, es decir, sin acreditarse un derecho afectado, hoy por hoy, no resulta viable. Ver al respecto: BIANCHI, Alberto B., “La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control”, *La Ley*, 2000-D, pág. 534, fallo comentado: C. N. Cont. Adm. Fed., sala II, “Transportes Río de la Plata S. A. c/ Secretaría de Hacienda y otro”, de fecha 01/06/2000; BARREIRO, Rubén A., *Derecho de la energía ...*, Ob. Cit., págs. 815 y sigs.

⁵¹⁵ UEZ, Román A., “Entes reguladores de los servicios públicos domiciliarios. Responsabilidad del Estado por la omisión de la actividad de control”, *La Ley*, 1999-C, pág. 1054.

⁵¹⁶ Es necesario reconocer que, en el ámbito de actuación del Ente Regulador de la Electricidad, existe el riesgo cierto de confundir o superponer las funciones “jurisdiccional” y “sancionatoria” del organismo. Creemos que ello se debe a la multiplicidad de funciones y cometidos atribuidos a ese Ente, que determina que el organismo tenga simultáneamente: i) la facultad de “controlar” el cumplimiento de las obligaciones debidas por la distribuidora al usuario, en los términos del contrato de concesión (junto con la correlativa potestad de sancionar esos incumplimientos); y ii) la competencia para resolver las “controversias” que se susciten entre esa misma distribuidora y ese mismo usuario (controversias que, naturalmente, se habrán suscitado en el marco de la relación jurídica de servicio público que se establece entre ambas partes, regida por el contrato de concesión).

En este contexto, nos preguntamos si la pretensión o el reclamo de un usuario, consistente en que se aplique a la distribuidora una sanción por el incumplimiento de su contrato de concesión, puede dar lugar a una verdadera “controversia” entre el usuario y la distribuidora, del tipo que suscita la “competencia jurisdiccional” del Ente Regulador.

A partir del concepto que hemos expuesto de “actividad jurisdiccional” (que implica decidir “con fuerza de verdad legal” una controversia entre terceros), y asumiendo que la potestad sancionatoria es la que permite a la Administración (en este caso, el ente regulador) aplicar penalidades por incumplimientos al contrato de concesión, pensamos que en cada caso deberá determinarse previamente el contenido de la pretensión esgrimida por quien aspira a recurrir a la instancia “jurisdiccional” del Ente: si esa pretensión se concreta en la aplicación de una “sanción”, no cabrá ya caracterizar a ese procedimiento (ni a esa pretensión) como “jurisdiccional” sino como “sancionatorio”, y su resultado será —en caso de prosperar la solicitud del usuario— una “sanción”. (DURAND, Julio C., “La especialidad de las normas del procedimiento jurisdiccional ante los entes reguladores”, *Jurisprudencia Argentina* 2006-III-1.108, 30/8/2006).

⁵¹⁷ BOULLAUDE, Gustavo, “La competencia de los entes reguladores de los servicios públicos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sus límites”, *Jurisprudencia Argentina* 2005-III, Fascículo 9º, Buenos Aires, 2005, pág. 21.

actor principal en el procedimiento que tiene ahora a la autoridad competente como un tercero juzgador.

Allí sí el asociado/usuario participa del expediente administrativo como parte enfrentada al prestador del servicio, sometiendo el conflicto a resolución del organismo público. Debemos observar que este procedimiento administrativo acaba con el dictado de un acto por parte del ente regulador poniendo fin al litigio, bajo ciertos contornos constitucionales⁵¹⁸, existiendo vías judiciales para el usuario disconforme ante las cuales se puede impugnar y someter a conocimiento del Poder Judicial con amplio debate y prueba las circunstancias fácticas y jurídicas que sustenten el reclamo⁵¹⁹, a pesar de viejos dogmas que envuelven los llamados “recursos directos”⁵²⁰.

A nivel nacional, la resolución de conflictos entre un usuario y el prestador seguida por un ente regulador tiene sus ejemplos resonantes en los regímenes de la energía eléctrica y el gas.

En el primero de ellos, de acuerdo al artículo 72 de la Ley N° 24.065, “Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente”. Ahora bien, “Es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente”. De lo que se sigue, el usuario puede bien entablar el reclamo ante la justicia, o bien optar por la vía administrativa ante el ENRE. Huelga aclarar que dichas vías son excluyentes, es decir, iniciada una de ellas automáticamente veda el empleo de la que no fuera escogida. Por supuesto que, recaído el acto definitivo que pone punto final a la controversia, el usuario podrá ocurrir a sede judicial en los términos y cumpliendo los requisitos que en aquella ley se establece para el recurso directo allí previsto. Advertimos que el modelo nacional en lo que respecta a la resolución de los conflictos

⁵¹⁸ Ampliar en: CANOSA, Armando N., "El caso 'Ángel Estrada' y las deficiencias en el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos", *Jurisprudencia Argentina* 2005-III-1101; HUICI, Héctor, "El caso 'Estrada'. Diversas proyecciones en materia de servicios públicos", *Jurisprudencia Argentina* 2005-III-1118; ABERASTURY, Pedro, "La decisión de controversias del derecho común por parte de tribunales administrativos", *Jurisprudencia Argentina* 2005-III-1069; BUDASSI, Iván F., "Responsabilidad de los concesionarios: ¿derecho común?", *Jurisprudencia Argentina* 2005-III-1094.

⁵¹⁹ CSJN, fallos 247:646; 328:651.

⁵²⁰ DEL RIO, María M., “Recursos directos contra las resoluciones del ENRE y ENARGAS”, *El Derecho*, 182-1437.

entre un usuario y un prestador, se ve en la generalidad de los casos replicado en las regulaciones provinciales, ya que como hemos venido estudiando este servicio público corresponde a la esfera de competencia provincial. De tal modo que, normalmente es este último el mecanismo que utiliza el asociado/usuario de una cooperativa.

El régimen de gas presenta un esquema similar aunque con una única diferencia sustancial. El artículo 66 de la Ley N° 24.076 establece que “Toda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas, deberán ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente”. A diferencia del régimen de la energía eléctrica, aquí el asociado/usuario (ello así porque el servicio de gas es de competencia nacional) estará obligado a concurrir a la vía administrativa jurisdiccional del ENARGAS, pudiendo luego acudir ante el juez competente para cuestionar la decisión del ente.

Es de destacar que quedan fuera de la órbita de los entes reguladores toda controversia que contenga una pretensión indemnizatoria por parte del asociado/usuario que tenga su fuente en el derecho común, pues la especialidad técnica del ente no tiene razón de ser y se estarían invadiendo atribuciones inherentes al Poder Judicial⁵²¹.

Finalmente, al usuario le asiste el derecho a la tutela judicial efectiva⁵²², por lo que ante cualquier violación o amenaza a sus derechos tiene las vías ordinarias judiciales expeditas para el restablecimiento de aquellos derechos afectados y/o su eventual reparación.

VII.3.2. Defensoría del Pueblo

Podemos completar el cuadro de control orgánico externo de los servicios públicos con el Defensor del Pueblo⁵²³, que si bien fue concebido originariamente para

⁵²¹ Por ello los pleitos entre concesionarios y usuarios seguirían siendo remitidos por principio al fuero civil o comercial, salvo que se cuestionen en forma directa los marcos regulatorios (BUDASSI, Iván, “Responsabilidad de los ...”, Ob. Cit., pág. 32/33). Esta es parte de la doctrina que se recoge del *leading case* CSJN “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resolución 71/96-Sec. Ener. y Puertos s/ Recurso Extraordinario”, Fallos: 328:651, de fecha 5/4/2005, en especial, lo que surge de los considerandos 9° y 16° de la mayoría.

⁵²² Reconocida en la Constitución Nacional argentina a partir de los arts. 18 y 75 inc. 22.

⁵²³ La Constitución Nacional argentina ha acogido positivamente la figura a partir de la reforma de 1994, incluyéndola en su artículo 86.

controlar la legalidad de los actos de la Administración Pública, hoy en día su legitimación no sólo se ha visto ampliada en cuanto al objeto de control⁵²⁴, sino también respecto de los sujetos que participan en actividades reguladas por el derecho público⁵²⁵.

El defensor del pueblo tiene la función de controlar la aplicación de las leyes por parte de la Administración Pública y supervisar la eficacia en la prestación de los servicios públicos⁵²⁶, todo ello dentro del marco general de tutela y protección de los derechos de incidencia colectiva y los derechos humanos en general.

El control amplio que le otorga la Constitución Nacional abarca no sólo la intervención directa judicial o extrajudicial ante los sujetos concesionarios de servicios públicos privatizados, sino también antes alcanza a la fiscalización del funcionamiento regular de los entes reguladores y demás órganos de la administración que tienen como misión especial el control de dichos servicios⁵²⁷.

En el marco del derecho público provincial, la institución ha sido receptada constitucionalmente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias de Chaco, Corrientes, Formosa, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán⁵²⁸.

⁵²⁴ Hoy en día el ámbito de control se ha ampliado en forma irrestricta a la protección integral de los derechos humanos, constituyéndose en un órgano permanente de garantías constitucionales y convencionales. Para más detalles, ver: PIERINI, Alicia, "La Defensoría del Pueblo, órgano constitucional de garantías", Revista *Buenos Aires-crónicas de la ciudad abierta*, 2003/2004, Vol. 3, N° 14; MAIORANO, Jorge L., "El Ombudsman: una historia de 200 años y más...", publicado en la *Revista de Derecho Administrativo* en homenaje al Dr. Miguel Santiago Marienhoff, N° 66, año 2009, y en

http://www.jorgeluismaiorano.com/~jorgelui/index.php?option=com_content&view=article&id=776:366-&catid=53:articulos-de-doctrina&Itemid=65 (recurso consultado el 02/05/2013).

⁵²⁵ ROSSI, Alejandro, "El Defensor del Pueblo y el Control de los servicios públicos privatizados", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*, N° 228, Buenos Aires, 1997, pág. 79; el Defensor del Pueblo de la Nación, al igual que instituciones análogas en las provincias, cuenta con una sección dedicada al tema: <http://www.dpn.gov.ar/areas.php?cl=28> (recurso consultado el 28/11/2014).

⁵²⁶ MAYOR, Armando, "Órganos de control y auxiliares", en AA.VV, *Derecho Público Provincial*, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 602.

⁵²⁷ Respecto a las potestades que le acuerda el art. 86 C.N al Defensor del Pueblo de la Nación, GORDILLO sostiene que: "Por una cuestión de *Realpolitik* o política práctica, su más definido campo de actuación son los servicios nacionales privatizados y su medio casi natural de canalizar observaciones, críticas, reclamos, habrán de ser los entes reguladores o de control, incluyendo la administración central cuando dicta medidas al respecto. En cada informe público anual que haga, envíe al Congreso y publique, una parte sustancial lo habrán de ocupar las actividades de estos entes y las suyas propias sobre ellos y sus respectivos controlados." (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, T. I, Ob. Cit., pág. XV-42).

⁵²⁸ MAYOR, Armando, "Órganos de control...", Ob. Cit., pág. 593/594; ROCHA PEREYRA, Gerónimo, "La legitimación del defensor del pueblo de la Nación", en AA.VV, *Procedimiento y proceso administrativo*, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, Pág. 528.

Tanto a nivel nacional⁵²⁹ como provincial⁵³⁰, y también municipal⁵³¹, se vislumbra un procedimiento con rasgos análogos. Así, cualquier persona tiene derecho a presentarse ante el Defensor del Pueblo competente e ingresar una queja o denuncia, tras lo cual se dará inicio a una investigación por parte del organismo de la cual puede llegar a derivar, de verificarse una actuación u omisión irregular y/o que afecte derechos de incidencia colectiva, en una recomendación o exigencia a los sujetos públicos o privados, e incluso se puede arribar a la intervención como sujeto activo en procesos judiciales destinados a salvaguardar los derechos colectivos vulnerados⁵³².

De lo dicho se infiere que el asociado/usuario puede ver solucionado su inconveniente con la prestadora en la medida en que aquel verse sobre un aspecto general del servicio, que afecte al colectivo indeterminado de usuarios. De ninguna manera el Defensor del Pueblo puede constituirse en protector de derechos individuales.

VII.3.3. Vías Instrumentales previstas por la Ley de Defensa del Consumidor

VII.3.3.1. Tutela Administrativa

La Autoridad Nacional de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor es la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción.

Por su parte, quienes ejercen el control, vigilancia y juzgamiento de la Ley de Defensa del Consumidor y sus normas reglamentarias en la ciudad de Buenos Aires y en las provincias argentinas son las autoridades locales.

⁵²⁹ Ver al respecto Título II, Ley Nacional N° 24.284 y su modificatoria, Ley N° 24.379.

⁵³⁰ Tomando como caso testigo a la Provincia de Córdoba, que consagra el instituto en el artículo 124 de la Constitución local, cabe remitirse a la lectura de los artículos 11 a 18 de la Ley Provincial N° 7.741.

⁵³¹ Por ejemplo, ver Capítulo II y III de la Ordenanza Municipal N° 8316/98 de la ciudad de Neuquén, que reglamenta el ámbito de actuación, funciones y procedimientos de la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Neuquén.

⁵³² Sobre la legitimación procesal formal y sustantiva del Defensor del Pueblo de la Nación, ver: MAIORANO, Jorge L., “La legitimación del Defensor del Pueblo para cuestionar judicialmente las decisiones de la administración”, *Revista de Derecho Público*, N° 2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2010, pág. 11; ROCHA PEREYRA, Gerónimo, “La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación”, en AA.VV, *Proceso y Procedimiento Administrativo*, Ed. Lexis-Nexis-UCA, Buenos Aires, 2005.

Las provincias pueden delegar sus facultades en los municipios⁵³³ siempre que cada provincia regule las funciones, coordine y fiscalice centralizadamente.

El consumidor/usuario puede optar por interponer el reclamo ante la Autoridad de aplicación Nacional y/o ante la autoridad local o en su caso municipal, sin embargo, como indica la doctrina⁵³⁴ si se iniciaran sumarios en varias jurisdicciones sería procedente una excepción de litispendencia y en su caso, remitir todas las actuaciones a quien haya actuado en primer término o a la Autoridad de aplicación Nacional para evitar un doble juzgamiento. Ello, sin perjuicio de que se debe respetar la jurisdicción provincial cuando el hecho resulte de su exclusiva competencia.

El procedimiento administrativo contempla tres mecanismos de tutela de los derechos afectados: a) Mediación de las relaciones de consumo; b) Aplicación de sanciones al infractor, y c) Determinación del daño directo.

a) Mediación en las relaciones de consumo

En lo que respecta a la Mediación en las relaciones de consumo, la nueva reforma a la Ley Nacional de Defensa del Consumidor y usuario N° 24.240 por la Ley N° 26.993 contempla en el ámbito de la Autoridad de aplicación Nacional, una instancia de mediación obligatoria.

A tales efectos la mencionada reforma crea el Servicio de conciliación previa en las relaciones de consumo (COPREC)⁵³⁵, que intervendrá en los reclamos cuyo monto no exceda de 55 salarios mínimos vitales y móviles⁵³⁶.

⁵³³ La mención expresa de la facultad delegatoria a favor de los municipios fue extraída de la Ley N° 24.240 con la reforma de la Ley N° 26.361 pero ello de ningún modo significa que se encuentre vedado ya que los municipios no solo tienen la facultad sino el deber de velar por la protección de los consumidores. FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y usuario, Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, pág. 501.

⁵³⁴ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La reforma a la ley de defensa del consumidor. Autoridad de aplicación y sumario administrativo” en *Reforma a la ley de defensa del consumidor*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 148.

⁵³⁵ El art. 1° de la Ley dice: “Créase el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) que funcionará en el ámbito de la autoridad de aplicación. El COPREC actuará a nivel nacional mediante su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las dependencias, delegaciones u oficinas fijas o móviles que se establezcan en el resto del país. El Poder Ejecutivo nacional designará la autoridad de aplicación del presente Título con facultades para dictar las normas de aplicación o interpretación”.

⁵³⁶ El art. 2° del cuerpo legal reza: “El COPREC intervendrá en los reclamos de derechos individuales de consumidores o usuarios, que versen sobre conflictos en las relaciones de consumo, cuyo monto no exceda de un valor equivalente al de cincuenta y cinco (55) Salarios Mínimos, Vitales y Móviles. La intervención del COPREC tendrá carácter previo y obligatorio al reclamo ante la Auditoría en las Relaciones de Consumo o, en su caso, a la demanda ante la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo de conformidad con lo establecido en la presente ley. Las relaciones de consumo referidas en

La competencia del COPREC se determina por el lugar de consumo o uso, por el de celebración del contrato, por el proveedor o prestador o por el domicilio de la citada en garantía, a elección del consumidor o usuario⁵³⁷.

El procedimiento es gratuito para el consumidor/usuario⁵³⁸ y si se arribare a un acuerdo el mismo será sometido a homologación de la Autoridad de aplicación y será homologado siempre y cuando el mismo implique justa composición de derechos⁵³⁹.

En el caso de que se produzca un incumplimiento del acuerdo conciliatorio, el infractor será pasible de sanciones sin perjuicio de que se pueda demandar la ejecución de lo convenido⁵⁴⁰.

b) Aplicación de sanciones al infractor

El artículo 45 de la Ley N° 24.240, modificado por la Ley N° 26.993, prevé la intervención de la Autoridad Nacional de aplicación⁵⁴¹, sea de oficio, sea por denuncia particular, o incluso por comunicación de otras autoridades públicas, para la aplicación de las sanciones previstas en la ley, previa tramitación de las actuaciones

el párrafo primero son las regidas por la Ley 24.240 y sus modificatorias. En los supuestos de relaciones de consumo reguladas por otras normas, el consumidor o usuario podrá presentar su reclamo ante el COPREC o ante la autoridad instituida por la legislación específica”.

⁵³⁷ De conformidad al art. 5° de la Ley N° 26.993.

⁵³⁸ De acuerdo al art. 3°, titulado “Gratuidad a favor del consumidor o usuario”, “El procedimiento ante el COPREC será gratuito para el consumidor o usuario en los casos previstos en el inciso a) del artículo 7°”, es decir, en los casos en que el conciliador es designado “Por sorteo que efectuará el COPREC de entre los inscriptos en el registro indicado en el artículo 4° de la presente ley, habilitados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos como Conciliadores de Consumo”.

⁵³⁹ Dice el art. 12: “Si se arribare a un acuerdo, en un plazo de cinco (5) días se lo someterá a la homologación de la autoridad de aplicación, la que la otorgará siempre que entienda que el acuerdo implica una justa composición del derecho y los intereses de las partes. Será un requisito indispensable para la homologación del acuerdo, que el mismo establezca un plazo para su cumplimiento”.

⁵⁴⁰ El art. 19 prescribe: “Ante el incumplimiento de un acuerdo celebrado en el COPREC y homologado por la autoridad de aplicación, serán aplicables al proveedor o prestador inobservante las disposiciones establecidas por el artículo 46 de la Ley 24.240 y sus modificatorias”. Esta última norma establece que “El incumplimiento de los acuerdos conciliatorios se considerará violación a esta ley. En tal caso, el infractor será pasible de las sanciones establecidas en la presente, sin perjuicio del cumplimiento imperativo de las obligaciones que las partes hubieran acordado”; dichas sanciones están especificadas en el artículo que le sigue a continuación —art. 47, Ley N° 24.240—, y ellas son el apercibimiento, la multa, el decomiso de bienes, clausura de establecimiento o suspensión de servicio, suspensión de registro de proveedores del Estado, y pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales. Cada una de ellas serán tratadas en forma breve en el punto subsiguiente del presente trabajo.

Asimismo, de conformidad a lo dispuesto en el art. 18 de la Ley N° 26.993, “Los acuerdos celebrados en el COPREC y homologados por la autoridad de aplicación serán ejecutables ante la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo, de conformidad con el artículo 500, inciso 1, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”.

⁵⁴¹ Se trata de la Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Economía y Producción, en todo de acuerdo al art. 41 de la Ley N° 24.240 actualizada.

administrativas en la cual se le dé debida intervención al imputado para ejercer su defensa, pudiendo volcar su descargo y ofrecer la prueba que considere pertinente siempre que no resulte inconducente o meramente dilatoria.

Como efecto disuasivo de conductas atentatorias contra los derechos del consumidor, la Ley N° 24.240 prevé la posibilidad de que la Autoridad de aplicación pueda aplicar las siguientes sanciones⁵⁴², conforme se desprende del artículo 47⁵⁴³:

- **Apercibimiento:** la sanción bajo análisis es la más leve y prevé que el proveedor cese en su conducta violatoria de las normas consumeristas.
- **Multa:** La disposición legal establece que la multa que puede imponer la Autoridad puede ser establecida entre un mínimo de \$100 a un máximo \$5.000.000, ello teniendo en cuenta el tipo de infracción.
- **Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta días:** la clausura del establecimiento esta prevista como sanción cualquiera sea la actividad que desarrolle la empresa. La suspensión del servicio es otro tipo de sanción que puede ir acompañada de la clausura pero no necesariamente.

⁵⁴² Se analizarán solo las sanciones que por la naturaleza de la prestación podrían ser pasibles de ser aplicadas a las cooperativas prestadoras de servicios públicos. Así no abordaremos el decomiso de mercaderías o productos objeto de la infracción y la suspensión en los registros de proveedores del Estado, ya que resulta de difícil aplicación en virtud del objeto de la prestación.

⁵⁴³ Dice el art. 47 de la Ley N° 24.240: “Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso:

a) **Apercibimiento.**

b) **Multa de PESOS CIEN (\$ 100) a PESOS CINCO MILLONES (\$ 5.000.000).**

c) **Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción.**

d) **Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta TREINTA (30) días.**

e) **Suspensión de hasta CINCO (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado.**

f) **La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.** En todos los casos, el infractor publicará o la autoridad de aplicación podrá publicar a costa del infractor, conforme el criterio por ésta indicado, la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, el tipo de infracción cometida y la sanción aplicada, en un diario de gran circulación en el lugar donde aquélla se cometió y que la autoridad de aplicación indique. En caso que el infractor desarrolle la actividad por la que fue sancionado en más de una jurisdicción, la autoridad de aplicación podrá ordenar que la publicación se realice en un diario de gran circulación en el país y en uno de cada jurisdicción donde aquél actuare. Cuando la pena aplicada fuere de apercibimiento, la autoridad de aplicación podrá dispensar su publicación. El CINCUENTA POR CIENTO (50%) del monto percibido en concepto de multas y otras penalidades impuestas por la autoridad de aplicación conforme el presente artículo será asignado a un fondo especial destinado a cumplir con los fines del Capítulo XVI —EDUCACION AL CONSUMIDOR— de la presente ley y demás actividades que se realicen para la ejecución de políticas de consumo, conforme lo previsto en el artículo 43, inciso a) de la misma. El fondo será administrado por la autoridad nacional de aplicación”.

- Pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare: si bien estas sanciones son de carácter extremo, podríamos decir que atento a las características del servicio que prestan las cooperativas bajo estudio, son las más vinculadas a la actividad que éstas desarrollan.

En el supuesto que la Autoridad de aplicación sancionara con la pérdida de la concesión, deberá notificarlo al Organismo de contralor del servicio público y coordinar con éste para evitar perjuicios mayores para el interés de la comunidad.

Además de la sanción que pueda aplicar la Autoridad de aplicación, el mismo artículo citado prevé que cualquiera sea la sanción dispuesta, el infractor deberá publicar, en un diario de gran circulación, a su costa, salvo que lo haga la propia Autoridad sujeto a reintegro por parte del infractor. Deberá especificarse la sanción a la que fue sometida, la infracción cometida, la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron.

Dicha publicación por parte de quien resulta condenado por violación de la normativa consumerista no implica una doble sanción⁵⁴⁴, sino una sanción accesoria a fin de poner en conocimiento del público de la infracción cometida y en su caso procurar disuadir conductas.

La graduación de la sanción tendrá en cuenta el perjuicio, la posición del infractor en el mercado, la cuantía del beneficio obtenido por el infractor, el grado de intencionalidad del infractor, la reincidencia de la infracción o de otro tipo de sanción de naturaleza similar y las demás circunstancias relevantes del hecho⁵⁴⁵.

c) Determinación del daño directo

La reforma de la Ley N° 24.240 por la Ley N° 26.361 permitió que en el marco del proceso administrativo la Autoridad de aplicación pudiera determinar la existencia de daño directo que hubiera sufrido el consumidor y obligarlo a resarcirlo.

⁵⁴⁴ C.N. C.Adm. Fed. , “Fronth S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones”, Sala I, 13/07/1999, *La Ley*, 1999-E-468.

⁵⁴⁵ Conf. art. 49, Ley N° 24.240.

Se entiende por daño directo todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador del servicio.

Es muy cuestionable que un órgano administrativo pueda establecer un resarcimiento aun cuando éste se encuentre limitado al daño directo, de allí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un “caso Líder”⁵⁴⁶ ha negado la posibilidad de que un ente administrativo resuelva la procedencia de un resarcimiento a los usuarios por parte de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios.

A pesar de ello la nueva reforma a la Ley del Consumidor, Ley N° 26.993 mantiene las facultades de determinación del daño directo en cabeza del órgano administrativo. Sin embargo, dispone de más recaudos para habilitar a la Autoridad de aplicación a disponer el resarcimiento.

En efecto, la nueva redacción del art. 40 bis⁵⁴⁷ dispone esta facultad puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: “a) La norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico teniendo en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) Estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas, y c) Sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente”.

A su vez en el ámbito de la Autoridad de aplicación nacional, la nueva Ley N° 26.993 crea la figura del Auditor en las relaciones de consumo, quien entenderá entre otras cosas, en las controversias que versen sobre la responsabilidad por daño directo,

⁵⁴⁶ CSJN, Fallos: 328:651, in re: “Angel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos”, del 5/4/2005.

⁵⁴⁷ Dice el citado artículo: “El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos:

a) La norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) Estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c) Sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales”.

promovidas por consumidores o usuarios, hasta un equivalente al valor de quince salarios mínimos vitales y móviles.

De allí que la ley⁵⁴⁸ exija para ser Auditor en las relaciones de consumo: a) Ser mayor de 25 años de edad; b) Contar con título de abogado; c) Poseer suficientes antecedentes e idoneidad para ejercer el cargo, acreditados de modo fehaciente; d) contar con más de (4) años de ejercicio de la profesión; e) No estar incurso en ninguno de los impedimentos establecidos para la designación de los funcionarios de la Administración Pública Nacional. .

Por último es importante resaltar que la Ley N° 26.993 al modificar el art. 40 bis resulta incongruente porque, a la vez que establece un tope en la competencia del Auditor para entender en los reclamos que versen hasta quince salarios mínimos vitales y móviles, elimina el tope indemnizatorio que puede determinar la Autoridad de aplicación local, quien podrá dispensar obligaciones sin tope⁵⁴⁹.

VII.3.3.2. Vía Judicial de tutela de los derechos

El consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados.

Si el accionante pretendiera interponer la demanda ante la Justicia en las relaciones de consumo (fuero nacional creado por la nueva Ley N° 26.993) la disposición del art. 50, 2do párrafo⁵⁵⁰, exige que previamente se agote de manera obligatoria la instancia conciliatoria ante el COPREC.

⁵⁴⁸ El art. 23 de la Ley N° 26.993 indica como requisitos para ser designado Auditor en las Relaciones de Consumo los siguientes:

- a) Ser mayor de veinticinco (25) años de edad;
- b) Contar con título de abogado;
- c) Poseer suficientes antecedentes e idoneidad para ejercer el cargo, acreditados de modo fehaciente;
- d) Contar con más de cuatro (4) años en el ejercicio de la profesión;
- e) No estar incurso en ninguno de los impedimentos establecidos para la designación de los funcionarios de la Administración Pública Nacional.

El Auditor en las Relaciones de Consumo tendrá dedicación exclusiva durante el desempeño de sus funciones, encontrándose alcanzado, en lo pertinente, por el régimen de incompatibilidades establecidas para los funcionarios de la Administración Pública Nacional.

⁵⁴⁹ GROSSO, Claudio P., “Aproximación a un análisis crítico de la Ley 26.993 para resolución de conflictos en materia de relaciones de consumo”, *El Derecho*, ejemplar del 24 de septiembre de 2014, pág. 2.

⁵⁵⁰ Dice el texto de la norma citada que “En las causas regidas por este Título será competente el juez del lugar del consumo o uso, el de celebración del contrato, el del proveedor o prestador o el del domicilio de la citada en garantía, a elección del consumidor o usuario. El demandante deberá acreditar el cumplimiento de la instancia previa de conciliación establecida en el Título I de la presente ley”.

Sin embargo, como el art. 52 de la Ley N° 24.240⁵⁵¹ no fue modificado, el consumidor o usuario podrá promover actuaciones administrativas ante la Autoridad de aplicación local antes, simultáneamente o después de acceder a la Justicia, cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. Entendemos que prima esta última norma por aplicación del principio de norma más favorable al consumidor, y del principio *pro actione*.

El consumidor o usuario podrá petitionar al Juez además de una reparación integral del daño, una multa civil, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y las circunstancias del caso, no pudiendo superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, es decir \$55.000.000⁵⁵².

El daño punitivo previsto en la ley consumerista tiene como objetivo castigar al demandado gravemente cuando la infracción así lo exija y disuadir conductas similares en el futuro.

VII.3.3.3. Arbitraje de consumo: Particularidades que dispone la Ley N° 24.240 y sus modificaciones

El art. 59 de la Ley N° 24.240, modificado en el caso por la Ley N° 26.261, incorporó como alternativa de solución de conflictos entre empresarios y consumidores al arbitraje de consumo.

La disposición en cuestión indica que “La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho común, según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que ingresen estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias propongan las asociaciones de consumidores o usuarios y las cámaras empresarias...”.

Como se advierte del texto transcrito, la creación de los tribunales arbitrales es una atribución que le encomienda la ley a la Autoridad de aplicación. Es facultativo tanto de la Autoridad nacional como de las provinciales propiciar su constitución.

⁵⁵¹ El primer párrafo del art. 52 de la Ley N° 24.240, en su redacción actual, manifiesta que “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados”. Es decir, no establece condicionamiento alguno al acceso de la vía judicial, resultando procedente en todo momento.

⁵⁵² FARINA, Juan M., *Defensa del...*, Ob, Cit., pág. 564.

En el ámbito de la Autoridad Nacional⁵⁵³ se creó el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo como medio alternativo para resolver los conflictos que se susciten entre proveedores y consumidores.

El decreto que puso en vigencia este sistema tiene solo alcance nacional y podrá ser aplicable a las provincias en la medida que estas adhieran al sistema. Si deciden no adherir a este sistema, las provincias deberán organizar sus propios sistemas de arbitraje, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 59 ya transcrito.

El arbitraje de consumo participa de las demás caracteres del arbitraje general, es decir es voluntario, debe constar por escrito y la resolución que recaiga hace cosa juzgada sobre lo resuelto, sin perjuicio de poder impugnar ante los Tribunales Judiciales los laudos que contengan algunas de las nulidades que habilita la revisión judicial.

El art. 18 del Decreto N° 276/98 crea lo que se denomina oferta pública de adhesión al Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo⁵⁵⁴. Este sistema prevé una adhesión de los proveedores de bienes y servicios a éste sistema alternativo de resolución de los conflictos de manera previa a que se susciten los conflictos, de tal modo que si el consumidor acepta posteriormente esta vía para canalizar su reclamo y presenta la solicitud de arbitraje, queda formalizado el acuerdo arbitral.

En el caso de que un consumidor recurra a la vía arbitral y el proveedor no se encontrara adherido al Sistema Nacional de Arbitraje de consumo, la Autoridad de aplicación notificará al proveedor de la existencia de la solicitud de arbitraje y sólo si el proveedor lo acepta quedará conformado el convenio arbitral.

Ahora bien, resta analizar si en los contratos predispuestos o por adhesión cuya redacción corresponde a la parte más fuerte de la relación (en el caso al proveedor) pueden contener una cláusula arbitral.

En este sentido, la doctrina⁵⁵⁵ se ha manifestado por la validez de la cláusula arbitral siempre que se cumplan ciertos recaudos: a) Debe ser clara y brindar información suficiente que ponga en conocimiento al consumidor del alcance del

⁵⁵³ El Sistema Nacional de Arbitraje fue creado por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 276/98.

⁵⁵⁴ Se denomina Oferta Pública de adhesión al sistema nacional de arbitraje de consumo a la adhesión previa que efectúen los proveedores de bienes y servicios para solucionar a través del mismo los posibles conflictos que se lleguen a suscitar en el marco de una relación de consumo, de conformidad a las reglas que se establecen seguidamente y aquellas que defina la Autoridad de Aplicación (conf. art. 18, Decreto N° 276/98).

⁵⁵⁵ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 136.

arbitraje⁵⁵⁶; b) Hecha en idioma nacional y fácilmente legible⁵⁵⁷; c) Debe ser suscripta por las partes⁵⁵⁸, d) No deben contener renuncia o restricciones a los derechos del consumidor y debe verificarse que su contenido no importe un abuso del derecho o afecte los derechos del consumidor o usuario.

Tomando dichos recaudos las empresas prestatarias de servicios públicos también pueden adherir a dicho sistema de resolución alternativa de disputas.

VII.3.4. Vía interna

En principio corresponde indicar que son escasos los mecanismos internos con que cuenta el asociado/usuario para hacer algún tipo de reclamo sobre cuestiones concernientes a la prestación del servicio en el seno de las cooperativas bajo estudio.

El control orgánico interno de todo ente cooperativo se encuentra en cabeza de la sindicatura, conforme se encuentra previsto en el Capítulo VIII de la Ley de Cooperativas⁵⁵⁹.

Como tiene dicho la doctrina actual, “La razón de la fiscalización privada radica en la necesidad de controlar en forma ininterrumpida el desenvolvimiento de la administración social, a fin de evitar desviaciones que redundan en perjuicio para los asociados, que ven dificultada la concreción del fin social”. Máxime “en los sistemas que limitan el acceso de los asociados a las constancias de los registros y en general a la documentación de la entidad (...) por el entorpecimiento que ello acarrea al normal desenvolvimiento de la administración”, o aún por “la complejidad y el volumen de las operaciones y actos [que] crean una apreciable dificultad a la verificación directa por los asociados”⁵⁶⁰.

Son atribuciones (y deberes) del síndico, sin perjuicio de las que conforme a sus funciones le confieren la ley y el estatuto: 1°. Fiscalizar la administración, a cuyo efecto examinará los libros y documentos siempre que lo juzgue conveniente; 2°. Convocar, previo requerimiento al consejo de administración, a asamblea extraordinaria cuando lo juzgue necesario; y a asamblea ordinaria cuando omitiera hacerlo dicho órgano una vez vencido el plazo de ley; 3°. Verificar periódicamente el

⁵⁵⁶ Conf. Art. 4 de la Ley N° 24.240.

⁵⁵⁷ Conf. Art. 10 de la Ley N° 24.240.

⁵⁵⁸ Conf. Art. 10 de la Ley N° 24.240 y Art. 739 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

⁵⁵⁹ Conf. arts. 76 a 81 de Ley de Cooperativas argentina N° 20.337.

⁵⁶⁰ CUESTA, Elsa, *Manual...*, Ob. Cit., pág. 326 y sig.

estado de caja y la existencia de títulos y valores de todo especie; 4°. Asistir con voz a las reuniones del consejo de administración; 5°. Verificar y facilitar el ejercicio de los derechos de los asociados; 6°. Informar por escrito sobre todos los documentos presentados por el consejo de administración a la asamblea ordinaria; 7°. Hacer incluir en el orden del día de la asamblea los puntos que considere procedentes; 8°. Designar consejeros en los casos previstos en el último párrafo del artículo 65; 9°. Vigilar las operaciones de liquidación; 10°. En general, velar por que el consejo de administración cumpla la ley, el estatuto, el reglamento y las resoluciones asamblearias⁵⁶¹.

Analizando este órgano de fiscalización intrasocietario en el marco de una cooperativa prestadora de servicios públicos, podemos advertir que la sindicatura tiene amplias facultades de verificación, debiendo formular las observaciones o requerimientos pertinentes en caso de infracciones a la ley, estatuto o reglamento, en primera instancia ante el órgano de administración y luego, en caso de que subsistan las irregularidades advertidas, ante la Autoridad de aplicación, ya sea de policía cooperativa como la autoridad de contralor del servicio. Sin perjuicio de ello, en resguardo de su responsabilidad y en caso de advertir falta de legalidad en la actuación de los órganos sociales, la sindicatura deberá recurrir a la Justicia.

Reiteramos: la sindicatura tiene a su cargo el control de legalidad de la actuación de los órganos. Dicho control, si bien no alcanza al mérito o conveniencia de las decisiones, consiste en una actividad de vigilancia del cumplimiento del marco normativo.

De allí que el usuario/asociado cuenta adicionalmente con un órgano interno al que puede instar, a diferencia de otras sociedades prestatarias, y que está encargado de velar por sus derechos, no sólo los derivados de la naturaleza cooperativa del ente, sino también aquellos derivados de las relaciones de servicio público.

Sin perjuicio de reconocer la insuficiencia de esta vía para canalizar cualquier tipo de reclamo que tenga origen en el servicio, se considera que si la sindicatura ejerce sus facultades de manera comprometida, la fiscalización tradicional se ve ampliada, recayendo el control sobre las infracciones a la normativa regulatoria del servicio público prestado por la cooperativa (obligaciones previstas en el contrato de concesión, ordenanzas municipales, leyes provinciales, las llamadas leyes marco de regulación dictadas en la esfera nacional, normativa derivada emanada por el Poder Ejecutivo y entes reguladores, etc.), y, en tal caso, agotada la gestión interna, debiendo

⁵⁶¹ Conf. art. 79, Ley de Cooperativas argentina N° 20.337.

la sindicatura dar parte al ente público de control en materia de servicios públicos e incluso acceder a la Justicia en resguardo de los derechos del asociado.

VII.4. Consideraciones y propuestas finales frente a la carencia de regulaciones que prevean mecanismos especiales de control de las cooperativas de servicios públicos y vías particulares para tutelar los derechos del usuario/asociado

La ola privatizadora de los noventa moldeó respuestas institucionales y jurídicas para evitar los abusos y la discrecionalidad empresaria de quienes se enrolaron como los nuevos actores en la prestación de los servicios públicos en la Argentina, estos son, los monopolios privados.

Así desde el derecho público cobró relevancia la teoría de la concesión y el control permanente de las actividades catalogadas como servicios públicos, a través de marcos regulatorios y entes reguladores y/o organismos descentralizados. Desde el enfoque de los receptores de los servicios, se gestó y creció a un ritmo sostenido la legislación que propende a la protección de los derechos de los usuarios y consumidores. Y como corolario de dicha reacción, el Convencional Constituyente de 1994 incluyó un artículo en la Constitución Nacional en donde se declaran ciertos principios y garantías a fin de, entre otras cosas, tutelar el derecho de las personas a tener acceso pleno a un servicio público eficiente a precio justo y razonable.

En virtud de ello es tradicional que prevalezca el interés público como interés de los usuarios y consumidores, por sobre el interés del individuo o empresa que presta alguna actividad monopólica a tales usuarios y consumidores. Cuando no se ha podido evitar el monopolio o se lo ha creado expresamente, la necesidad de regulación fuerte e intensa de un régimen de derecho público es indispensable para que el monopolio no perjudique los derechos e intereses que enumera el art. 42⁵⁶² de la Constitución nacional⁵⁶³.

Ahora bien, el problema que advertimos es que los marcos regulatorios, que regulan entre otras cosas, los mecanismos de control de la actividad no tienen en cuenta la especial calidad de la cooperativa prestadora de servicios públicos, ni tampoco que el interés de los usuarios resulta —salvo casos de excepción— coincidente con el interés de la empresa cooperativa que presta el servicio público.

⁵⁶² El mencionado artículo fue transcrito en la Nota N° 93.

⁵⁶³ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., 2014, pág. VI-43/44.

Conforme lo visto, la regulación actual disocia a la empresa cooperativa del propio usuario. Ello, en definitiva, resta peso a la calidad de asociado a quien lo convierten en mero cliente-usuario. Se ignora que la cooperativa esta legítimamente conformada por usuarios/asociados, que son ellos los que en definitiva se autoabastecen del servicio a través de la organización formada y los que administran democráticamente a estas entidades y en consecuencia hacen que pese sobre el vínculo asociado/usuario el rigor de las normas reglamentarias (sobre todo en lo relativo a las potestades sancionatorias) y el ejercicio del poder de control del servicio sin miramientos, ni distinciones.

No queremos significar con lo dicho que los marcos regulatorios tengan que considerar diferencias en cuanto a las exigencias que hacen a la supervisión o fiscalización de las condiciones del servicio; cumplimiento de las normas fijadas en los contratos de concesión o licencias; materia de seguridad y procedimientos técnicos, medición y facturación de los consumos, entre otros, sino que consideramos que en materia de potestades disciplinarias e imposición de sanciones debe necesariamente contemplar distinciones importantes teniendo en cuenta justamente la doble condición del usuario.

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, tampoco es saludable emplazarse en una perspectiva de autosuficiencia del derecho cooperativo, en abierto rechazo a otras fuentes normativas por el mero hecho de desconocer la naturaleza y entidad propia de una cooperativa. Los distintos regímenes que confluyen contienen importantes aportes para fomentar el cooperativismo sin dejar de tutelar los derechos fundamentales que como personas (sin importar que seamos asociados, no asociados, usuarios circunstanciales, etc.) nos asisten a la hora de exigir un servicio público irrestricto y de calidad, por ello sostenemos la propuesta de la necesidad de armonizar e integrar la basta normativa que confluye ante este tipo de entidades prestarías de servicios públicos, que se ha dado en llamar con certeza “encrucijada normativa”.

Misma situación se presenta con la normativa de defensa del consumidor. En definitiva, los regímenes especiales (cooperativas, servicios públicos, derechos del consumidor) nacieron y crecieron dándose la espalda en forma mutua, cada cual atendiendo a un fin tuitivo a veces similar y a veces distinto, pero monopolizándolo y excluyéndolo del resto del ordenamiento jurídico.

Ejemplo de ello lo podemos encontrar, a nuestro juicio, en los regímenes sancionatorios presentes, tanto en los distintos marcos regulatorios de los servicios

públicos, como en la normativa actual de defensa del consumidor, en donde no existen contemplaciones frente a la aplicación de multas y otras sanciones agravadas a la persona jurídica cooperativa, siendo que en el afán disuasorio/punitivo se está castigando a los propios usuarios como miembros de la entidad, frente al acaecimiento de hechos en los cuales ellos son las propias víctimas.

Es cierto que las autoridades administrativas encargadas del control de los servicios públicos, así como aquellas encargadas de velar por el cumplimiento de la normativa de defensa del consumidor, cuentan con facultades mayoritariamente regladas a la hora de aplicar sanciones, siendo abiertamente ilegítima su actuación discrecional a la hora de interpretar las normas sancionatorias sustantivas y adjetivas. Por ello, consideramos que no es el órgano del control quien tiene la llave para resolver la armonización de las normas pretendidas, sino que es el poder regulador el que debería tomar nota de las diferencias existentes entre este tipo de prestadores y otros para poder delinear marcos regulatorios adecuados. Igual consideración vale para el legislador de la ley consumerista.

Retomando la problemática del doble perjuicio hacia los usuarios asociados, esto es, por el hecho disvalioso objeto de sanción (por ejemplo, un corte de luz generalizado en el servicio de distribución de energía eléctrica), y la sanción en sí misma (por ejemplo una multa ante tal suceso), consideramos como una solución atendible, que los organismos de control deberían considerar entre las variables a sopesar a la hora de verificar e investigar hechos sancionables, y graduar las penas, que quienes deberán soportar las penas son los mismo usuarios/asociados ya que dicha condena deberá ser absorbida vía tarifa. De allí que en estos casos si el marco regulatorio lo contempla se debería propender a la reducción ostensible de las sanciones, e incluso, la posibilidad de hacer quitas y moratorias para que estas entidades pudieran absorber dichas condenas disciplinarias.

En lo que respecta al régimen de consumidor somos de la idea de que una debida armonización exigiría que se contemple expresamente la aplicación en subsidio de esta normativa para el caso de que el usuario fuera un asociado. También debería diseñarse que para el supuesto de ser aplicable la Ley de Defensa del consumidor al vínculo asociado/usuario/cooperativa, un régimen más moderado de sanciones que pueda aplicarse en la instancia administrativa o judicial para el caso de que la prestataria fuera una cooperativa; se debe tener especialmente presente el caso de acciones colectivas iniciadas por asociaciones de consumidores donde las sanciones o

las condenas judiciales son en general muy gravosas para las cooperativas, siendo que el usuario/asociado beneficiario en el caso de condenas judiciales es a su vez quien debe afrontar dicha condena.

Esta y otras cuestiones que hemos venido desarrollando, nos dejan la clara certeza de que resta mucho por hacer para la integración normativa e institucional de las cooperativas en los marcos regulatorios y de control de los servicios públicos y de defensa de los usuarios y consumidores.

Recién en estos últimos años la regulación iuspublicista del servicio público le ha abierto las puertas a la normativa transversal que encarna la defensa del usuario y el consumidor, admitiendo, por ejemplo no sólo la plena aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y sus modificatorias en el ámbito de los servicios públicos, sino también la habilitación de los entes reguladores para controlar y sancionar a la luz de tal normativa. Se espera que lo mismo pueda suceder con la normativa sustancial cooperativa.

Sin embargo, hoy por hoy no se vislumbra un intento de armonización de la normativa cooperativa con aquellas disciplinas⁵⁶⁴. Todo lo contrario, frecuentemente nos encontramos ante casos en los que se niega la particularidad cooperativa y el sentido de la misma, tal como hemos reseñado respecto del régimen de contratación en el Capítulo VI, y que podemos ver reproducido en materia tarifaria, indemnizatoria, sancionatoria, audiencias públicas, entre otros.

Reiteramos que no pretendemos la inaplicabilidad de normas ajenas al régimen cooperativo. En efecto, consideramos más que saludable la existencia de reglas que precisen con criterios técnicos los alcances de un servicio público, y normas que tutelen los derechos de usuarios de prestaciones básicas para el desarrollo humano. Lo único que postulamos es una matización y una integración interdisciplinaria para evitar situaciones jurídicas irrazonables⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ La armonización que postulamos involucra un esfuerzo interpretativo a la luz de las normas vigentes, a los fines de sistematizarlas e integrar los regímenes evitando la neutralización de uno o unos a favor de otro u otros; pero también lo enarbolamos con perspectivas hacia nuevas regulaciones que superen de manera más prolija y efectiva los conflictos normativos e interpretativos que subyacen a la luz de lo expuesto en el presente trabajo.

⁵⁶⁵ Por ejemplo, en Resolución ENARGAS N° 3434/2006 se desestima un recurso interpuesto contra una sanción basada en normativa del marco regulatorio del gas (Decreto 911/96) y de defensa del consumidor, aplicada a una cooperativa, entre otras cosas por el cobro de ciertos ítems que se no se encuentran previstos en la regulación para su cobro al usuario. La cooperativa (de una pequeña localidad en la Provincia de Buenos Aires) aduce que tales cargos nacen de una autoimposición instrumentada en cuotas sociales en virtud de la naturaleza cooperativa y, que con el cobro de tales conceptos se cubre el costo de la prestación. La respuesta del ente regulador no fue otra más que sostener que el trato a dispensarse debe ser el mismo que a toda persona jurídica, y que deben ser

Para ello, la herramienta hermenéutica adecuada es la integración normativa, la armonización de las reglas que confluyen sobre el mismo objeto, guardando como principios rectores la legalidad y la razonabilidad, a la luz del artículo 42 de la Constitución Nacional.

Como ejemplo casuístico adicional podemos tomar la coexistencia de las audiencias públicas y las asambleas cooperativas.

Las audiencias públicas deben ser tramitadas con plena vigencia en el contexto de un servicio prestado por una cooperativa, máxime ante previsiones legales expresas y precisas como la fijación tarifaria. La misma exigencia le cabe al tratamiento previo de asuntos que involucran a terceros no asociados, y a asociados y no asociados con respecto a medidas que alteren materias edilicias, urbanas y de seguridad pública.

Ahora bien, resulta prudente que en otras decisiones, que sean de la órbita de competencia de la asamblea, sólo baste el procedimiento cooperativo previsto en los artículos 47 a 62 de la Ley 20.337, atendiendo a razones de economía, celeridad y sencillez. Las asambleas de asociados también permiten mejorar la razonabilidad de las decisiones, formar un consenso acerca de ellas y dar transparencia a los procedimientos, con la ventaja de que las audiencias públicas tienen carácter consultivo no vinculante, en tanto que las asambleas de asociados sí son vinculantes.

A lo sumo, en los casos de democracia indirecta cooperativa, corresponderá implementar una clara simplificación administrativa regulatoria para las cooperativas de servicios públicos, traducida en audiencias públicas prácticas, sencillas y simplificadas.

La misma armonización debería lograrse con las normas que prevén las vías que tutelan los derechos del asociado/usuario. Tanto en la instancia reglamentaria, como en el caso de la defensoría del pueblo y en lo que respecta a las vías instrumentales previstas en la Ley de Defensa del Consumidor y sus modificaciones debería tenerse en cuenta que el asociado debe agotar previamente la instancia societaria de sus órganos para alcanzar aquellas vías de tutela, ello así porque sería la mejor forma de respetar la doble condición que reúne el asociado/usuario.

Es deseable que, en primer lugar, el asociado/usuario traslade su queja, inquietud o reclamo a la persona jurídica a la cual pertenece e integra, dando la

cumplidas una y cada una de las normas que hacen al marco regulatorio del gas (por encima de la Ley 20.337) por ser de orden público. <http://www.enargas.gov.ar/MarcoLegal/Resoluciones/SelecResol/Index.php>. (recurso consultado el 15/12/2014).

oportunidad a las autoridades de la cooperativa a informarse, investigar y dar una respuesta inmediata al planteo, sea por un asunto que involucra un servicio público, sea por un tema que involucra otros servicios y/o actividades. A lo sumo, ante un problema que demande una respuesta urgente, podría admitirse la presentación en sede cooperativa en forma concomitante a otra vía expedita.

Luego sí, de no mediar respuesta en un tiempo prudencial o recibir una devolución insatisfactoria, el asociado estaría habilitado para optar por las vías legales, reglamentarias e instrumentales que se han repasado en el presente capítulo.

Por último, consideramos inapropiado el mantenimiento de fiscalizaciones internas, como ser las derivadas del art. 104 de la Ley de Cooperativas que permite que la autoridad de contralor del servicio participe en las reuniones de los órganos sociales dejando constancia sobre el incumplimiento de las condiciones del servicio otorgado bajo concesión o permiso. Resulta incompatible con condición de la organización cooperativa compuesta por los mismos usuarios, que estas entidades sufran mayor control que otras donde no participan los usuarios en los propios destinos de la sociedad. De mantenerse esta norma, deberían flexibilizarse, con más razón, las regulaciones que disponen el tipo de control que deben aplicar los Entes reguladores y/o organismos especializados sobre estas entidades.

CAPÍTULO VIII: Los derechos del usuario de servicios públicos en el marco de la normativa argentina de defensa del consumidor y su eventual aplicación al socio-usuario de la cooperativa bajo estudio

VIII.1. Introducción

El derecho del consumidor es un derecho protectorio, que busca equilibrar las relaciones jurídicas en la sociedad, como proteger al sujeto más vulnerable de la vinculación, es decir al consumidor. Justamente su origen radica en la situación de minusvalía en que se ve colocado el hombre moderno al interactuar en el mercado de bienes de consumo.

De allí que la doctrina ha conceptualizado el derecho del consumidor como “la disciplina jurídica de la vida cotidiana del habitante de la sociedad de consumo”⁵⁶⁶.

El derecho del consumidor parte de la base de una situación de confrontación bipolar de intereses en la cual los polos están representados, es decir, de un lado encontramos consumidores y del otro, proveedores⁵⁶⁷. Queda así reflejada la puja entre estos dos sujetos, donde uno es especialmente débil y está sometido en muchos casos por sus libertades porque, aun cuando haya emitido correctamente su declaración y expresado su consentimiento, no hay negociación sino mera adhesión a contratos. Esta es la razón por la cual el derecho consumerista ha creado principios e instituciones que han sido juridizadas como de orden público y que garantizan una posición de equilibrio entre las partes.

La introducción constitucional de los derechos de los consumidores en Argentina se remite a la Reforma de la Carta Fundamental del año 1994, en su art. 42⁵⁶⁸.

Dicho artículo comprende también los derechos de los consumidores y usuarios de los llamados servicios públicos.

A su vez, la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y sus modificatorias regula las relaciones de consumo e incluye aquellas que se deriven de la prestación de servicios públicos, abarcando los servicios de distribución domiciliaria, como aquellos

⁵⁶⁶ BENJAMÍN, Antonio H., “El derecho del consumidor”, *Jurisprudencia Argentina*, 1993-II-913.

⁵⁶⁷ RUSCONI, Dante D., “Esencia del derecho del consumidor”, en AA.VV, *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 2.

⁵⁶⁸ El art. 42 de la Constitución Nacional fue transcripto en la Nota N° 93.

que no reúnen tal condición, se trate de servicios de competencia nacional o provincial y/o que estén prestados por el Estado o por empresas privadas.

En este particular caso, la relación de consumo está caracterizada por: (i) dos sujetos, un prestador y un usuario (que si trata de un servicio monopólicamente prestado no tiene libertad para contratar); (ii) el usuario por no contar con otra alternativa para utilizar el servicio de una empresa que posee un monopolio de hecho goza de un irrestricto acceso al servicio esencial; (iii) se encuentra regida por un derecho exorbitante de carácter público que halla su límite en los derechos constitucionales y que emanan de la Ley de Defensa del Consumidor, y (iv) la regulación tiene que resguardar al menos los derechos del usuario tutelados constitucionalmente, es decir el trato digno, la información y un servicio eficiente, como así también procurar el incremento de la competencia en el mercado.

Inicialmente, la Ley N° 24.240 preveía la aplicación de esta normativa de manera supletoria. En tal sentido disponía: “Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente”.

Ello traía aparejado la necesidad (de quien tenía que aplicar la norma) de evaluar armónica e integralmente el sistema de consumo y los servicios públicos domiciliarios en tanto la supletoriedad que imponía el art. 25, anteriormente transcrito, debía entenderse como aplicación en ausencia de previsión, pero no como solución jerárquica.

Ahora, frente a la reforma de la Ley N° 26.361 el Legislador modificó su posición de aplicación supletoria de la Ley de Defensa del Consumidor a la relación prestador/usuario de servicios públicos y optó por consagrar como principio orientativo rector y de jerarquía de las normas el criterio de la “ley más favorable al consumidor”. Así, se dispone que “Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor”.

De cualquier modo, el intérprete debe hacer una integración armónica de la normativa en juego, teniendo en cuenta la competencia regulatoria de las provincias en algunos de los servicios públicos de prestación domiciliaria, como por ejemplo la energía, el agua, cloacas, entre otros, y la competencia de la nación, como el gas, y

también compatibilizar la normativa interjurisdiccional cuando se trata de servicios regulados concurrentemente entre Nación y los Estados provinciales y aplicar la Ley de Defensa del Consumidor a la relación, cuando los marcos regulatorios y normas que regulen la actividad no contemplen una protección más intensa para el usuario.

Con acierto la doctrina⁵⁶⁹ ha indicado que la normativa fundamental supone que marcos legislativos específicos en lo técnico, comercial y administrativo aseguran un control más participativo, más serio y más estricto que un régimen general pensado para el consumo de otros productos necesarios o prescindibles, en mayor o menor medida, que han encuadrado en lo que el legislador ha considerado conveniente someter a un régimen jurídico especial que denominamos “de servicio público”; de allí que la legislación llamada por naturaleza a regir el vínculo prestadora-usuario son las normas específicas que regulan la actividad. Sin embargo, si ocurriera que las mismas fueran más gravosas para la parte más débil del vínculo debe primar las normas tutelares de la legislación consumerista.

Ahora bien, a diferencia de la clara posición del legislador consumerista con respecto a la prevalencia de normas que regulan la actividad y las que emanan de la Ley de Defensa del Consumidor, el régimen jurídico argentino, entiéndase que ni la Ley de Cooperativas, ni la Ley de Defensa del Consumidor establecen ninguna disposición que contemple la jerarquía de normas o solución a los conflictos de leyes cuando los que prestan el servicio público de que se trate son los mismos usuarios autoorganizados.

Por ello, en este capítulo nos hemos abocado al estudio de esta especial vinculación, donde el proveedor se confunde con el consumidor, a los efectos de responder varios interrogantes tales como si los derechos del usuario contemplados en la Ley de Defensa del Consumidor son aplicables al asociado de una cooperativa autoorganizada por los mismos usuarios; si la relación cooperativizada sustituye la relación de consumo; cómo debe aplicarse la Ley de Defensa del Consumidor a la relación mutualística, es decir, de manera directa o análoga.

Para empezar con su desarrollo comenzaremos repasando cuáles son los derechos y garantías del usuario de los servicios públicos consagrados constitucional y

⁵⁶⁹ PEREZ HUALDE, Alejandro, “Breve reflexión sobre la credibilidad de los marcos regulatorios y entes reguladores”, *La Ley*, suplemento “Jurisprudencia de Derecho Administrativo”, agosto 1999, en comentario a sentencia de la Sala 2 de la C. Nac. Cont. Adm. Fed., causa “Ciancio”, del 5/11/1998.

legalmente, para luego adentrarnos en el análisis de cómo sería una interpretación y aplicación armónica del régimen del consumidor y cooperativo en juego.

VIII.2. Derechos y garantías de los usuarios de servicios públicos

Las principales fuentes normativas de los derechos y garantías de los usuarios de servicios públicos son la Constitución Nacional⁵⁷⁰ y la Ley Nacional N° 24.240 con sus modificaciones por la Ley N° 26.361.

Los derechos del consumidor se pueden clasificar en derechos fundamentales, sustanciales e instrumentales.

Los primeros se destacan por ser derechos primordiales que toman como bien jurídico tutelado a la persona humana y que procura resguardar resultados humanistas y no patrimoniales. Entre estos derechos se destaca el acceso al consumo, al trato digno y equitativo y a la educación. Estos derechos relacionan al consumidor como sujeto activo del mercado, siendo el Estado quien debe ejercer una función protectora de los mismos.

Por su parte, los derechos sustanciales se caracterizan porque su tutela tiene origen en el consumidor como sujeto pasivo de relaciones contractuales o extracontractuales. Estos derechos se encuentran garantizados por soluciones emergentes de las normas de fondo y tienen en miras garantizar la información, la salud, la protección y seguridad y la prestación eficiente del servicio, ya sea que éstos tuvieran origen en deberes precontractuales de información, contenido e instrumentación de contrato, régimen de garantías, responsabilidad por daños, entre otros.

Por último, los derechos instrumentales se caracterizan por ser el medio a través del cual se pueden efectivizar los derechos. Entre ellos, nos encontramos con el derecho de acceso a las instancias administrativas, judiciales y arbitrales en procura de la resolución de los conflictos.

Seguidamente trataremos los diferentes derechos de acuerdo a la clasificación precedentemente expuesta, pero haciendo hincapié en particular en los derechos que le asisten, de acuerdo a la normativa consumerista, al consumidor de servicios públicos.

⁵⁷⁰ La reforma de 1994 trajo como novedad, entre otras cosas, la incorporación del artículo 42, en el cual se otorga jerarquía constitucional a los derechos del consumidor y del usuario, destacándose en especial lo vinculado al servicio público. El texto completo fue transcrito en la Nota N° 93.

VIII.2.1. Derechos fundamentales

VIII.2.1.1. Acceso al consumo

Todo ser humano tiene derecho a acceder a aquellos bienes que le permitan una vida digna, de bienestar y subsistencia.

Este derecho es un derecho básico del consumidor porque es el que le permite el acceso a las necesidades elementales, máxime si estas necesidades están relacionadas con los servicios públicos esenciales.

Por ello, el propio Estado es quien principalmente está obligado a garantizar el acceso a estos bienes primarios porque, aun no siendo el prestador directo del servicio, debe velar por el bienestar general de todos, en especial por el acceso de los consumidores al mercado en procura de los bienes fundamentales para la supervivencia.

De allí que el Estado debe controlar y regular el mercado a los fines de que los consumidores puedan acceder a bienes o servicios y, en el caso de los servicios públicos, a los efectos de que la prestación básica obligatoria que implica este tipo de servicio se brinde con calidad y bajo los precios adecuados para que todos puedan gozar de los mismos.

Como indica destacada doctrina⁵⁷¹ en la materia, este derecho no está contemplado en el art. 42 de la Carta Fundamental. Sin embargo, es un derecho que se infiere del preámbulo constitucional, donde se expresa que “Nos, los representantes del Pueblo de la Nación Argentina reunidos en Congreso General Constituyente (...) con el objeto de (...) promover el bienestar general (...) para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”.

En resumen, el derecho de acceso al mercado se concibe como una garantía que debe asegurar el Estado a los ciudadanos, a través de regulaciones que permitan la posibilidad de que éstos se garanticen la subsistencia y el acceso a bienes tales como agua, salud, alimentación, energía, educación, entre otros.

En el caso de los servicios públicos, el acceso también está garantizado por multiplicidad de vías: 1) Cada servicio público cuenta con su propia regulación legal y

⁵⁷¹ RUSCONI, Dante D., “Los derechos de consumidores y usuarios”, en AA.VV, *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 87.

reglamentaria, conformando un régimen exorbitante del derecho público, 2) el régimen tarifario es de carácter universal, y sujeto a regulación estatal, y 3) con ello se quiere significar que carece la concesionaria de la capacidad de fijar sus propias reglas comerciales, es decir condiciones para ingreso, precios, cualidades de los productos y/o servicios, cantidades, etcétera.

Ahora bien, si el servicio público se encuentra prestado por una entidad cooperativa conformada por los propios usuarios, la oferta debería asimilarse en primer lugar a las formas y condiciones de ingreso al ente cooperativo. No sólo deberá informarse previa y adecuadamente de la actividad o de la prestación de servicios que integra el objeto social, sino de la totalidad de derechos y obligaciones a los cuales se deberá sujetar, ya sea como asociado, ya sea como usuario no asociado.

Además, estas previsiones deben acentuarse en el caso de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, atento a que la mayoría de estas entidades, como ya se tuvo oportunidad de decir en los Capítulos III y VII, prestan el servicio monopólicamente y ello impacta en la libertad para contratar de los interesados en la prestación del servicio.

VIII.2.1.2. Trato digno y equitativo

La garantía en cuestión veda proceder de los proveedores que afecten la dignidad de los consumidores o que le generen sufrimiento, tales como discriminación, trato vergonzante o que perjudiquen moralmente a los sujetos débiles de la relación de consumo⁵⁷².

El art. 42⁵⁷³ de la Constitución Fundamental garantiza no solo la dignidad de trato, sino también el trato equitativo. El trato equitativo está íntimamente vinculado con la dignidad de trato, pero es justo aclarar que éste resguarda el trato igualitario entre iguales, sin distinción alguna.

⁵⁷² La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de decir en un fallo donde una usuaria del servicio de subterráneos de la ciudad de Buenos Aires sufrió un accidente al descender de un vagón “Que la Constitución Nacional obliga a los prestadores de servicios a los consumidores a brindarles un *trato digno* (art. 42 CN). El trato digno al pasajero transportado significa que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una *persona humana* con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se les ofrece. Ello incluye la adopción de medidas para que el pasajero no descienda empujado por una marea humana con riesgo de su integridad física y para que viaje de un modo razonablemente cómodo”. CSJN, “Ledesma, María L. c/ Metrovías SA s/ Daños y perjuicios”, Fallos: 331: 819, de fecha 22/04/2008.

⁵⁷³ El art. 42 de la Constitución Nacional fue transcripto en la Nota N° 93.

Así, vemos que el art. 8 bis⁵⁷⁴ de la Ley N° 24.240 dispone los comportamientos que deben observar los proveedores en miras de resguardar este derecho fundamental, a saber: a) garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo; b) abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias; c) abstenerse de utilizar cualquier medio de reclamo con términos propios de una demanda judicial; d) no imponer a los consumidores extranjeros mayores precios o diferencias relevantes sobre los bienes y servicios.

El mismo espíritu motivó la adopción del art. 10 ter de la Ley consumerista el cual establece que “cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación”.

Complementario a ello, encontramos en el art. 26 de la Ley N° 24.240 una previsión específica atinente a la relación entre usuarios y prestadoras de servicios públicos. Allí se menciona que estas últimas deben otorgar a aquellos “reciprocidad de trato, aplicando para los reintegros o devoluciones los mismos criterios que establezcan para los cargos por mora”.

Asimismo, siempre al tratar de los derechos del usuario de servicios públicos el art. 27 contiene ciertas obligaciones que robustecen la garantía de trato digno. Al respecto, se establece que “las empresas prestadoras deben habilitar un registro de reclamos donde quedarán asentadas las presentaciones de los usuarios, admitiéndose todo tipo de medio de comunicación, debiendo extenderse constancia con la identificación del reclamo”. Además, se añade que las empresas prestadoras de servicios públicos deberán garantizar la atención personalizada a los usuarios⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ El art. 8 bis de la ley consumerista dice: “Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor”.

⁵⁷⁵ En este sentido, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó una medida cautelar que impuso a las licenciatarias del servicio de telefonía abstenerse de cerrar oficinas comerciales y garantizar la atención al público en forma personal, ya que si bien el servicio de gestión telefónica ha sido previsto como un mecanismo alternativo, no lo ha sido excluyente del de atención personalizada al

Como contrapartida de los derechos del usuario a un trato digno y equitativo la ley consumerista dispone en el art. 8 bis⁵⁷⁶ y 52 bis⁵⁷⁷ la posibilidad de que se pueda aplicar al proveedor una indemnización extraordinaria o multa a consecuencia de su conducta.

VIII.2.1.3. Educación

La doctrina⁵⁷⁸ indica que el derecho de la educación de los consumidores se traduce en la necesidad de la existencia de programas oficiales de educación que contemplen esta materia y en el diseño de políticas de difusión a los efectos de formar a los consumidores.

La Organización de Naciones Unidas ha dado directrices generales exhortando a los gobiernos a adoptar políticas que tengan en miras la educación de los consumidores, en especial la educación que tienda a la protección del ambiente social, que en la generalidad de las veces se ven afectadas por las elecciones de los consumidores.

Así propone que los contenidos de los programas educativos incluyan los siguientes puntos:

- a) Sanidad, nutrición, prevención de enfermedades adquiridas por la ingesta de alimentos;
- b) Peligros de los productos;
- c) Legislación pertinente, forma de obtener compensación y organismos y organizaciones de protección al consumidor;
- d) Información sobre pesas y medidas, precios, calidad, condiciones para la concesión de créditos y disponibilidad de artículos de primera necesidad;

usuario, a quien la reglamentación del servicio básico telefónico acuerda el derecho a ser tratado por los prestadores con cortesía, corrección y diligencia y a obtener respuesta adecuada y oportuna a sus requerimientos. C. Nac. Cont. Adm. Fed “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Comisión Nacional de Comunicaciones”, de fecha 22/12/2003, publicado en *La Ley*, 2004- C, pág. 432.

⁵⁷⁶ El Art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor fue transcrito en la Nota N° 574.

⁵⁷⁷ El Art. 52 bis de la ley consumerista dice: “Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que le correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inc b) de esta ley”.

⁵⁷⁸ RUSCONI, Dante D., “Los derechos de consumidores ...”, Ob. Cit., pág. 94.

e) Protección del medio ambiente y uso eficiente de la energía y agua.

Este derecho comprende el derecho a obtener asesoramiento y asistencia y para ello el Estado debe darle herramientas concretas al consumidor para que puedan canalizar sus reclamos e inquietudes.

Así, el resguardo del derecho a asesoramiento y asistencia se materializa a través de poner a disposición de consumidores y usuarios organismos gratuitos de asistencia que brinden atención personalizada. De igual modo deberán brindar a los consumidores otros canales, tales como medios electrónicos y audiovisuales para poder acceder a la información y efectuar denuncias y reclamaciones.

Al igual que cualquier otro consumidor, también los usuarios de servicios públicos tienen el derecho al asesoramiento y asistencia aludido, como así también gozan del derecho a ser educados para reclamar, máxime cuando se trata de servicios que hacen a la propia subsistencia de la persona humana.

VIII.2.2. Derechos sustanciales del consumidor

VIII.2.2.1. Derecho de información. Normas sobre condiciones del servicio

El derecho a la debida información tiene su sustento como principio general en el texto del art. 42 de la Constitución Nacional⁵⁷⁹. Es un elemento determinante para efectuar elecciones de consumo apropiadas y por ello la doctrina⁵⁸⁰, de manera uniforme, resalta que el consumidor informado tendrá la opción de consumir en función de necesidades reales, adquiriendo productos y servicios que le sean útiles y adecuados a sus condiciones económicas.

En lo referente a servicios públicos, la Ley N° 24.240 en su art. 25 dispone que “Las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio deben entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de la prestación y de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes. Sin perjuicio de ello, deben mantener tal información a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al público”.

⁵⁷⁹ El referido artículo dispone en su parte pertinente: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho (...) a una información adecuada y veraz...” (art. 42, C.N.).

⁵⁸⁰ Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Defensa del consumidor, Ley 24.240*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, pág. 23; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Publicidad y consumidores”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 5, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, pag. 67.

El artículo transcrito se corresponde con el art. 4 de la misma ley que establece en una primera parte “la obligación impuesta al proveedor de brindar la debida información al consumidor”, agregando en la segunda parte que “dicha información debe ser gratuita y de fácil comprensión para cualquier persona”.

Así, el deber de información que les asiste a los usuarios de servicios públicos domiciliarios nace en el momento que se contrata el servicio y se debe mantener satisfecho durante la relación que vincula al usuario con la empresa prestataria y aun después de cumplido el contrato, puesto que debe mantenerse a disposición en todas las oficinas de atención al público.

Este requisito, como enseña destacada doctrina⁵⁸¹, “tiene como premisa la base incuestionable de que estamos ante un contrato de adhesión a condiciones generales, cuya prueba —así como la determinación de los derechos y obligaciones de las partes— surge del documento que el prestador del servicio debe entregar al usuario, con la debida información exigida”.

También, la información suministrada por la empresa prestadora debe proteger aspectos importantes sobre la forma en que se deberá ejecutar la contratación; modo de empleo de los elementos que se utilizan para proveer el servicio; formas de prevenir riesgos; instrucciones de uso y responsabilidades que le caben a cada uno de los contratantes.

Ejemplo del derecho de información que le cabe al usuario de servicios públicos es el que surge del art. 30 bis que dispone “Las constancias que las empresas prestatarias de servicios públicos, entreguen a sus usuarios para el cobro de los servicios prestados, deberán expresar si existen períodos u otras deudas pendientes, en su caso fechas, concepto e intereses si correspondiera, todo ello escrito en forma clara y con caracteres destacados. En caso que no existan deudas pendientes se expresará: 'No existen deudas pendientes'”.

En definitiva, el proveedor, de acuerdo al principio de buena fe⁵⁸² y su posición de experto⁵⁸³ frente al usuario, no sólo debe anunciar a éste respecto de las

⁵⁸¹ FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor ...*, Ob. Cit., pág. 320.

⁵⁸² JAPAZE, Belén, “El deber de información”, en AA.VV, *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 195.

⁵⁸³ Así, una sentencia de la Cámara Nacional Contencioso Administrativa dice que en los supuestos de controversias entre los usuarios y los concesionarios de servicios, al valorar la prueba debe meritarse la especial relación que los vincula y la competencia especial en la materia que corresponde a estos últimos, razón por la cual a los concesionarios de servicios se los considera “expertos” con relación a su contraparte. C.N. Cont. Adm. Fed., Sala II, 5/11/1998, “Ciancio, José M. c/ Ente Nacional Regulador del Gas”, *Jurisprudencia Argentina*, 1999-II-127.

condiciones contractuales, derechos y obligaciones, y brindar facturas detalladas, sino que también debe asesorar⁵⁸⁴ y advertir⁵⁸⁵ al usuario respecto del uso del servicio en todo momento.

En el caso de que la empresa no cumpliera con la provisión de la información adecuada al usuario, ésta será responsable si con ello se hubiera provocado perjuicio en la persona o en los bienes del mismo.

VIII.2.2.2. Derecho a la salud, protección y seguridad

El derecho a la salud ha sido reconocido en Tratados internacionales que la Argentina ha ratificado, tales como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), Declaración Universal de Derechos Humanos, (art. 25.1), entre otros. De allí que la incorporación de este derecho expresamente en la Constitución Nacional no hace más que ratificar el reconocimiento de las normas supra nacionales que el país ha sabido incorporar a su estrato normativo.

Se entiende por salud un estado de bienestar físico, mental y social⁵⁸⁶. El derecho a la salud engloba el derecho a la seguridad y a la protección de la integridad física.

En aras de proteger al consumidor en su salud e integridad física, la Ley N° 24.240 en el art. 28 dispone que “Los usuarios de servicios públicos que se prestan a domicilio y requieren instalaciones específicas, deben ser convenientemente informados sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones y de los artefactos”.

Esta norma se corresponde también con los arts. 5 y 6⁵⁸⁷ de la misma ley que tiende a la tutela preventiva⁵⁸⁸ de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios

⁵⁸⁴ JAPAZE, Belén, “El deber de información”, Ob. Cit., pág. 198.

⁵⁸⁵ JAPAZE, Belén, “El deber de información”, Ob. Cit., pág. 200.

⁵⁸⁶ Definición adoptada por la Organización Mundial de la Salud.

⁵⁸⁷ Los art. 5 y 6 de la Ley de defensa del consumidor dicen respectivamente: “Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios” y “Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción”.

mediante una normativa destinada a disminuir riesgos, resultando aplicable también a las prestaciones de servicios públicos⁵⁸⁹. En este marco el art. 6 exige al proveedor entregar un manual que explique el uso, instalación y mantenimiento de la cosa o servicio, especialmente si se trata de un servicio público domiciliario. Amén de ello, el proveedor está obligado a brindar adecuado asesoramiento al consumidor o usuario y brindarle la prefactibilidad del servicio, donde se indiquen todas las especificaciones que permitan una prestación segura. Habiendo recibido el consumidor/usuario toda la información necesaria y las instrucciones dadas por escrito, si luego no cumpliera con la calidad de los elementos internos sugeridos o no tomara las precauciones advertidas, el proveedor no será responsable de cualquier daño que se originara en la salud o en la vida de los consumidores/usuarios.

De tal modo, recae sobre la responsabilidad del proveedor la adopción de las medidas de prevención de riesgos de acuerdo a la prestación de la que se trate, particularmente en el caso de servicios públicos, ya que muchos de estos consisten en la prestación de servicios riesgosos. La obligación general que impone el art. 28⁵⁹⁰ de la ley consumerista en lo que refiere a servicios públicos, de ningún modo puede ser desjerarquizada por una legislación específica en tanto se encuentran en riesgo la vida y la salud de las personas.

Ahora bien, como enseña distinguida doctrina argentina⁵⁹¹ las medidas en general son fijadas conforme a un estándar de diligencia media, pero hay numerosos casos en que consisten en resultados específicos a lograr, particularmente frente a normas regulatorias sobre seguridad.

VIII.2.2.3. Derecho a un servicio público eficiente

El derecho a un servicio público eficiente tiene sustento en la calidad de la prestación que deben garantizar el proveedor y el Estado por tratarse de bienes de

⁵⁸⁸ La doctrina destaca que “la preceptiva del art. 5º, Ley 24.240, lleva la impronta de la tutela preventiva que caracteriza al sistema y que traduce, en un deber de conducta, la imperiosa necesidad de prevención de daños en la relación de consumo”. Conf. JPAZE, Belén, AA.VV, “El derecho a la salud y a la seguridad del consumidor”, en *Manual de Derecho del Consumo*, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 227.

⁵⁸⁹ FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor...*, Ob. Cit., pág. 191.

⁵⁹⁰ El art. 28 de la Ley de Defensa del Consumidor prescribe que “Seguridad de las Instalaciones. Información. Los usuarios de servicios públicos que se prestan a domicilio y requieran instalaciones específicas, deben ser convenientemente informados sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones y de los artefactos”.

⁵⁹¹ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 151.

extrema sensibilidad para la subsistencia de la población en general, tales como agua potable, energía, gas, telefonía, etc.

El art. 27 de la Ley N° 24.240 prescribe que “todo reclamo debe ser satisfecho en plazo perentorio, conforme la reglamentación de la ley”. El plazo perentorio fue fijado por el Decreto reglamentario⁵⁹² en diez días corridos para contestar al reclamo. Respecto de la resolución del problema que le da causa al reclamo, hay un silencio de la norma, aunque hay consenso en admitir que “el plazo dentro del cual la empresa debe solucionar la deficiencia o interrupción debe considerarse con relación al servicio de que se trate”⁵⁹³.

A su vez, la misma norma en su art. 30 dice que “Cuando la prestación del servicio público domiciliario se interrumpa o sufra alteraciones, se presume que es por causa imputable a la empresa prestadora. Efectuado el reclamo por el usuario, la empresa dispone de un plazo máximo de treinta días para demostrar que la interrupción o alteración no le es imputable. En caso contrario, la empresa deberá reintegrar el importe total del servicio no prestado dentro del plazo establecido precedentemente. Esta disposición no es aplicable cuando el valor del servicio no prestado sea deducido de la factura correspondiente. El usuario puede interponer el reclamo desde la interrupción o alteración del servicio y hasta los quince (15) días posteriores al vencimiento de la factura”.

De este modo se ha dicho con razón que la Ley N° 24.240 se hace eco de lo dispuesto por el art. 42⁵⁹⁴ de la Constitución Nacional y particularmente, mediante sus arts. 27⁵⁹⁵, 28⁵⁹⁶ y 30⁵⁹⁷, le impone a los concesionarios de servicios públicos

⁵⁹² Conf. Decreto reglamentario N° 1.798/94, art. 27.

⁵⁹³ FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor...*, Ob. Cit., pág. 336.

⁵⁹⁴ El art. 42 de la Constitución Nacional fue transcrito en la Nota N° 93.

⁵⁹⁵ El Art. 27 de la Ley de Defensa del Consumidor establece: “Registro de reclamos. Atención personalizada. Las empresas prestadoras deben habilitar un registro de reclamos donde quedarán asentadas las presentaciones de los usuarios. Los mismos podrán efectuarse por nota, teléfono, fax, correo o correo electrónico, o por otro medio disponible, debiendo extenderse constancia con la identificación del reclamo. Dichos reclamos deben ser satisfechos en plazos perentorios, conforme la reglamentación de la presente ley. Las empresas prestadoras de servicios públicos deberán garantizar la atención personalizada a los usuarios”.

⁵⁹⁶ El Art. 28 fue transcrito en la nota N° 590.

⁵⁹⁷ El Art. 30 de la Ley de Defensa del Consumidor dice: “Interrupción de la Prestación del Servicio. Cuando la prestación del servicio público domiciliario se interrumpa o sufra alteraciones, se presume que es por causa imputable a la empresa prestadora. Efectuado el reclamo por el usuario, la empresa dispone de un plazo máximo de treinta (30) días para demostrar que la interrupción o alteración no le es imputable. En caso contrario, la empresa deberá reintegrar el importe total del servicio no prestado dentro del plazo establecido precedentemente. Esta disposición no es aplicable cuando el valor del servicio no prestado sea deducido de la factura correspondiente. El usuario puede interponer el reclamo desde la interrupción o alteración del servicio y hasta los quince (15) días posteriores al vencimiento de la factura”.

soluciones técnicas con la mayor celeridad posible, para no privar al usuario de su disponibilidad, máxime teniendo en cuenta los efectos que tiene en la vida cotidiana no contar con este tipo de servicio.

Además la norma, establece una presunción *iuris tantum* de que cualquier alteración o interrupción en la prestación del servicio domiciliario, es por causa imputable a la empresa prestadora, la cual, para liberarse de responsabilidad, debe demostrar que la misma no le es imputable⁵⁹⁸. Ello así porque el usuario no tiene medios técnicos y se encuentra en una posición de inferioridad para demostrar la responsabilidad de la prestadora.

Tanto en un eventual juicio de responsabilidad, como en la instancia administrativa, la prestadora deberá probar que el nexo de responsabilidad se encuentra interrumpido a consecuencia del obrar del usuario o tercero. En el último caso, la prestadora solo tendrá 30 días para demostrar que el incumplimiento no responde a su accionar porque de lo contrario caducará su derecho a esgrimir la defensa y deberá proceder a devolver el importe del servicio no prestado.

VIII.2.3. Derechos instrumentales del consumidor

VIII.2.3.1. Derecho de acceso a la justicia y solución de los conflictos

La distinguida sumatoria de derechos precedentemente abordados no tendrían sentido sin que la ley consumerista dispusiera de mecanismos de prevención, compensación o resarcimiento de los derechos afectados.

La Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, reformada por la Ley N° 26.361 prevé la existencia de organismos en sede administrativa para poder deducir los reclamos respectivos, como así también Tribunales arbitrales del consumo y el acceso a la Justicia ordinaria.

Todos estos mecanismos procedimentales fueron materia de tratamiento del Capítulo VII y a él nos remitimos.

Sin embargo, corresponde resaltar que los requisitos elementales que no pueden dejar de contener los procedimientos para dar viabilidad a este tipo de reclamos son los siguientes: a) procedimientos gratuitos y ágiles, que contengan instancias

⁵⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores....*, Ob. Cit., pág. 581.

conciliatorias, b) legitimación activa amplia, que incluya tanto al damnificado, como a las asociaciones de consumidores, Ministerio Público Fiscal, Defensor del pueblo, entre otros; c) efectos expansivos de la sentencia; d) posibilidad de obrar preventivamente mediante la adopción de medidas urgentes; e) Mecanismos indemnizatorios que resarzan al usuario, pero que además desalienten prácticas ilegítimas.

En este sentido, la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, por la Ley N° 26.361 significó un gran avance en materia de derechos instrumentales, ya que receptó la legitimación judicial activa amplia, consagrando también como legitimados activos a las asociaciones de consumidores, defensor del pueblo y Ministerio Público (art. 52⁵⁹⁹); procesos colectivos, abreviados, gratuitos y con efectos expansivos (arts. 53⁶⁰⁰ y 54⁶⁰¹) y la existencia de tribunales arbitrales de consumo (art.59)⁶⁰².

⁵⁹⁹ El Art. 52 de la Ley de Defensa del Consumidor dice: “Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas. Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal”.

⁶⁰⁰ El Artículo 53 de la Ley de Defensa del Consumidor establece: “Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado. Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación. Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio”.

⁶⁰¹ El Art. 54 de la ley consumerista señala: “Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la

De igual modo, la nueva Ley N° 26.993 que también modifica la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 ha venido a satisfacer una tutela más efectiva de los derechos afectados en la medida que ha creado en el ámbito nacional un fuero específico en la materia, impulsado por ciertos principios rectores en materia de consumo, tales como economía, sencillez y gratuidad de procedimiento aplicable. Como indica la doctrina⁶⁰³ estos principios, sumados al principio de especialidad para el tratamiento de los temas y celeridad generado por procedimientos breves y reducidos, le otorgan al consumidor una herramienta eficaz para el reclamo.

VIII. 3. ¿Los derechos y garantías de los usuarios/consumidores son aplicables al asociado de una cooperativa de servicios públicos? ¿La relación cooperativizada sustituye a la relación de consumo?

Para dar respuesta a la primera consigna que intenta desentrañar si los derechos y garantías de los usuarios/consumidores que fueron expuestos en el punto anterior alcanzan al asociado de una cooperativa de servicios públicos, primero debemos partir por analizar la vinculación mutualística o también llamada cooperativizada que une al asociado con la cooperativa.

La determinación de las características del vínculo socio-cooperativa y su alcance nos permitirán encuadrar el régimen aplicable.

También analizaremos qué determina la relación de consumo y si la vinculación existente entre el socio y la cooperativa puede verse enmarcada en una relación de consumo.

reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda”.

⁶⁰² El art. 59 de la ley consumerista reza: “Tribunales Arbitrales. La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho común, según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias propongan las asociaciones de consumidores o usuarios y las cámaras empresarias. Dichos tribunales arbitrales tendrán asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en todas las ciudades capitales de provincia. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral”.

⁶⁰³ VUOTTO, Marcelo, “Derecho de usuarios y consumidores. Comentario sobre la Ley 26.993. Aspectos centrales en la creación de un sistema de resolución de conflictos”, *El Derecho*, Ejemplar correspondiente al 23 de octubre de 2014, pág. 1 y sig.

Secundariamente nos preguntamos, si los asociados de estas cooperativas pueden invocar el derecho consumerista contra quien le ha provisto a la cooperativa, para uso de sus asociados, de una cosa o bien defectuoso.

VIII.3.1. Las relaciones de las cooperativas con sus socios

La relación cooperativizada es la relación mutua que nace en el desarrollo de la actividad cooperativa y que tiene en miras la consecución del objeto social. La naturaleza mutualística de la cooperativa entraña que ésta realiza su actividad económica con sus propios socios y no con terceros o, al menos, secundariamente con éstos⁶⁰⁴.

Como bien se indica, el estudio de esta relación constituye una cuestión medular del Derecho cooperativo⁶⁰⁵.

El debate de la relación cooperativa o mutualística se focaliza en determinar la naturaleza del vínculo. Importante doctrina y legislación consideran que la relación interna entre socios y cooperativa es única⁶⁰⁶ y de carácter societaria, mientras otros autores comparten la tesis de que el fenómeno cooperativo se compone de una duplicación de relaciones, una societaria y otras obligaciones de cambio según el objeto social de que se trate⁶⁰⁷.

Así, las tesis societarias consideran que no son contractuales las operaciones que se hacen internamente en la cooperativa entre socios y entidad. Quienes defienden esta posición sostienen que estas operaciones son efectuadas por el asociado con la cooperativa en su calidad de miembro de ella y conforme las disposiciones de los estatutos. En apoyo a la posición agregan que la consecución de los bienes o servicios

⁶⁰⁴ FAJARDO GARCIA, Isabel G., *La gestión económica...*, Ob. Cit., pág. 104.

⁶⁰⁵ VARGAS VASSEROT, Carlos, "La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y terceros", *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, N° 27, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 19.

⁶⁰⁶ Conf. CORBELLA, Carlos J. "El acto...", Ob. Cit., pág. 59 y sig.; ALTHAUS, Alfredo A., *Tratado de Derecho...*, Ob. Cit., págs. 206 y sigs.; BULGARELLI, Waldirio, *Elaboração do Direito Cooperativo*, Ed. Atlas S.A., San Pablo, 1967, pág. 94 y siguientes, entre otros. Asimismo, han adoptado la figura del acto cooperativo y de la relación mutualística única: la Ley de Regulación General del Sistema Cooperativo de la República del Uruguay (Ley 18.407, art. 9), la Ley de Actualización de la Legislación Cooperativa de la República de Colombia (Ley 79/88, art. 7), la Ley General de Sociedades Cooperativas de los Estados Unidos Mexicanos (art. 5) y la Ley de Asociaciones Cooperativas de la República de Costa Rica (Ley 4.179, ref. por Ley 6.756, art. 5), entre otras.

⁶⁰⁷ GALGANO, Francesco, *Le Società per Azioni. Le Altre Società di Capitali. Le Cooperative*, Ed. Zanichelli, Bologna, 1970, pág. 256, citado por PASTORINO, Roberto J. *Teoría General del...*, Ob. Cit., pág. 22 y sigs.

que la cooperativa obtiene o procura al socio es un elemento inherente de la relación social, sustanciándose con ello la mutualidad, y que precisamente es de este modo como se obtiene el fin de la cooperativa.

Si se considera que la relación cooperativa es una relación contractual distinta a la societaria, por un lado se estaría frente a la relación de sociedad y, por el otro lado, encontraríamos una multiplicidad de relaciones de cambio, relaciones que tendrán un contenido distinto según el tipo de cooperativa del que se trate, pero que, en todo caso, serán de carácter contractual. Si consideramos que en las cooperativas existe dualidad de vínculos las relaciones societarias se regirán por el estatuto, reglamento y la Ley de Cooperativas; al mismo tiempo, las relaciones contractuales se regirán en primer lugar, por el específico régimen contractual estipulado y sólo de manera subsidiaria será de aplicación el contenido del contrato social, asambleas y Ley de Cooperativas.

En cambio, si consideráramos que la relación asociado-cooperativa es de carácter único, con prevalencia del elemento asociativo, ello implica que la relación está regida en primer lugar por el derecho cooperativo, ley, estatuto y principios generales del derecho cooperativo y, en segundo término, por el común aplicable a la figura contractual cuya forma asuma, es decir, solo se aplicaría de manera subsidiaria, mediante la aplicación analógica, el contenido del contrato que más se asemeje a la relación que en particular se haya desarrollado.

Ahora bien, compartimos que el reconocimiento por parte del legislador de la naturaleza jurídica de la relación entre socios y entidad es fundamental para determinar el carácter del vínculo mutualístico⁶⁰⁸. La influencia del legislador en la toma de posición acerca del carácter del vínculo es el parámetro que la doctrina y la jurisprudencia han seguido para concluir en una o en otra posición.

En este sentido, en términos generales las legislaciones latinoamericanas dan testimonio de que han optado porque la relación entre socio y cooperativa es única y de carácter asociativo.

Así, la República Federativa de Brasil en el art. 79 de la Ley N° 5.764 dice: “Denominanse actos cooperativos a los practicados entre las cooperativas y sus asociados, entre éstos y aquellas y por las cooperativas entre sí cuando están asociadas, para la consecución de los objetos sociales. El acto cooperativo no implica operación de mercado, ni contrato de compraventa de producto o mercadería”.

⁶⁰⁸ VARGAS VASSEROT, Carlos, “La actividad cooperativizada y...”, Ob. Cit., pág. 128.

A su vez, la doctrina brasileña más reconocida⁶⁰⁹ sostiene que los actos que la cooperativa practica con sus asociados son cumplidos en un círculo cerrado y, por lo tanto, son actos cooperativos. De este modo, el autor ejemplifica que en la cooperativa de consumo la entidad opera por delegación de los asociados, por lo cual la sociedad recibe por medio del contrato social un mandato específico, opera por su propio nombre pero para el asociado. Compra así los bienes que los cooperadores precisan para su consumo: haciéndolo en su propio nombre, pero de acuerdo con las instrucciones de aquéllos. El mandato no es gratuito, sino que se le agrega costos. Destaca que el mandato es la figura más apropiada, pues no se trata de un mandato específico, a través de un contrato especialmente hecho, sino de uno especialmente circunstanciado con el contrato social por la adhesión del asociado al ingresar en la cooperativa. Concluye que de este modo se comprueba que la cooperativa no compra para revender sino para proveer al asociado, no hay intermediación.

La posición adoptada por el legislador brasileño fue seguida por Uruguay, Colombia, Argentina, entre otros.

Así, vemos que la redacción del art. 9 de la Ley N° 18.407 de la República Oriental del Uruguay describe que son actos cooperativos “los realizados entre la cooperativas y sus socios, por éstas y los socios de sus cooperativas socias, o por las cooperativas entre sí cuando estuviesen asociadas bajo cualquier forma o vinculadas por pertenencia a otra de grado superior, en cumplimiento de su objeto social. Los mismos constituyen negocios específicos, cuya función económica es la ayuda mutua, quedan sometidos al derecho cooperativo y para su interpretación se entenderán integrados por las estipulaciones del estatuto social. Tendrán por objeto la creación, modificación o extinción de obligaciones, negocios dispositivos en sentido amplio o en sentido estricto (...) En todo lo no previsto en las leyes cooperativas se aplicarán al acto cooperativo los principios generales en materia de negocio jurídico en general y de los contratos en particular, en lo compatible y en cuanto correspondiere o fuere pertinente...”.

Del mismo modo, la ley colombiana en el art. 7 de la Ley 79/88 dice: “Serán actos cooperativos los realizados entre sí por las cooperativas, o entre éstas y sus propios asociados, en desarrollo de su objeto social”.

Ahora bien, focalizándonos sobre Argentina advertimos que el legislador ha sido concluyente a la hora de tomar posición sobre la relación mutualística. En efecto,

⁶⁰⁹ BULGARELLI, Waldirio, *Elaboração de...*, Ob. Cit., pág. 94 y sig.

el art. 4 de la Ley N° 20.337 dispone que “Son actos cooperativos los realizados entre las cooperativas y sus asociados y por aquéllas entre sí en el cumplimiento del objeto social y la consecución de los fines institucionales...”.

En este sentido, la posición de la doctrina de manera casi uniforme se mantiene partidaria de que los actos jurídicos realizados en cumplimiento del objeto social entre los asociados y la cooperativa constituyen actos cooperativos y que la relación en el caso es única, sin perder de vista el contenido complejo de la relación asociado-cooperativa, sino señalando su carácter unitario y la prevalencia, dentro de ella, del elemento asociativo. De esta tesis se desprende que el acto cooperativo está regido, en primer término, por el derecho cooperativo —ley, estatuto y principios generales del derecho cooperativo, sin desmedro de la transferencia de la doctrina cooperativa como fuente de este último— y, en segundo lugar, por el común aplicable a la figura contractual más análoga.

En este sentido, se han postulado por la relación única y por la preeminencia de las reglas cooperativas por encima de las normas particulares que pudieran aplicarse a una relación determinada, los siguientes doctrinarios nacionales: Althaus⁶¹⁰, Cuesta⁶¹¹, Cracogna⁶¹², Pastorino⁶¹³, Verón⁶¹⁴, Nissen⁶¹⁵, Favier Dubois (h)⁶¹⁶, entre otros. La jurisprudencia mayoritaria ha seguido a la doctrina, pero encontramos posiciones que sostienen el carácter dual de la vinculación⁶¹⁷.

⁶¹⁰ ALTHAUS, Alfredo, *Tratado de Derecho...*, Ob. Cit., págs. 206 y sigs.

⁶¹¹ CUESTA, Elsa, *Manual...*, Ob. Cit., pág. 40 y sigs.

⁶¹² CRACOGNA, Dante “El acto cooperativo y la defensa del consumidor”, ponencia presentada en la Jornada de Derecho Cooperativo de fecha 18/09/13, http://www.cooperar.coop/sites/default/files/Acto_cooperativo_y_defensa_del_consumidor.pdf.

⁶¹³ PASTORINO, Roberto J. *Teoría General del...*, Ob. Cit., pág. 25 y sig.

⁶¹⁴ VERÓN, Alfredo V., *Tratado de...*, T. I, Ob. Cit., pág. 98.

⁶¹⁵ NISSEN, Ricardo A., *Curso de Derecho Societario*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 518 y 519.

⁶¹⁶ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “Régimen de las cooperativas”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, T. V, N° 61, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1992, pág. 67 y sigs.

⁶¹⁷ Fallos a favor de la tesis de que la relación entre el asociado/usuario y cooperativa es única y asociativa encontramos: SCBA, “La Defensa Coop. Agrícola Ganadera c/ Pcia. de Buenos Aires”, de fecha 09/09/1980, C.N. Civil, Sala C, “Stolarz, Mario c/ Cooperativa de Vivienda Floresta”, de fecha 14/05/1985, publicado en *La Ley*, 1985-E-111. A *contrario sensu*, se ha sostenido que “El usuario que además es asociado a la cooperativa prestataria del servicio tiene dos relaciones jurídicas diferenciadas: la que lo reconoce como asociado y está regulada por el contrato y la Ley de Cooperativas; y aquella que se enmarca en una relación de consumo, la que está reglada por la Ley 24.240, pero ambas normas no se excluyen sino que son aplicables al vínculo jurídico que se genera con el asociado usuario; aquella asociativa, y esta de consumo”. Fallo de Primera Instancia del Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 4 de la ciudad de Neuquén, en autos: “ACUDEN c/ CALF s/Daños y Perjuicios – Responsabilidad contractual particulares”, Expte. N° 473.646, de fecha 15/09/2014.

Sin embargo, ha sido Pastorino en su obra *Teoría General del Acto cooperativo* (reiteradamente citada de forma previa), quien más ha profundizado sobre el tema, partiendo de la calificación del acto cooperativo. El mencionado autor ha destacado que el acto cooperativo es un negocio jurídico con tres características centrales: unilateralidad, colegialidad y complejidad.

- Unilateralidad del acto cooperativo: el autor indica que el acto cooperativo que ejecuta el asociado partiendo de la asamblea y terminando en el efectivo goce individual del servicio que es el objeto de la entidad y se cumple con la actividad de una sola parte: él mismo. Agrega que el asociado no se enfrenta a los demás asociados ni mucho menos a la cooperativa, porque se relacionan entre sí cooperando: compran juntos, venden juntos, trabajan juntos, y ello lo lleva a sostener que en esa relación que entablan entre sí en la actividad económica interna no hay contrato de cambio, sino contrato de pluralidad de organización. Así, el *quid* del acto cooperativo reside en el obrar en conjunto de los asociados a través de la cooperativa frente a terceros, con destino inmediato a cada uno de los mismos asociados. Por ello, el acto cooperativo es unilateral.

- Colegialidad del acto cooperativo: el acto es colegial porque es un acto jurídico correspondiente a una persona jurídica. Así, el acto jurídico surge de la deliberación habida entre personas físicas que integran la entidad. La característica es que la asamblea no solo resuelve la voluntad del ente, sino también la propia voluntad que sus integrantes van a manifestar en la misma cooperativa cuando accedan al servicio que constituya el objeto. De allí que el autor concluye que en el acto colegial que engendra el acto cooperativo no hay contrato, pero en el fuero interno de cada asambleísta cooperador se produce la lucha que precede a todo contrato, porque la decisión que se tome influirá en la suerte de la entidad solidaria aunque, al mismo tiempo, también influirá en la suerte de las propias economías e intereses individuales de los asociados.

- Complejidad del acto cooperativo: el mencionado doctrinario quiere significar con tal conceptualización que el acto cooperativo no es de concreción instantánea. Dice que para llegar al momento en que el cooperador requiere el servicio, que es su meta, necesariamente debe haber habido primero una asamblea, después los mismos asambleístas, si la cooperativa es pequeña o, lo que será normal, el consejo de administración cumplirán con lo dispuesto en la asamblea. Agrega que intervienen numerosas personas en, por lo menos, tres instancias, las que integran la

asamblea y las que requieren luego el servicio, que en verdad son las mismas pero en un caso han actuado colegiadamente, y a la hora de pedir el servicio lo hacen individualmente, también son las mismas las que conforman el Consejo de administración y éstos también son los que requerirán el servicio, como todos los asociados. De allí que el autor concluye que se requieren varios actos.

Nuestra posición con respecto al tema que nos ocupa no puede soslayar la voluntad del legislador expresada manifiestamente en la Exposición de Motivos de la Ley de Cooperativas cuando al comentar el art. 4 de la mencionada norma, incorpora que “el concepto, doctrinariamente correcto, configura una definición de teoría económica, que deslinda el ámbito de la economía cooperativa y la de mercado (...) El acto cooperativo “no implica operación de mercado”.

Por lo tanto, consideramos que: a) debe reconocerse la esencial unidad de la relación asociado-cooperativa y sus características unilateral y colegiada; b) los asociados operan con la cooperativa en busca del cumplimiento del objeto social; c) los actos jurídicos realizados en cumplimiento del objeto constituyen actos cooperativos y, por tanto, el derecho que se le aplica a esa vinculación será consecuencia de aquella, es decir, se regirá por las normas cooperativas aunque asuman figuras diversas, sin perjuicio de que deban aplicarse por analogía las reglas del derecho común correspondiente a la figura contractual más afín.

Para explicar cómo se desarrolla ese vínculo y justificar que no existe intermediación en la relación asociado-cooperativa (en particular, en lo relativo a las cooperativas de consumo) algunos autores⁶¹⁸ consideran que los asociados con la cooperativa practican un mandato, actuando la cooperativa como mandataria de sus asociados para la adquisición en el mercado y la distribución entre ellos de los servicios o bienes que necesitan. Esta teoría parte del principio de que la cooperativa representa a los consumidores y la cooperativa compra pero no hay reventa del servicio o bien, con el fin especulador.

El mandato sobre el cual actúa la cooperativa es permanente en base al contrato social. De este modo, los partidarios de esta tesis concluyen que la cooperativa no compra para revender sino para proveer al asociado⁶¹⁹, no existe intermediación porque hay operaciones internas.

⁶¹⁸ BULGARELLI, Waldirio, *Elaboração de...*, Ob. Cit., Cap. IV., pág. 100 y sigs.

⁶¹⁹ Más recientemente en el mismo sentido María José Senent Vidal, al comentar la sentencia de la sala de lo civil del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013, número 526/2013 (Roj STS 4926/2013) que califica como acto de competencia desleal por infracción de normas la aplicación de descuentos

Otros autores⁶²⁰ basan la “no intermediación” en la titularidad de la masa de gestión⁶²¹ de la cooperativa, señalando “que si se entiende que los bienes entregados —o los pagos realizados— por los socios a la cooperativa, en el marco de la cooperación no se transmiten a la sociedad, no se va a poder considerar que esas entregas o —pagos— se realizan en virtud de contratos de compraventa o contratos de suministro o contratos de intercambio.”

En verdad, lo que se quiere significar es que las entregas de fondos o productos para que la cooperativa los canalice hacia el mercado no ingresan en el patrimonio de la cooperativa; que, en consecuencia, cuando son realizados o vendidos por la cooperativa a terceros, el precio obtenido lógicamente no le corresponde a la cooperativa sino a los socios, en la porción que realizaron las entregas.

Sin embargo, en el caso de muchas cooperativas de consumidores (en especial las grandes) Fajardo García⁶²² señala que normalmente no existe esa masa de bienes propiedad del socio y que la cooperativa gestiona, toda vez que considera que la cooperativa se financia económicamente y adquiere los bienes para sus socios, no con los fondos por éstos aportados, sino con su propio patrimonio.

En el supuesto de las cooperativas bajo estudio en Argentina, los socios abonan el servicio ya consumido. Sin embargo, la entidad pagará la energía o el gas al mercado mayorista provisto, con posterioridad al pago de la factura por el usuario. De tal modo, los asociados adelantan los fondos, es decir, la masa de gestión. De allí que en el caso de estas cooperativas, los pagos realizados por los socios a la cooperativa en el ámbito de la cooperación no se transmiten a la sociedad y, como consecuencia, no hay contrato de intercambio.

De igual modo, coincidimos con Fajardo García⁶²³ que la cooperativa de consumo actúa como un mero gestor de los intereses de los socios y son éstos quienes adquieren directamente los bienes. En definitiva, esta posición nos la da el propio

superiores a los permitidos en la legislación del libro por parte de una cooperativa de consumo a sus personas socias, concluye que en el marco de la relación socio cooperativa “en vez de hablar de venta debe hablarse de distribución o asignación de bienes. No hay, por tanto, relación de cambio; no hay desplazamiento económico, sino una mera distribución física de bienes, adquiridos por la cooperativa por cuenta de sus personas socias”. SENENT VIDAL, María J., “El sistema de precio fijo de los libros y las cooperativas de consumo”, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013. Gremi de llibreteres de Barcelona i Catalunya et. al. Versus Abacus SCCL, CIRIEC- España, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* N° 24, 2013.

⁶²⁰ VARGAS VASSEROT, Carlos, “La actividad cooperativizada...”, Ob. Cit., pág. 120.

⁶²¹ Se entiende por masa de gestión el conjunto de productos, fondos o bienes de cualquier tipo, que entregan los socios para su gestión por la cooperativa.

⁶²² FAJARDO GARCÍA, Isabel G., *La gestión económica...*, Ob. Cit., pág. 101.

⁶²³ FAJARDO GARCÍA, Isabel G., *La gestión económica...*, Ob. Cit., pág. 101.

legislador que en la expresión de motivos de la Ley de Cooperativas de Argentina indica que el acto cooperativo “no implica operación de mercado”.

VIII.3.2. La relación de consumo

La relación de consumo es definida por la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario⁶²⁴.

Así, la doctrina⁶²⁵ califica a la relación de consumo como una especie de relación social, en virtud de la cual determinadas situaciones de hecho, aptas para la satisfacción de algunos fines o intereses, son considerados por el grupo social dignas de protección, razón por la cual, se les reconoce a los sujetos de la relación facultades o prerrogativas, y se le imponen los correlativos deberes.

La Ley N° 24.240, reformada por la Ley N° 26.361 establece con notable precisión el alcance de la categoría de los sujetos; sin embargo, no profundiza sobre el alcance del objeto y la causa.

Podemos inferir de la propia redacción del art. 3⁶²⁶ de la Ley de Defensa del Consumidor argentina que la relación podrá tener como causa todo hecho o acontecimiento susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones, sean lícitos o ilícitos, así como también podrá surgir de actos jurídicos, que tienen por fin inmediato establecer relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos⁶²⁷.

De modo tal que la normativa vigente, con sus modificaciones precedentemente citadas, expanden su régimen a toda relación jurídica donde intervenga un sujeto (persona física o jurídica) que, como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo —sin necesidad de ser parte de ella—, realice cualquiera de los actos

⁶²⁴ El art. 3 de la Ley N° 24.240 con las reformas de la Ley N° 26.361 establece en la parte pertinente que la relación de consumo es “el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”.

⁶²⁵ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de Obligaciones*, T. I, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 2004, págs. 65 y sigs.

⁶²⁶ El artículo en cuestión dice lo siguiente: “Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor y usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la ley 25.156 de defensa de la competencia y la ley 22.802 de lealtad comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”.

⁶²⁷ RUSCONI, Dante D., “Nociones Fundamentales”, en AA.VV, *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 140.

jurídicos mencionados en el apartado anterior, en especial adquiera o utilice bienes o servicios a título oneroso o gratuito como destinatario final, en beneficio propio o de un grupo familiar o social, así como a quien de cualquier manera esté expuesto a una relación de consumo.

Quedan comprendidos los medios tradicionales de transmisión de la propiedad (venta, donación, permuta o cesión) y todas sus variantes incorporadas fundamentalmente de la mano de la tecnología (contratación a través de medios electrónicos), así como las operaciones que impliquen goce o disfrute de las cosas como ser la locaciones de inmuebles, las cosas muebles o servicios materiales. También quedan comprendidas las prácticas comerciales (publicidad, oferta, entre otros), los daños causados por productos elaborados, los daños de incidencia colectiva (medio ambiente, salud, etc.)⁶²⁸.

De este modo, ingresan en la constelación de actos de consumo todas las prácticas posibles de relacionamiento entre consumidor y proveedor, siempre que ese acto de consumo agote la instancia del mercado⁶²⁹.

En efecto, el sujeto tutelado por la ley del consumidor es el destinatario final del bien o servicio. Se parte de un criterio objetivo a través del cual solo podrá invocar la norma de defensa del consumidor quien haya agotado el proceso en su parte final con el consumo del producto que fue producido por un sujeto distinto.

Más allá de la condición de destinatario final del bien o el servicio, repasaremos cuales son los sujetos titulares de los derechos emanados de la Ley de Defensa del Consumidor en Argentina, teniendo en cuenta la causa fuente que da origen al derecho:

- a) Persona física o jurídica, nacional o extranjera

La categorización de la norma incluye la persona jurídica, que no es lo mismo que la empresa ya que esta no se encuentra reconocida como sujeto de derecho en la legislación Argentina. La persona jurídica que puede ser considerada consumidor es la que es destinataria final del bien o servicio adquiridos en el mercado.

⁶²⁸ RUSCONI, Dante D., “Nociones Fundamentales”, en AA.VV, *Manual...*, Ob. Cit., pág. 143.

⁶²⁹ La corriente finalista está pensada para brindar una fuerte protección al consumidor, intrínseca o circunstancialmente débil, siempre que se relacione con un proveedor, sujeto profesional o experto que hace del comercio o de su actividad empresarial, su medio de subsistencia. Así, la vulnerabilidad es una situación permanente o provisoria, individual o colectiva, que fragiliza al sujeto de derechos, desequilibrando la relación de consumo y ello es una señal de necesidad de protección. Conf. LIMA MARQUES, Claudia en AA.VV, *Manual de Direito do Consumidor*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 2008, pág. 66 y 71.

Con respecto a la empresa, la misma no es sujeto de derecho en la normativa argentina, de tal modo que estará alcanzado por la Ley de Defensa del Consumidor en la medida que la persona jurídica sea titular de la empresa.

Tanto los profesionales como los artistas y artesanos quedan comprendidos en la nómina de sujetos tutelados por la ley en la medida que lo adquirido tenga como destino su actuación profesional o artística.

b) Sujeto que adquiera un bien o servicio o que sea cesionario de otro consumidor en cuyo caso ocupará el lugar del consumidor cedido.

La causa fuente de la relación de consumo en esta hipótesis es la contratación del bien o el servicio, ya sea de manera onerosa o gratuita con finalidad de destino personal.

También en este supuesto está incorporado el consumidor que logra su posición por cesionario del vínculo original. Se llama consumidor conexo, que es quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios. Al establecer el estatuto de consumidor a quien no es parte de una relación de consumo, la ley amplió el círculo de consumidores incorporando a aquellos que obtienen tal carácter a través de las sucesivas transmisiones o usos. De allí que la existencia de una cadena de adquisiciones entre consumidores no impide que emerja una relación de consumo y, por lo tanto, el último consumidor haga valer sus derechos frente al proveedor.

c) Sujeto que utilice el bien o el servicio sin necesidad de haber contratado.

Este supuesto abarca: (i) El usuario que “usa” y no contrata; (ii) La víctima de un daño causado por un producto o servicio; (iii) El sujeto expuesto a prácticas comerciales⁶³⁰.

En el tercer supuesto encontramos el llamado consumidor expuesto a una relación de consumo. Este consumidor expuesto implica ajenidad respecto de la relación de consumo, no existe vínculo desde antes sino que el mismo nace con la materialización de los efectos de una relación de consumo que refleja sus consecuencias hacia terceros. Es más, no hay contrato sino trato previo, una especie de responsabilidad precontractual ampliada que normalmente tiene origen en el contacto que mantiene el consumidor con prácticas de publicidad abusivas, engañosas, fraudulentas, ofertas que condicionan la compra u omiten información.

⁶³⁰ Conf. LORENZETTI, Ricardo L, *Consumidores...*, Ob. Cit., pág. 99.

La doctrina⁶³¹ señala que las modificaciones a la Ley de Defensa del Consumidor avanzaron en la incorporación de la figura del *bystander*, de origen anglosajón y que se traduciría como “aquel que está al lado de”, encontrándose en esta clasificación a todas las personas que, en grado potencial, podrían encontrarse afectadas de alguna forma por las consecuencias de una relación que les resulta absolutamente extraña.

d) Sujeto tercero beneficiario, quien se convierte en consumidor a raíz de ser el beneficiario de una contratación donde él no fue parte o sujeto adquirente o usuario posterior. Así, la doctrina⁶³² indica al respecto que, en el caso de que en el contrato de consumo se haya especificado un beneficiario, quien lo acepta se convierte lisa y llanamente en consumidor. Ello así porque el elemento activante del principio protectorio no es el acto de contratar, sino el hecho de consumir⁶³³.

Como hemos visto anteriormente, para que exista relación de consumo se requiere no solo de un sujeto activo del derecho, sino también de un sujeto pasivo, lo que la Ley de Defensa del Consumidor argentina identifica como “proveedor”.

Así, el art. 2 de la ley define al proveedor como “la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes o servicios, destinados a consumidores o usuarios”.

Como se observa, la noción de proveedor para la ley consumerista argentina comprende a todos los que ofrecen. Ahora bien, para ser considerado proveedor se requieren dos elementos: (i) el carácter de profesional de sujeto y (ii) que la oferta sea destinada al consumo, es decir, que tenga como destino final el consumidor y no una empresa.

De tal manera que estos sujetos profesionales para ser sujetos que quedan obligados al cumplimiento de la ley deben realizar con respecto a los bienes o servicios, algunas de las actividades que establece la norma consumerista, aunque de manera no taxativa, a saber:

⁶³¹ RUSCONI, Dante D., “Nociones Fundamentales”, en AA.VV, *Manual...*, Ob. Cit., pág. 163.

⁶³² LORENZETTI, Ricardo L, *Consumidores...*, Ob. Cit., pág. 124.

⁶³³ LORENZETTI, Ricardo L, *Consumidores...*, Ob. Cit., pág. 98.

- a) Producción: la producción se identifica con toda actividad orientada a elaborar cosas o servicios y la ley no hace distinción alguna con respecto al tipo de producto, por ello la doctrina considera abarcados tanto los productos manufactureros industriales o informáticos, como los productos agrícolas-ganaderos. Los bienes intangibles también están comprendidos, siempre que tengan como destinatario final al consumidor.
- b) Montaje: el término montaje implica el ensamble o combinación de las diferentes partes del producto o servicio para su puesta en funcionamiento, o para la utilización del mismo.
- c) Creación: la doctrina entiende que las actividades configurativas de un proveedor son las correspondientes a la creación de bienes o servicios y abarcan toda actividad destinada a establecer, introducir y producir algo nuevo⁶³⁴.
- d) Construcción y transformación: están comprendidos en la primera categoría la edificación o fabricación de obras de arquitectura o ingeniería. Por su parte, la transformación importa toda actividad que implique mutación de materias primas.
- e) Importación: la ley consumerista contempla solo el caso de la actividad importadora, porque el supuesto de la exportación queda comprendido bajo la ley de destino de los bienes o servicios. Los importadores son sujetos pasivos de ley en la medida que son los que ingresan al país los bienes que luego se incorporan al mercado y, por tanto, deben ser responsables de lo introducido y expuesto al público consumidor.
- f) Distribución o comercialización: en el universo de la distribución y comercialización se incluye a todos los contratos que tienen como finalidad económica la distribución de bienes con fines de comercializarlos, comprendiendo en este supuesto: la concesión, agencia, distribución, suministro, franquicia y consignación⁶³⁵.
- g) Prestación de servicios: los servicios comprendidos en la ley consumerista argentina se refieren a los prestados en forma profesional. El concepto de prestación de servicios es amplísimo para la ley conforme indica la doctrina y abarca los siguientes supuestos: la actividad aseguradora, los espectáculos

⁶³⁴ Conf. FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor...*, Ob. Cit., pág. 87.

⁶³⁵ Conf. LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores...*, Ob. Cit., pág. 112.

públicos, los clubes, las entidades financieras, los servicios públicos, la medicina prepaga, los consorcios de edificio, el turismo, el locador de cosa mueble o inmueble, el transporte en cualquiera de sus medios y las reparaciones. Se excluye en particular a los profesionales liberales de la nómina, salvo en lo que respecta a la publicidad que hagan estos profesionales ofreciendo su trabajo.

VIII.3.3. Conclusiones

Para determinar si la Ley de Defensa del Consumidor, sus derechos y principios son aplicables a los asociados/usuarios de las cooperativas de servicios públicos, se debe partir en principio del análisis del vínculo que une al asociado con la cooperativa.

Como hemos tenido oportunidad de ver precedentemente de acuerdo a la posición que tomó el propio legislador de la Ley de Cooperativas argentina, el vínculo es único y de índole societario.

Ello trae aparejado que no se trata de una relación de cambio ni de mercado y, por ello no existe un doble género de sujetos, como exige la Ley de Defensa del Consumidor para considerar que estamos frente a una relación de consumo y que, por ende, están alcanzados por la ley consumerista.

Aun a pesar de que la Ley de Defensa del Consumidor argentina considere que el elemento activante del principio protectorio no es el acto de contratar, sino el hecho de consumir y que este hecho jurídico puede ser incluso unilateral y de característica gratuita, el vínculo jurídico de consumo exige al menos dos sujetos.

En efecto, en el caso, no existe un “proveedor” y un “consumidor” porque, como hemos indicado en el apartado VIII.3.1.2, la doctrina sostiene mayoritariamente que en la vinculación de los socios con la cooperativa subyace un mandato o una gestoría que otorgan los asociados para que la entidad, en el caso de las cooperativas de consumo, adquieran los bienes o servicios en representación de los socios. De tal modo que son los propios socios autoorganizados los que en el supuesto de las cooperativas bajo análisis, se brindan el mismo servicio. Es decir, existe una confusión de roles porque son los propios asociados, a través de una empresa democráticamente organizada, los que concurren al mercado a adquirir la energía para, a su vez, autoabastecerse.

Ello significa que la entidad nace fundamentalmente para operar con sus asociados, la trama de la relación se teje principalmente para dentro y así los sujetos de la relación superponen la calidad de asociados y usuarios o consumidores en un concepto integral de la relación social, y su objeto y fines se nutren con el servicio, superando la aparente tipicidad de los actos jurídicos que se celebran⁶³⁶.

No podemos negar que para algunos autores⁶³⁷ la interpretación de que la relación cooperativizada no constituye actos de intermediación no puede servir de apoyo a la idea de la supresión de la personalidad de la cooperativa, ni a la actuación de la cooperativa a modo de mandatario de los socios. Aunque resulte comprensible dicho cuestionamiento, la posición del legislador y la expresa adopción del acto cooperativo como ajeno a una “operación de mercado”⁶³⁸, es decir, de intercambio es determinante para llegar a tal conclusión.

De allí que Vicent Chuliá haya señalado que estamos ante un supuesto de ficciones que tiende a eliminar la personalidad jurídica de la cooperativa como política de fomento⁶³⁹.

Nosotros somos partidarios de que la cooperativa es un mediador entre los consumidores y el mercado, es decir intercede en su propio nombre para satisfacer directa e indirectamente las necesidades de sus socios y consecuencia de ello es que no se aplica directamente la Ley de Defensa del Consumidor a la relación asociado/usuario/cooperativa, sin perjuicio de que se le aplicara por analogía el régimen tanto de defensa del consumidor, como de los actos jurídicos afines de conformidad con lo que procederemos a analizar en el punto VIII.4.

Ahora bien, nuestra posición también permite concluir que si bien el socio/usuario no está alcanzado directamente por el derecho consumerista, la cooperativa sí se encuentra legitimada para invocar el derecho del consumidor para reclamar en interés de sus propios socios, como así también los socios se encuentren legitimados para demandar en virtud de dichas normas directamente contra el proveedor al que la cooperativa compró o contrató para sus miembros⁶⁴⁰.

⁶³⁶ Conf. CORBELLA, Carlos “El Acto Cooperativo”, en AA.VV., *Régimen...*, pág. 61.

⁶³⁷ PANIAGUA ZURERA, Manuel, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, Ed. Mac-Graw-Hill, 1997, pág. 422.

⁶³⁸ Conf. Exposición de Motivos de la Ley N° 20.337, al comentar el art. 4.

⁶³⁹ VICENT CHULIÁ, Francisco, "En torno a la Ley General de Cooperativas de 1987", CIRIEC-España, *Revista de Economía Social y Cooperativa* N° 1, 1987, pág. 28.

⁶⁴⁰ Ver FAJARDO, Isabel, G., “Legitimación de la cooperativa para reclamar en interés de sus socios (sentencia de 27 de junio de 2007 (civil) RA. 3551/2007)”, *Revista de Derecho Comercial*, N° 269, julio-septiembre 2008 pag. 1194/1205. Para el supuesto en el cual los socios se encuentran legitimados

Por ello, consideramos que hay que diferenciar la prestación del servicio que hace la cooperativa al socio y la prestación que el socio recibe a través de la cooperativa del proveedor del bien o servicio. Al primer supuesto le cabe la conclusión arribada en primer término, es decir se le aplicará analógicamente la Ley consumerista si el derecho cooperativo no diera solución al caso, pero en el segundo escenario, donde los socios reciben a través de la cooperativa del proveedor un producto o servicio defectuoso, la acción podría deducirla tanto el socio como el ente (en interés de sus socios) y en ese caso sí podrían invocar el derecho del consumidor.

VIII.4. La relación entre la cooperativa/usuario no asociado y el régimen aplicable

La relación entre la cooperativa y el usuario tercero no asociado no se enmarca en una relación mutualística.

A pesar de los esfuerzos del legislador argentino por establecer en el art. 4 de la Ley N° 20.337 que también son actos cooperativos “respecto de las cooperativas, los actos jurídicos que con idéntica finalidad realicen con otras personas”, este es un claro ejemplo de que, como dice la doctrina, “no es fácil de explicar cómo un acto bilateral puede tener una naturaleza para una parte y otra distinta para la otra parte”⁶⁴¹.

Imaginemos una vinculación entre una cooperativa prestadora de servicios públicos y un usuario no asociado; de acuerdo a la disposición legal para la entidad prestadora el acto que lo vincula con el tercero usuario sería un acto cooperativo y estaría regido por el derecho cooperativo, mientras que para el tercero usuario sería un contrato de compra venta y estaría regido por el régimen que regule dicha vinculación y por la ley consumerista.

No se comprende el alcance de esta extraña disposición legal y, de hecho, “nadie ha podido dar una interpretación aceptable de dicho párrafo”⁶⁴².

para demandar directamente contra el proveedor con el que la cooperativa contrato, encontramos importante jurisprudencia en España sobre cooperativas de viviendas. Dichos antecedentes reconocen a la cooperativa y a sus socios legitimación activa para reclamar por incumplimiento, vicios o ruina contra el constructor, y no reconocen a la cooperativa como legitimado pasivo de esas reclamaciones por no ser constructor, promotor o vendedor, sino mediador (SSTS 5-2-1993 (RA 829), 22-9-1994 (RA 6982), 8-6-1992 (RA 5168), 14-4-1983 (RA 2112), 6-3-1990 (RA 1672), 21-6-1986 (RA 4769), 29-1-1991 (RA 345) o 8-5-1995 (RA 3942).

⁶⁴¹ PASTORINO, Roberto J., *Teoría General...*, Ob. Cit., pág. 96.

⁶⁴² PASTORINO, Roberto J., *Teoría General...*, Ob. Cit., pág. 135.

Para nosotros, en el caso, la cooperativa opera como cualquier otra entidad del mercado, vendiendo sus servicios y obteniendo ganancias por ellos. Como se ha tenido oportunidad de ver en el Capítulo IV, dichas ganancias no podrán ser distribuidas entre los asociados y deberán exponerse en la cuenta de reservas, a pesar de que dichas reservas puedan utilizarse para enjugar pasivos.

Ahora bien, para el tercero usuario, aun si nos ajustáramos a los términos de la Ley de Cooperativas, la relación siempre estaría enmarcada en un vínculo de consumo, ya que claramente se advierte la existencia de dos categorías de sujetos, un “proveedor”, la cooperativa y un “consumidor/usuario”, el tercero, conforme establece el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor argentina.

De allí que a este especial vínculo se debe aplicar la Ley de Defensa del Consumidor de manera directa.

Lo mismo sucede en los siguientes supuestos: (i) tercero usuario que “usa” pero no contrata; (ii) la víctima de un daño causado por un producto o servicio; (iii) el sujeto expuesto a prácticas comerciales. En todos estos casos la cooperativa prestadora de servicios públicos está sujeta a las responsabilidades emergentes de la Ley de Defensa del Consumidor y esta será la norma aplicable al hecho de consumir.

VIII.5. Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a la relación asociado/usuario/cooperativa. ¿Directa o análoga?

El derecho cooperativo, como en general los estatutos sociales y los reglamentos de las cooperativas bajo estudio en Argentina, no contienen normas que se relacionen con la prestación del servicio. Tampoco se incorporan en dichos documentos derechos que garanticen al usuario el consumo del servicio que prestan estas entidades.

Es difícil encontrar experiencias en cooperativas de servicios públicos donde hayan incorporado reglamentos y si éstos existieran normalmente regulan el funcionamiento de los órganos sociales, pero no ahondan en la forma en que debe prestarse el servicio, como tampoco en mecanismos internos que garanticen al asociado el acceso a reclamar por el servicio. De igual modo, en general ni los estatutos, ni los reglamentos (si existieran) incorporan derechos del

usuario/consumidor, ni las garantías constitucionales que abraza el art. 42⁶⁴³ de la Carta Magna.

De tal modo que, como se tuvo oportunidad de concluir en el punto VIII.3.1.3., en la medida que sostenemos que la relación cooperativizada entre asociado/cooperativa no representa una relación de consumo y, por tanto, el derecho que se le aplica al caso es el derecho cooperativo, el estatuto y el reglamento, cuando el reclamo del asociado/usuario tiene relación con el servicio y con derechos como el de información, protección, seguridad, reciprocidad de trato, entre otros, habrá que realizar una labor integrativa de la ley para poder dar solución al caso.

En efecto, el art. 16 del Código Civil argentino incluye un mecanismo inobjetable de integración destinado a suplir las deficiencias de la ley. Así, señala que “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de la leyes análogas; y si aún la cuestión fuera dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

Esta norma tiene alcance extensivo a todo el ordenamiento jurídico⁶⁴⁴. El alcance del art. 16 del Código Civil tiene su fundamento en que el derecho civil es el tronco madre del derecho positivo, del cual fueron naciendo las otras ramas, como así también en la función supletoria que se le reconoce al derecho civil en relación con otras ramas, en tanto no existe norma o principio que lo excluya⁶⁴⁵.

El mencionado artículo "alude a “los principios de la leyes análogas” y esto incluye tanto la analogía *legis* como la analogía *iuris*. Ello significa “que en el supuesto de detectarse una laguna del derecho, debe recurrirse en primer lugar a los principios de leyes análogas con la condición de que se exista una similitud de situaciones y una similitud de la *ratio legis*, es decir supuestos de hecho semejante e identidad de razón, tal como lo identifica el art. 4 del Código Civil español”⁶⁴⁶.

El que tiene a su cargo el análisis y ordena el diseño de la semejanza lógica es el juez, quien debe vincularse con los elementos esenciales. El juez tendrá a su

⁶⁴³ El art. 42 de la Constitución Nacional argentina fue transcrito en la Nota N° 93.

⁶⁴⁴ La Corte Suprema de Justicia de la Nación tienen dicho que la regla de interpretación del art. 16 excede los límites del derecho privado para proyectarse como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno, conforme fallo CSJN, “Petruccelli F. y otro c/ Municipalidad de Capital”, Fallos: 312:956, de fecha 13/06/1989, publicado en *Jurisprudencia Argentina* 1990-II-1993. Se aclara que dicho alcance no se extiende al derecho penal donde rigen otros principios. VIGO, Rodolfo L., *Integración de la ley, Art. 16 del Código Civil*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, págs. 76-77.

⁶⁴⁵ VIGO, Rodolfo L., *Integración de la ley...*, Ob. Cit., pág. 76.

⁶⁴⁶ POSTMA, Hernán F., *El Proceso, Construcción dogmática del proceso, problemática jurídica de la interpretación e integración de la ley en el proceso*, Ed. Nova Tesis, Buenos Aires, 2010, pág. 426.

cargo determinar si hay semejanza en los motivos o la finalidad de la norma, con el hecho que se debe fallar, y que si en el caso regulado, como en aquel que debe resolver, existen situaciones que suscitan igual razonamiento jurídico, lo que implicaría que debería haber una misma regulación.

La aplicación del método analógico exige que concurren las siguientes condiciones: que el caso no esté especialmente previsto, que haya afinidad de hecho y relación precisa entre el caso contemplado por la ley y el conflicto llevado ante los tribunales; que haya identidad de razones para resolver el conflicto en la misma forma que lo hace la ley análoga, que la diversidad de hipótesis afecte sólo a aspectos no esenciales, y finalmente, que el resultado sea racional⁶⁴⁷.

El criterio adoptado por el art. 16 del Código Civil señala al Juez cuáles son las fuentes a las que debe recurrir y qué métodos debe utilizar para completar la ley. De tal modo que el artículo en cuestión prevé dos soluciones para el caso de insuficiencia normativa: a) recurrir a la analogía; b) recurrir a los principios generales del derecho.

Ahora bien, nos detendremos a analizar el concepto de la analogía y su alcance.

En sentido vago, se entiende por analogía el parecido más o menos lejano, particularmente entre cosas que no se parecen en su aspecto general y que no pueden ser subsumidas bajo un mismo concepto.

Por su parte, la analogía en sentido jurídico se impone, según la doctrina⁶⁴⁸, en tres acepciones: (i) como concepto⁶⁴⁹; (ii) como juicio o proposición⁶⁵⁰, y (iii) como argumento.

Siguiendo a ese autor, la analogía como argumento es la que nos interesa en la medida en que, en este caso, la analogía resulta ser un procedimiento mediante el cual un caso no previsto por la legislación puede ser resuelto por la aplicación de las mismas normas que han sido instituidas para una cuestión semejante o análoga.

Según este aspecto la doctrina señala “si dos cosas son semejantes en cierto número de propiedades manifiestas en ambas, puede llegarse a la conclusión de que también lo son en otras propiedades que se manifiestan sólo en una de ellas”⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ POSTMA, Hernán F., *El Proceso...*, Ob. Cit., pág. 427.

⁶⁴⁸ POSTMA, Hernán F., *El Proceso...*, Ob. Cit., pág. 377.

⁶⁴⁹ Analogía como concepto corresponde a aquel al que no se puede referir de modo unívoco ni equívoco. Así, se indica que la analogía es una relación entre conceptos, resultan ser conceptos abiertos que se aplican primero a un caso central y, en forma derivada o analógica, a los casos de penumbra. POSTMA, Hernán F., *El Proceso...*, Ob. Cit., pág. 377.

⁶⁵⁰ La analogía como juicio o proposición aparece como relación de semejanza, tratándose de semejanza de relaciones. POSTMA, Hernán F., *El Proceso...*, Ob. Cit., pág. 377-8.

⁶⁵¹ POSTMA, Hernán F., *El Proceso...*, Ob. Cit., pág. 378.

Pasaremos revista de cuáles son los requisitos de la analogía:

- (i) Existencia de una laguna legal.

Alchourrón y Bulygin⁶⁵² consideran que las lagunas pueden ser normativas o axiológicas.

En el caso de la laguna normativa, la analogía consiste en asimilar el caso no calificado normativamente a otro que lo esté, sobre la base de tomar como relevante alguna propiedad que posean en común ambos casos.

A diferencia de la laguna normativa, la laguna axiológica o valorativa es aquella en la que un caso está correlacionado por un sistema normativo con una determinada solución, y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso, de acuerdo con el sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas.

Las lagunas valorativas no se dan toda vez que el sistema jurídico estipula una solución injusta para un caso, sino cuando tal injusticia se funda en la consideración de que debería tomarse como relevante una propiedad que para el derecho no lo es.

Este alcance de lo que los autores⁶⁵³ califican como laguna axiológica acarrea como consecuencia el reconocimiento de que el derecho estipula una decisión para el caso (a diferencia de la laguna normativa); sin embargo, sucede que el juez o los operadores jurídicos consideran que el legislador no hubiera establecido la solución que prescribió si hubiera reparado en la propiedad que no tomó en cuenta.

La doctrina⁶⁵⁴ ha admitido pacíficamente cuatro elementos clásicos de lagunas:

- 1) Cuando la ley sólo da al juez una orientación general, señalándose expresa o tácitamente hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas particulares y que el juez debe estimar e investigar para el caso concreto.
- 2) Cuando la ley calla, ya intencionalmente, ya porque no se previó el caso, ya porque de ningún modo podía resolverse, por no suscitarse la cuestión hasta después de dictada la misma.

⁶⁵² La obra más destacada que aborda el problema de la analogía pertenece a ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 141 y sigs.

⁶⁵³ ALCHOURRÓN Carlos E., BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos...*, Ob. Cit., pág. 159 y sigs.

⁶⁵⁴ POSTMA, Hernán F., *El Proceso...*, Ob. Cit., pág. 389 y sig.

- 3) Cuando hay dos leyes que, sin preferencia alguna entre sí, se contradicen haciéndose recíprocamente ineficaces.
 - 4) Cuando una norma es inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquellos o sospechado éstas. Se habla entonces de investigación correctora del derecho.
- (ii) Existencia de una disposición jurídica análoga.

Como segundo elemento de la analogía se exige la existencia de una disposición análoga al supuesto no regulado.

Para llenar una laguna de una ley, hay que constatar la existencia de la laguna de la ley y para recurrir a la ley aplicable por analogía hay que constatar que falta una ley que se aplique directamente⁶⁵⁵.

Hay que tener presente que para la aplicación analógica, se debe tener en cuenta la semejanza relevante o esencial de la disposición análoga. Es decir, tiene que existir una relación de equivalencia.

- (iii) Identidad de razón.

El significado de identidad de razón o *ratio legis* se relaciona con el significado de finalidad o sentido subjetivo del fin del legislador o de razón suficiente.

La identidad de razón es un requisito fundamentador de la igualdad jurídica.

Para comprobar la existencia de la identidad de razón se deben seguir tres pasos: reflexivo (todo caso es idéntico en la *ratio* a sí mismo), simétrico (si un caso tiene la misma *ratio* que otro, éste tiene la misma *ratio* que el primero) y transitivo (la semejanza de supuestos tiene que serlo siempre en los elementos claves o relevantes)⁶⁵⁶.

- (iv) Inexistencia de una voluntad del legislador contraria.

⁶⁵⁵ POSTMA, Hernán F., *El Proceso...*, Ob. Cit., pág. 403.

⁶⁵⁶ POSTMA, Hernán F., *El Proceso...*, Ob. Cit., pág. 401.

Para que concurra la aplicación analógica es requisito ineludible que el legislador no haya prohibido o limitado el uso del sistema analógico. En este sentido, se debe analizar en especial las expresiones del legislador y el espíritu de la norma.

Hasta aquí hemos abordado la solución que dio el Código Civil vigente para el caso de insuficiencia legislativa o lagunas, sin embargo, teniendo en cuenta que se ha sancionado un nuevo Código Civil en Argentina que entrará en vigencia el 1 de agosto de 2015, indicaremos cuál es la solución que ha abrazado la nueva legislación para el caso de integración de la ley.

Así el art. 2 dispone “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Mayormente, la doctrina entiende que la aplicación analógica no es más que un aspecto del fenómeno de la interpretación, vinculado a las lagunas del derecho.

De allí que aunque el nuevo texto de Código Civil y Comercial no prevé, como lo hace el Código Civil aún vigente, una solución expresa para cuando una cuestión civil no pueda resolverse por las palabras o por el espíritu de la ley, sin embargo se debe entender que cuando el art. 2 transcripto establece las fuentes a las que se debe recurrir para interpretar la ley, la “interpretación” debe entenderse como abarcativa de la integración para el caso de insuficiencia.

En apoyo a esta posición la jurisprudencia ha señalado “Que la analogía es un método de interpretación y aplicación de la ley legalmente inobjetable”⁶⁵⁷.

Entendemos que el legislador del nuevo Código Civil y Comercial ha sido partícipe de la posición de que la integración es una forma de interpretación y, por tanto, para integrar una norma se deben tener en cuenta las mismas fuentes que para la interpretación fueron previstas por el art. 2, es decir las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, todo ello de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

Como corolario de lo abordado en el presente punto podemos agregar que la Ley de Defensa del Consumidor se aplicará a la relación asociado/usuario/cooperativa como norma análoga, en la medida que este derecho subsane o cubra las insuficiencias regulativas del derecho aplicable de manera directa, es decir, el derecho cooperativo, los estatutos y los reglamentos.

⁶⁵⁷ C. Civ. y Com. de San Nicolás, “Gómez, G. c/ A. G. McKee Arg. Co.”, de fecha 22/12/1981.

Ahora, para que corresponda su aplicabilidad el juez deberá tener en cuenta las pautas que hemos repasado, en especial una similitud de situaciones y una similitud de la *ratio legis*, es decir, supuestos de hecho semejante e identidad de razón. Además, el juez deberá determinar que a su juicio ambos casos deberían ser regulados de la misma manera en el entendimiento que por la semejanza en los motivos y finalidad de la norma, las dos situaciones suscitan igual razonamiento jurídico, lo que implica que deben estar sujetas bajo la misma regulación.

Como se tuvo oportunidad de señalar previamente, la *ratio legis* es uno de los elementos necesarios que deben acreditarse para que corresponda la aplicación analógica. La *ratio legis* es el objeto o finalidad de la ley y, por tanto, se deberá indagar en los intereses jurídicos protegidos, además de la construcción lógica de la norma.

Por ello es que solo será aplicable por analogía la Ley de Defensa del Consumidor a la relación asociado/usuario/cooperativa en la medida que existiendo una insuficiencia normativa de la legislación cooperativa, estatuto y reglamentos, su aplicación y la *ratio legis* de la norma a aplicar respete los principios y las bases del sistema cooperativo, y siempre teniendo en cuenta que su aplicación analógica resguarde la finalidad de la norma de defensa del consumidor, es decir, su fin tuitivo.

VIII.6. Consideraciones finales

Compartimos con el Profesor Cracogna⁶⁵⁸ que “la asimilación de la situación de los asociados de la cooperativa a la de los consumidores enfrentados con los proveedores es una ligereza que proviene de ignorar la peculiar naturaleza de las cooperativas”, resultando un “desaliento a la organización libre y voluntaria de los consumidores generando, como contrapartida, la idea de que es el Estado el único que puede —y debe— ocuparse de proteger a los consumidores y que nadie más puede hacerlo según su libre arbitrio y voluntad”.

Si partimos de la idea de que el derecho del consumidor nace como respuesta a los abusos y desequilibrios del mercado y con miras de proteger al más débil, y que la organización cooperativa de consumidores nace como una organización libre,

⁶⁵⁸ CRACOGNA, Dante “El acto cooperativo y la defensa...”, Ob. Cit., <http://www.cooperar.coop/sites/default/files/Acto cooperativo y defensa del consumidor.pdf>.

democrática, compuesta por los mismos sujetos interesados en autobrindarse un bien o servicio, a los fines de sustituir el intermediario y con ello bajar los costos, no existe razón para aplicar de manera directa el derecho del consumidor a la relación asociado/usuario/cooperativa.

En efecto, como se ha tenido oportunidad de concluir la relación usuario/asociado/cooperativa no es una relación de consumo porque tal vínculo no admite la existencia de un proveedor y un consumidor y, por lo tanto, las operaciones que realizan los usuarios/asociados con la cooperativa en procura de la consecución de los bienes o servicios es un elemento inherente de la relación social, sustanciándose con ello la mutualidad.

En el caso de análisis la cooperativa prestadora de servicios públicos actúa como un mero gestor de los intereses de los socios y son éstos quienes se autoabastecen el propio servicio. Ello trae aparejado que no se trata de una relación de cambio, ni de mercado y, por ello, no existe un doble género de sujetos, como exige la Ley de Defensa del Consumidor para considerar que estamos frente a una relación de consumo y que, por ende, están alcanzados por la ley consumerista.

La conclusión arribada importa que las cuestiones que se susciten entre la cooperativa y los usuarios asociados, se deberán resolver a la luz de las normas que regulan la relación: Ley de Cooperativas, Estatuto y Reglamento y, solo en caso de ausencia de previsión, se requerirá una integración armónica y se aplicará subsidiariamente, y —de corresponder— la Ley de Defensa del Consumidor.

Retomando la idea, si la propia cooperativa prestadora de servicios públicos contemplara en el estatuto o en un reglamento los derechos del usuario/asociado con relación a la prestación del servicio, se debería estar a ellas, máxime si la misma es más favorable a sus intereses que la propia ley consumerista.

Ahora, frente a la insuficiencia normativa cuando el reclamo del asociado/usuario tiene relación con el servicio y con derechos como el de información, protección, seguridad, reciprocidad de trato, entre otros, habrá que realizar una labor integrativa de la ley, a la luz del art. 16 del Código Civil (y, a partir del 1 de agosto de 2015, en los términos del art. 2 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación) para poder dar solución al caso y aplicar en el supuesto el micro sistema del consumo. Ello así siempre que la aplicación de tal derecho sea compatible y no signifique aplicar normas contrarias a la naturaleza cooperativa y/o que alteren el fin tuitivo de la norma consumerista.

Ejemplo de aplicación analógica que afecta la naturaleza cooperativa, como el fin tuitivo de la norma sería el caso de una acción colectiva iniciada por una asociación de consumidores donde se intente procurar una indemnización a favor de los usuarios cuando quienes pueden resultar beneficiados por una condena indemnizatoria son quienes, a su vez, deben soportar la condena, ya sea mediante la transferencia de dicho monto indemnizatorio a tarifa, o mediante la propia absorción de capital de la entidad que experimentaría una descapitalización a favor de los mismos asociados (movimiento patrimonial que para los asociados es de suma cero, pues son ellos mismos los que contribuyen a capitalizar a la entidad)⁶⁵⁹.

Habida cuenta de las conclusiones arribadas somos partidarios de que la Ley de Defensa del Consumidor no debe aplicarse a la relación usuario/asociado/cooperativa y sólo analógicamente en caso de ausencia normativa e identidad de *ratio legis* se debería recurrir a tal normativa para dar solución al caso.

A su vez, nuestra posición también permite concluir que si bien el socio/usuario no está alcanzado directamente por el derecho consumerista, la cooperativa sí se encuentra legitimada para invocar el derecho del consumidor para reclamar en interés de sus propios socios, como así también los socios se encuentren legitimados para demandar en virtud de dichas normas directamente contra el proveedor al que la cooperativa compró o contrató para sus miembros.

⁶⁵⁹ Conf. Cámara Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala II de la Ciudad de Neuquén, en autos: "ACUDEN C/ CALF Ltda. s/ Daños y perjuicios, responsabilidad contractual particulares", Expte. N° 473.646/2013, de fecha 15/07/2015, donde se indica con respecto al agravio por la condena a la restitución de las sumas indebidamente cobradas en concepto de interés moratorio y al pago de la indemnización a favor del usuario establecida en el art. 31 de la Ley de Defensa del Consumidor, "Teniendo en cuenta las especiales características del ente cooperativo, y la ausencia de contraposición de intereses, no resulta acorde al fin tuitivo que persigue la normativa de defensa del consumidor imponer una carga económica que, en definitiva, y como bien lo señala el apelante, ha de ser afrontada por los mismos beneficiarios, a la vez asociados de la cooperativa; directamente, a través de la necesidad de capitalización, o indirectamente, como consecuencia de la afectación de la calidad y eficiencia del servicio que se presta".

CAPÍTULO IX: Estructura orgánica de las cooperativas prestadoras de servicios públicos

IX.1. Introducción

En este capítulo se repasarán los grandes lineamientos de la estructura orgánica de las cooperativas en general, poniendo especial énfasis en las cuestiones conflictivas que derivan de la particularidad de las cooperativas bajo análisis. Es decir, se pretende contextualizar partiendo de una introducción sobre el marco jurídico general del tema de referencia para, desde allí, plantear cuestiones problemáticas y sugerencias superadoras de estas cuestiones.

Como hemos visto en el Capítulo II, al cual nos remitimos, las cooperativas prestadoras de servicios públicos experimentan una importante tensión del principio de control democrático.

Así, advertimos algunos males que afectan considerablemente la organización como cuerpo democrático. En este sentido se destacan las siguientes debilidades: falta de participación de los socios; manipulación de los mecanismos electorales por parte de los administradores; control de la organización por aquellos que la dirigen y disminución de la influencia de los asociados; preponderancia de estructuras burocráticas y concentración del poder en los dirigentes; carencia de oposición y falta de información a los asociados, permitiendo ello que las conducciones se mantengan por años en la administración de estas entidades.

Como hemos señalado en el capítulo referido, muy pocos socios participan en las elecciones del órgano de gobierno y son muchos menos los que se involucran en el control de la administración y en la vida de la cooperativa. También advertimos que las normas estatutarias en muchos casos no contemplan la incorporación de las minorías, sin que ello permita la pluralidad de voces y el control de gestión por parte de la oposición.

De igual modo, tanto en las asambleas directas como en las indirectas la elite que gobierna este tipo de cooperativas manipula los actos eleccionarios, a través de mecanismos ya abordados en el Capítulo II, como así también los recursos para mantenerse en el poder, no generar nuevos liderazgos, ni oposición.

Todas estas conductas afectan la calidad de la democracia en este tipo de organizaciones voluntarias y es por ello que hemos considerado adecuado aportar herramientas que permitan superar tales debilidades.

Apuntalar la democracia de estas organizaciones favorece no solo al mantenimiento de los principios cooperativos, sino también favorece al desarrollo del civismo y de la cultura cívica política de las sociedades en general. Sin embargo, conforme las expresiones de un distinguido autor “si las organizaciones voluntarias y democráticas proporcionan una valiosa contribución a la democracia, su naturaleza democrática no es un factor conocido *a priori*. La democracia dentro de las organizaciones voluntarias está sujeta a fuerzas competidoras, unas favorables al mantenimiento del gobierno democrático- y otras conducentes a un control oligárquico”⁶⁶⁰.

De allí que pondremos especial consideración en proponer mecanismos que hagan al buen gobierno corporativo, que fortalezcan la democracia y que eviten el alto grado de conflictividad que se origina en los órganos sociales de este tipo de entidades en estudio.

IX.2. El órgano de gobierno

El órgano de gobierno, también llamado asamblea, es la reunión de asociados congregados conforme a la ley y lo que los estatutos dispongan, con la finalidad de resolver las cuestiones que sean de su estricta órbita de competencia y, en consecuencia, expresar la voluntad social en lo que concierne a la cuestión bajo tratamiento.

Esta simple definición *a priori* indica que para ser encuadrada como tal y considerada válida, la asamblea debe respetar las siguientes premisas:

- Debe existir una convocatoria.
- La convocatoria debe ser resuelta por el órgano competente.
- La convocatoria debe realizarse bajo las formalidades que exige la ley y el estatuto, es decir, debe comunicarse por los medios que las normas dispongan

⁶⁶⁰ ENJOLRAS, Bernard, “Organizaciones voluntarias y democracia. Bases teóricas”, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 37, 2001, págs. 141 a 175.

con la antelación debida, junto con el orden del día, la fecha, hora y lugar de la reunión⁶⁶¹.

- Los asociados presentes deben estar habilitados para participar.
- Debe existir un quórum determinado impuesto por la ley o el estatuto.
- Entender en forma exclusiva en todos aquellos asuntos que sea reserva de la asamblea⁶⁶².
- Las decisiones deben adoptarse respetando la ley y el estatuto.

En las cooperativas prestadoras de servicios públicos las asambleas no gozan de particularidades especiales; sin embargo, es oportuno indicar que en general la mayoría de las cooperativas en cuestión tienen que realizar asambleas indirectas⁶⁶³ para elegir los delegados que representarán a los asociados en la asamblea general.

Ello así en la medida que es fácil para estas cooperativas superar el número de 5.000 asociados (impuesto por la Ley de Cooperativas como tope para realizar asambleas directas⁶⁶⁴) aun cuando la población sea relativamente pequeña. Ahora bien, a pesar de que no se supere el número exigido por ley para obligar a hacer asambleas indirectas, los estatutos de las cooperativas también pueden disponer la realización de este tipo de asambleas, toda vez que la obligatoriedad nace con la superación del límite, pero nada impide que la entidad en sus estatutos establezca tal método, aun cuando no se supere tal límite legal.

⁶⁶¹ En el caso de las cooperativas prestadoras de servicios públicos que superen los 5.000 asociados, conforme disposición de la Autoridad de aplicación (INAES), Resolución N° 493/87, se deberá convocar por dos días en uno de los diarios de mayor circulación, correspondiente al lugar de su domicilio legal y en cada uno de los distritos si éstos no coincidieran con aquel y, en defecto de esto, en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción.

⁶⁶² El art. 58 de la Ley 20.337 de cooperativas argentina establece: “Es de competencia exclusiva de la asamblea, siempre que el asunto figure en el orden del día, la consideración de: 1. Memoria, balance general, estado de resultados y demás cuadros anexos; 2. Informes del síndico y del auditor. 3. Distribución de excedentes; 4. Fusión e incorporación; 5. Disolución; 6 Cambio de objeto social; 7 Participación de las personas jurídicas de carácter público, entes descentralizados y empresas del Estado en los términos del último párrafo del artículo 19, y 8. Asociación con personas de otro carácter jurídico...”.

⁶⁶³ Se entiende por asambleas indirectas, también llamadas de distrito, aquellas que por superar el límite impuesto por la Ley de Cooperativas debe ser constituida por delegados elegidos en asambleas electorales de distrito. En tal sentido, el art. 50 de la Ley N° 20.337 de cooperativas argentina en su parte pertinente dispone: “Cuando el número de asociados pase de cinco mil, la asamblea será constituida por delegados elegidos en asambleas electorales de distrito en las condiciones que determinen el estatuto y el reglamento. Puede establecerse la división de los distritos en secciones a fin de facilitar el ejercicio de los derechos electorales a los asociados...”.

⁶⁶⁴ Se entiende por asambleas directas aquellas en las cuales participan de manera personal los asociados.

Aunque las asambleas en las cooperativas bajo estudio puedan ser directas cuando no superen los 5.000 asociados, pondremos énfasis en el estudio de esta clase de reunión de socios por la conflictividad y problemática que acarrea.

IX.2.1. Las asambleas indirectas y/o de distrito en las cooperativas de servicios públicos y su organización

IX.2.1.1. Alcance de la noción de distrito

Se entiende por distrito un área geográfica determinada. En efecto, las asambleas indirectas que elegirán los delegados para conformar la asamblea general de la sociedad, se dividen en circunscripciones geográficas electorales (distritos) para facilitar que los asociados ejerzan el voto.

Tal concepto se deriva de la referencia que hace la propia Ley de Cooperativas argentina en el art. 50: “Las asambleas de distrito se realizarán al solo efecto de elegir delegados por simple mayoría de votos (...) Igual procedimiento puede adoptar el estatuto, aunque el número de asociados sea inferior al indicado, para la representación de los domiciliados o residentes en lugares distantes del de la asamblea, sobre la base de un régimen de igualdad para todos los distritos...”.

Por su lado, también la Autoridad de aplicación de las cooperativas en Argentina, mediante la Resolución N° 665/82 dispone el modelo que deben seguir las cooperativas que superen los 5.000 asociados e indica a tal efecto en los arts. 2 y 5 que “Los distritos deberán delimitarse o hacerlos coincidir con las sucursales si las hubiera” y que “Podrán participar en las asambleas electorales de distrito los asociados incluidos en el padrón (...) quienes ejercerán su derecho a voto en la sección del distrito correspondiente al último domicilio registrado en la cooperativa o bien donde tuvieran cuenta, si trata de un banco cooperativo”.

La intención del Legislador, como del órgano de contralor es asimilar el distrito a un área geográfica que goza de la particularidad de encontrarse en un radio cercano al domicilio del asociado con miras de facilitar y promover el principio de control democrático.

IX.2.1.2. Condiciones de las asambleas distritales

La Ley de Cooperativas argentina en el art. 50 determina los términos de las asambleas distritales, a saber:

- Número de asociados superior a 5.000. En estos casos las asambleas serán indirectas, mediante asambleas electorales de distrito y en ellas se elegirán delegados.
- A su vez, los distritos pueden dividirse en secciones, a fin de facilitar el ejercicio de los derechos electorales a los asociados.
- La competencia de las asambleas de distrito se circunscribe a la elección de los delegados.
- Los delegados deben elegirse por simple mayoría.
- Los cargos de los delegados durarán hasta la próxima asamblea ordinaria, salvo que el estatuto lo limite a menor tiempo.
- Previamente a la constitución de la asamblea, ésta debe pronunciarse sobre las credenciales de los delegados.

A su vez, la Autoridad Nacional de aplicación mediante Resolución N° 665/82 citada previamente, puso en vigencia el modelo de las elecciones por distrito, al cual las cooperativas por constituirse podrán incorporar a sus estatutos o adaptarlo con las modificaciones que crean conveniente según el caso.

El modelo en cuestión propone lo siguiente:

Actos electorales: las asambleas electorales tendrán como único objetivo llevar adelante los actos electorales para elegir representantes para la asamblea general.

(i) Convocatoria: las asambleas de distrito deberán ser convocadas por el Consejo de Administración o, en su defecto, por el síndico, con una antelación de 20 días a la fecha de las asambleas distritales y con por lo menos 45 días de anterioridad a la asamblea general de delegados.

La convocatoria deberá ser publicada por lo menos con 10 días antes de las asambleas distritales, por dos días, en uno de los diarios de mayor circulación de la zona en que se realice la asamblea electoral de distrito. Dicha convocatoria deberá comunicarse tanto al INAES, como al órgano de contralor provincial.

(ii) Padrón de asociados y derecho a ejercer el voto: los padrones deberán ser exhibidos con la antelación debida a la fecha de la asamblea distrital. Podrán participar en las asambleas electorales de distrito los asociados que se encuentren incluidos en el padrón. El padrón deberá contener también a los

socios ingresados a la cooperativa en el último ejercicio. El Consejo de administración deberá emitir una credencial para que el asociado pueda ejercer el voto. Además, se deberá firmar el libro de registro de asistencia a asamblea.

(iii) Lugar y quórum: la asamblea distrital tendrá lugar en el lugar que fue convocada dentro de la jurisdicción del distrito electoral. En primera convocatoria podrá sesionar con la mayoría simple. Si no se reuniera en primera convocatoria la mayoría en cuestión, en segunda convocatoria, en el caso en que se hubiera convocado en estos términos, la asamblea deberá hacerse una hora después, cualquiera sea la cantidad de asociados asistentes.

(iv) Delegados a elegir: se elegirán un delegado titular y otro suplente por cada asociado o fracción que no sea mayor a cien asociados.

(v) Listas: las listas para la elección de delegados se confeccionarán debiendo tener en cuenta los siguientes datos: número de asociado, nombre y apellido, documento de identidad, domicilio, fecha de ingreso con indicación de la fecha de la resolución y del órgano que lo emitió, número de cuotas sociales suscriptas e integradas y el carácter de miembro titular o suplente.

Las listas deberán contar con el apoyo de un porcentaje de asociados que el estatuto establecerá y la aceptación firmada por los candidatos propuestos.

Los candidatos a delegados están alcanzados por las mismas incompatibilidades que los consejeros.

Las listas serán oficializadas por el Consejo de Administración y a esos efectos los apoderados de las listas deberán presentarla con una antelación de doce días a la fecha de la celebración de la asamblea.

El Consejo de Administración deberá expedirse mediante resolución del órgano sobre la admisión de las listas presentadas dentro de las 72 horas y tendrá la lista observada 5 días para subsanar los defectos o cambiar los candidatos que no reúnan las condiciones de exigencia estatutaria.

(vi) Elección: el voto será secreto y por lista completa. Ello significa que si una lista ha omitido algún candidato, la misma no podría participar del acto electoral, ni tampoco cubrir dicho lugar, sólo tendría derecho a reemplazar un candidato cuando el Consejo de Administración lo hubiera observado o impugnado.

Las asambleas de distritos finalizarán con la elección y proclamación de los candidatos a delegados electos. A estos últimos el Consejo de Administración

les deberá proveer la credencial. En cada distrito, finalizado el comicio se deberá labrar un acta que será enviada al Consejo de Administración dentro de los 5 días de la clausura de la asamblea distrital.

(vii) Distritos y secciones: los distritos deberán delimitarse haciendo coincidir si se pudiera, con las sucursales. Por su parte, en caso de dividirse en secciones, las asambleas de distrito se celebrarán en el lugar que se fije en la convocatoria, el que deberá estar ubicado en la jurisdicción correspondiente a la sección de que se trate.

IX.2.1.3. Tipos de asambleas de distrito

Las asambleas de distrito pueden ser asambleas presenciales⁶⁶⁵ o, en su caso, cuando los distritos se dividen en secciones, asambleas electorales⁶⁶⁶.

Si el Estatuto adopta el sistema de asambleas presenciales se deberá estar a lo que dispone el art. 6 del modelo de Resolución N° 665/82, en el caso de que este se hubiera adoptado estatutariamente, que establece que “Los padrones serán exhibidos con 30 días de antelación a la fecha de la Asamblea Electoral de Distrito. Para participar en la misma, cada asociado deberá solicitar una tarjeta credencial al Consejo de Administración, la que será expedida con las constancias del padrón respectivo y otorgada antes o durante la asamblea, ello sin perjuicio de la firma en el registro de asistencia”.

Con lo cual, las asambleas distritales presenciales con gran número de asociados no es el ámbito más propicio para invitar a participar. Ello así porque los asociados deberán procurarse previamente la credencial, firmar en el libro de registro de asociados, asistir a la misma hora al recinto donde se debe desarrollar la asamblea, esperar que se conforme el quórum para comenzar con la elección de los delegados que ocuparán tal cargo en la asamblea general de la cooperativa, elegir las autoridades

⁶⁶⁵ Las asambleas presenciales son aquellas que se desarrollan en un recinto, convocadas a una hora determinada y exige la presencia física del asociado para que ejerza el voto que permita seleccionar al o los delegados de su distrito. Normalmente, el ejercicio del voto se realiza a mano alzada, pero el Estatuto Social podría disponer lo contrario.

⁶⁶⁶ Las asambleas electorales permitirán a los asociados ejercer el voto para elegir delegado/s de su distrito en una mesa electoral que normalmente está habilitada durante 8 horas a los efectos de que el asociado tenga flexibilidad horaria para concurrir a votar y elegir su/s representante/s a la asamblea general. Estas mesas cuentan con fiscales de las listas competidoras y autoridades de mesa y el voto siempre se ejerce de manera secreta.

de la asamblea, todas cuestiones que desmotivan al asociado y que provoca que siempre muy pocos sean los que graviten los destinos de la cooperativa.

Por su parte, tenemos las asambleas que se dividen en secciones y se caracterizan por ser más de tipo electoralista.

A través de este método, también se alcanza el objetivo de elegir delegados para la asamblea general, pero se realiza de una forma menos gravosa para los asociados y más amigable para el ejercicio del voto.

En efecto, el Consejo de Administración en este caso establece distritos y secciones, habilitando mesas electorales en cada sección. A tales mesas se les asigna autoridades, se les provee del padrón correspondiente a su sección y así los asociados concurren a votar un día en un horario amplio.

Por ello, se dice que estas secciones constituyen mesas electorales donde el asociado sólo emite el voto, ya que carece de los resguardos y las formalidades que exige la asamblea distrital presencial.

Este mecanismo permite una participación social más amplia en las asambleas electorales, ya que la organización respeta más la inmediatez del asociado con el distrito geográfico y sección donde vive, como así también le insume menos tiempo participar en la vida social de la entidad.

Por último, corresponde indicar que le está vedado al estatuto disponer a la vez de asambleas para elegir delegados del tipo presencial y electoral; cuando el Estatuto dispone que los delegados que asistirán a la asamblea general serán elegidos de manera presencial, el Consejo de administración no puede instrumentar otro tipo de elección de delegados, como ser de manera electoral, salvo que se reforme el estatuto social y se cambie la forma de elegir delegados. La razón de ser de esta prohibición es la disposición de la Ley de Cooperativas (art. 50⁶⁶⁷) que hace especial hincapié en el “régimen de igualdad para todos los distritos”.

IX.2.1.4. Delimitación de los distritos

⁶⁶⁷ El art. 50 de la Ley de Cooperativas argentina, en su parte pertinente prescribe: “... Asociados domiciliados o residentes en lugares distantes. Igual procedimiento puede adoptar el estatuto, aunque el número de asociados sea inferior al indicado, para la representación de los domiciliados o residentes en lugares distantes del de la asamblea, sobre la base de un régimen de igualdad para todos los distritos”.

La delimitación de los distritos es materia que debería regular el estatuto social de la entidad, así el contrato social normalmente establece un mínimo y un techo de asociados para cada distrito. Además, con frecuencia se establece un área geográfica determinada para cada uno de los mismos.

De tal manera que si se dispone que los distritos tengan un mínimo de 2.000 asociados y un máximo de 5.000 asociados, éstos se configurarían respetando dichos mínimos y máximos.

Si a su vez se establece que tales parámetros deberán estar limitados en un área geográfica determinada, entonces de variar la cantidad de asociados en el área deberá delimitarse nuevamente el distrito con la consecuente variación de los otros.

Lo más atinado es que el estatuto establezca la cantidad de delegados en función de la cantidad de asociados, de tal manera que a partir de allí se establezca el mínimo y máximo por distrito, para luego poder determinar la cantidad de delegados que le corresponden a cada uno en forma proporcional.

Asimismo, el estatuto debe prever una fórmula automática para que la cantidad de asociados que debe representar un delegado sea materia de ajuste periódico en función de la variación de los asociados.

Ahora bien, si el estatuto no delimitara los distritos ni dispusiera límites geográficos el Consejo de Administración podría manipular los límites distritales según su conveniencia.

En este orden es bastante habitual que los administradores, en su afán de mantener el poder, se vean tentados a realizar una ingeniería electoral, tal como división de distritos centrales, reducción de cantidad de delegados en los distritos hostiles, asignación de mayor cantidad de delegados en aquellos distritos donde su proyecto cuente con mayor grado de simpatizantes, escisión de distritos con posterior fusión con otros con fines electoralistas, entre otros.

Teniendo en cuenta que la mayoría de los estatutos disponen una cantidad mínima y máxima de asociados por distrito, nada le impide al Consejo de Administración recurrir a cualquiera de las maniobras citadas para lograr sus objetivos, en clara vulneración del principio de control democrático que debe primar en estas entidades.

IX. 2.2. Incorporación de las minorías

La Ley de Cooperativas argentina no contiene ninguna norma que disponga la obligatoriedad de la incorporación de las minorías en los órganos sociales (asambleas y/o Consejo de administración) de las entidades cooperativas.

Tampoco el modelo de estatuto, previsto por la Resolución N° 665/82 del INAES, contempla una disposición que exija tal premisa. Motivo por el cual, salvo que el estatuto de la entidad dispusiera lo contrario, muchas cooperativas prestadoras de servicios públicos no contemplan en su contrato social la participación de las minorías en la asamblea y tampoco en el órgano de administración.

Este último caso, es una *rara avis*, ya que normalmente la lista que se impone en la asamblea de delegados se lleva el total de los cargos del órgano de administración. Lo mismo sucede con el órgano de fiscalización o sindicatura.

Como se podrá apreciar, el control democrático se encuentra gravemente afectado por la carencia de norma legal que imponga la representatividad de las minorías. Ello no significa que la ley restrinja la representación de las mismas, sino que existe una insuficiencia legislativa que ha dado lugar a que gran parte de los estatutos sociales no lo contemple.

Ahora bien, los estatutos sociales que sí contemplan la incorporación de las minorías disponen dos tipos de sistemas, a saber: el “método de representatividad” o el “sistema D’Hont”.

El método de representatividad impone que en el caso de que se presentara más de una lista para elección de delegados, el mínimo de votos para tener derecho a un delegado (el titular y el suplente) resulta de dividir el número de votos emitidos por el número de delegados a elegir en ese distrito, de donde surge el módulo o número de votos que corresponda a cada delegado. Así, los primeros de la lista o listas minoritarias reemplazan en su orden a los últimos de la lista mayoritaria.

A modo ilustrativo, si en una asamblea distrital para elegir delegados se hubieran presentado tres listas y los cargos de delegados a cubrir fueran 3 y los resultados obtenidos por las distintas listas de candidatos alcanzaran las siguientes cantidades de votos: X, 141; XX, 235, y XXX, 89, se debe sumar la cantidad de votos de todas las listas que en el caso son 470 y se debe dividir por el número de cargos de delegado a cubrir, es decir 3. De tal modo que el módulo o coeficiente que surge de esa división es 156,67.

Así, a través de este método de asignación a cada lista se obtiene el siguiente resultado en el distrito en cuestión: el primero corresponde a la lista XX con 235 votos, a la que se le resta el coeficiente o módulo de 156,67 y le quedan 78,33 votos; el segundo delegado corresponde a la lista X con 141 votos, cifra superior a los 89 votos de la lista XXX y superior también al remanente de 78,33 votos de la lista XX; y al tercer delegado le corresponde a la lista XXX con sus 89 votos mayores que los 78,33 votos remanentes de la XX y los residuales de la lista X.

No hay duda de que bajo este método se garantiza la incorporación a la asamblea general, de las minorías.

También mediante el llamado sistema "D'Hont" se logra incorporar a las minorías, aunque en el ejemplo dado los resultados hubieran sido diferentes.

Bajo este sistema se procederá de la siguiente manera para la distribución de delegados conforme a los resultados obtenidos por las listas, en el caso de que se presentara más de una lista para elección de delegados: el mínimo de votos para tener derecho a un delegado (el titular y el suplente) resulta de dividir el número de votos emitidos por el número de delegados titulares a elegir en ese distrito, de donde surge el módulo o número de votos que corresponda a cada delegado. La o las listas que no alcancen ese módulo no tendrán derecho a ningún delegado. Entre las listas que alcancen o superen lo establecido en el párrafo anterior, se asignarán los delegados teniendo en cuenta el siguiente método: Los votos obtenidos por cada lista se dividirán por 1, por 2, por 3, por 4, (...) por "n", siendo "n" la cantidad de delegados titulares de ese distrito. Los cocientes así obtenidos por las listas se intercalarán de mayor a menor, asignándosele a cada lista un delegado (titular y suplente) por cada cociente obtenido y en orden decreciente hasta completar el total de delegados, respetando el orden que los candidatos tienen en las respectivas listas.

Cualquiera de los dos métodos garantiza la participación de las minorías en las asambleas de delegados; sin embargo, el método de representatividad es más garantista del derecho de las minorías, ya que bajo el método D'Hont los resultados de cada una de esas operaciones se intercalan, de mayor a menor entre las distintas listas y sucede que las listas que no llegan al número mínimo (cociente, coeficiente o módulo) no tienen derecho a ningún delegado, por lo que las minorías no siempre quedan con representación.

Resulta imprescindible que para una mejor calidad de la democracia el estatuto social prevea la necesaria incorporación de las minorías en los órganos sociales. También resulta imprescindible que la Autoridad de aplicación de estas entidades⁶⁶⁸ vele por tal resguardo, exigiendo su incorporación en los estatutos. Resguardar la participación de las minorías fortalece el principio de control democrático que caracteriza al cooperativismo y la Ley de Cooperativas debería adoptar tal exigencia expresamente ante a una reforma legislativa.

IX.2.3. Mandato de los delegados

Si bien la Ley de Cooperativas argentina no exige que los delegados cuenten con instrucciones para el ejercicio del mandato, lo cierto es que cuando se presentan a elecciones las diferentes listas competidoras ofrecen propuestas, programas a llevar adelante en la cooperativa, de allí que se considera que existe un mandato en la elección de delegados.

Este mandato tiene su raíz en la voluntad del asociado, máxime cuando se trata de la asamblea ordinaria donde se eligen los integrantes del órgano de administración. Ello así, toda vez que los delegados deben responder a elegir a los miembros del consejo de administración, que proponen como tales las listas que compulsan.

Lamentablemente, sucede que a la hora de constituirse la asamblea ordinaria, algunos delegados cambian su voto, ya sea en busca de intereses individuales o persiguiendo objetivos espurios, lo cual vulnera los más elementales principios cooperativos, que tienden a resguardar la democracia en las entidades cooperativas.

No compartimos con destacada doctrina nacional que señala que “las asambleas electorales de distrito se limitan sólo a elegirlos. Ello apunta a otorgar mayor libertad al delegado”⁶⁶⁹.

Se comprende que es difícil extraer instrucciones de los asociados a favor de los delegados, cuando se trata de asambleas extraordinarias que se realizan normalmente distanciadas de la asamblea ordinaria. Sin embargo, el delegado deberá buscar y encontrar el mandato en el marco de las propuestas que se realizaron en la contienda

⁶⁶⁸ En el caso de Argentina, el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía social (INAES).

⁶⁶⁹ CUESTA, Elsa, *Derecho...*, T. I, Ob. Cit., pág. 417 y sig.

electoral y que su voto en la asamblea sea coherente con los postulados allí esgrimidos, y siempre teniendo en cuenta el resguardo del interés social.

Mayormente, los estatutos de las cooperativas prestadoras de servicios públicos contemplan que el voto que deben ejercer los delegados para elegir los consejeros se debe realizar en la propia asamblea, pero por voto secreto, mientras que el resto de los puntos del orden del día debe resolverse a mano alzada.

Ello lleva a que los delegados puedan cambiar el voto, incluso ver divorciado su voto de la propuesta de gestión que los llevó a ser elegidos.

La más sana de las soluciones para evitar estos excesos es que el voto en las asambleas de delegados, cualquiera sea el punto del orden del día que se trate, sea ejercido a mano alzada; con ello, los delegados estarían más atentos a la hora de cambiar el sentido de su voto. Además de la solución esbozada, la prevención de estos casos debe ser acompañado de sanciones.

Es decir, la solución a estos abusos y violaciones a los mandatos recibidos debe estar contemplada en el estatuto y/o reglamento de la entidad. Allí debería contemplarse sanciones para quienes, frente a un claro mandato de los asociados, cambian su voto, salvo que dicha conducta se encontrara justificada en resguardo de la legalidad.

Aunque es la sanción más grave frente a trasgresiones que ponen en peligro el espíritu y la acción cooperativa, la exclusión puede ser un mecanismo eficaz para disuadir este tipo de conducta, pero sin llegar a esa gravedad, los estatutos deberían contemplar otros más directos y no tan extremos.

Con ello preservaríamos los más preciados principios cooperativos.

Consecuente con la tésis de la norma, la Ley de Cooperativas argentina no prevé la posibilidad de que un delegado pueda ser representado por otra persona en la asamblea.

Es difícil sostener lo contrario, ya que la relación asociado/delegado es una relación de mandato, con lo cual si el delegado, a su vez, puede ser representado por otro se subvertiría la regla del mandato, disociándose la voluntad del asociado.

En otro orden de ideas, el mandato de los delegados conforme lo dispone el art. 50⁶⁷⁰ de la Ley de Cooperativas, se encuentra vigente hasta la próxima asamblea ordinaria.

⁶⁷⁰ El art. 50 de la Ley de Cooperativas argentina dice en la parte pertinente: "... Asambleas de distrito. Duración del cargo de los delegados. Las asambleas de distrito se realización al solo efecto de elegir

El estatuto podría limitar el período de vigencia del mandato de los delegados. Suele ocurrir que algunos estatutos prevén asambleas especiales, por ejemplo, para modificación del contrato social, de tal manera que en esos casos los mandatos de los delegados cesa en cuanto la misión se encuentre cumplida porque ha sido nombrado expresamente para asistir a una asamblea determinada.

Otros estatutos prevén limitar el mandato a cada asamblea pero, en la mayoría de los casos, los delegados desempeñan sus funciones hasta la próxima asamblea ordinaria, donde cesan y asume el nuevo cuerpo de delegados.

IX.2.4. Impugnación de las decisiones asamblearias

IX.2.4.1. Noción general y causas de nulidad

De conformidad con lo dispuesto por el art. 61⁶⁷¹ de la Ley N° 20.337 de cooperativas las resoluciones adoptadas en el marco del derecho vigente son obligatorias, ello es consecuencia de la consagración del principio de la mayoría y de las especiales atribuciones que posee el órgano de gobierno cuya gravitación es otorgada por la propia ley.

Ahora bien, para que sean obligatorias y vinculantes dichas decisiones asamblearias no deben vulnerar la ley ni contener vicios que acarren su nulidad y, en este sentido, a los efectos de atacar la validez de los actos asamblearios se ha dispuesto en el art. 62 de la Ley de Cooperativas argentina que “Toda resolución de la asamblea que sea violatoria de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por consejeros, síndicos, autoridad de aplicación, órgano local competente y asociados ausentes o que no votaron favorablemente. También podrán impugnarla quienes votaron favorablemente, si su voto es anulable por vicios de la voluntad o la norma violada es de orden público. La acción se promoverá contra la cooperativa por ante el juez competente, dentro de los 90 días de clausurada la asamblea”.

delegados por simple mayoría de votos. El cargo se considerará vigente hasta la siguiente asamblea ordinaria, salvo que el estatuto lo limite a menor tiempo...”.

⁶⁷¹ El art. 61 de la Ley de Cooperativas argentina dispone: “Las decisiones de la asamblea conformes con la ley, el estatuto y el reglamento, son obligatorias para todos los asociados, salvo lo dispuesto en el artículo anterior”.

La impugnación del artículo transcrito importa la promoción de una acción tendiente a que se declare la nulidad de un acto jurídico asambleario⁶⁷². Por ello, la impugnación de nulidad prevista en la norma de cooperativas importa un remedio a un acto jurídico viciado que conlleva la privación de los efectos regulares.

En materia de impugnación de acuerdos sociales es reconocida la similitud que tiene la técnica seguida por el legislador de la Ley N° 20.337 (art. 62⁶⁷³), con respecto al propio régimen de las sociedades comerciales Ley N° 19.550 (art. 251)⁶⁷⁴. Se destaca que ninguno de los dos regímenes parten de una diferencia sustancial entre nulidad e impugnación, lo que origina que la doctrina reclame soluciones de otras legislaciones que prevén la distinción entre el ejercicio de la acción especial de impugnación (por la vía prevista por la Ley societaria o cooperativa) y el ejercicio de la acción ordinaria de nulidad en base a los postulados del Código Civil, que debería ventilarse por el trámite del juicio declarativo ordinario⁶⁷⁵.

Ello trae aparejado que la doctrina y la jurisprudencia⁶⁷⁶ se encuentren divididas en lo que respecta a la exclusión de las nulidades absolutas de la acción de impugnación prevista en el art. 62 de la Ley de Cooperativas y 251⁶⁷⁷ de la Ley de Sociedades Comerciales.

⁶⁷² En Argentina los únicos que pueden decretar la nulidad de un acto jurídico son los Jueces de la República, mientras que la sanción que puede disponer la Autoridad de aplicación o el órgano local competente es la irregularidad e ineficacia administrativa, implicando ello un acto jurídico observado administrativamente y por tal irregistrable.

⁶⁷³ La citada norma prescribe que: “Toda resolución de la asamblea que sea violatoria de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por consejeros, síndicos, autoridad de aplicación, órgano local competente y asociados ausentes o que no votaron favorablemente. También podrán impugnarla quienes votaron favorablemente, si su voto es anulable por vicios de la voluntad o la norma violada es de orden público. La acción se promoverá contra la cooperativa por ante el juez competente, dentro de los noventa días de la clausura de la asamblea”.

⁶⁷⁴ FARRES, Pablo D., “La impugnación asamblearia en las cooperativas”, *La Ley*, 2001- D, Secc. Doctrina, pág. 1075.

⁶⁷⁵ NISSEN, Ricardo A., *Impugnación Judicial de actos y decisiones asamblearias*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, pág. 102.

⁶⁷⁶ Así, en un fallo reciente del fuero civil y comercial de la Provincia del Neuquén, respecto del plazo de caducidad previsto en el artículo 62 de la Ley de Cooperativas se sostuvo que “existen discrepancias acerca de si este plazo de caducidad comprende todos los casos de nulidad que pueden afectar a las resoluciones asamblearias, o si sólo quedan comprendidos los de nulidad relativa con exclusión de los de nulidad absoluta” (Juzgado en lo Civil, Comercial y de Minería N° 5, de la Provincia del Neuquén, 06/03/2015, Expte. N° 503257/2014, *in re* “La Rosa Jorge Fabián C/ C.A.L.F S/ Acción de Nulidad”).

⁶⁷⁷ El art. 251 dice: “Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad. También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor”.

Por ello, se discute si estos artículos comprenden todos los supuestos de nulidad que puedan afectar una decisión asamblearia⁶⁷⁸, o si solo incluye a los que importen nulidad relativa⁶⁷⁹.

En lo que respecta al art. 251 de la Ley de Sociedades Comerciales y su alcance, cabe señalar que la mayoría de la doctrina societarista es partícipe de que las nulidades absolutas no están incluidas en los términos del art. 251 y que, por lo tanto, no rige el plazo de tres meses previstos para ejercer la acción⁶⁸⁰.

Sin embargo, en materia cooperativa la propia redacción del art. 62 de la Ley N° 20.337 da lugar a dificultades interpretativas.

Así, Farrés indica que “La ley de sociedades comerciales, como la de cooperativas, han creado, cada una, en los artículos mencionados, un régimen propio de prescripción en este tópico. Pero si, en la primera, sobre el tópico de la nulidad absoluta pudiera haber alguna duda, en nuestra materia, ya que a diferencia de aquella, el art. 62, en el “in fine”, del primer apartado, agrega como causal de impugnación a la circunstancia de que la norma violada sea de orden público, y a continuación en el segundo apartado, estipula el plazo para promover la acción. No cabe duda, que aun

⁶⁷⁸ En el fallo citado en la Nota N° 676, el magistrado entendió que “dicho plazo (caducidad) abarca cualquier tipo de nulidad. Máxime considerando que el art. 62 de la Ley 20.337 expresamente prevé que “... también podrán impugnarla quienes votaron favorablemente, si su voto es anulable por vicios de la voluntad o la norma violada es de orden público.” Con ello quiero referir a que la propia norma prevé la violación al orden público...” (Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 5, de la Provincia del Neuquén, *in re* “La Rosa Jorge Fabián c/ C.A.L.F s/ Acción de Nulidad”, Expte. N° 503.257/14, de fecha 06/03/2015).

Asimismo, con un criterio análogo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín afirma que “Siendo el régimen establecido por el art. 62 de la Ley 20.337, similar al de las sociedades anónimas (art. 251 Ley 19.550), corresponde aplicar la doctrina fijada por la SCJBA, que establece que la caducidad abarca un amplio espectro de irregularidades que van desde un vicio subsanable que implique anulabilidad, hasta la nulidad absoluta cuando se afecten normas de orden público o derechos inalienables de los accionistas, sujetos -por supuesto- al plazo de caducidad que el artículo establece”. (C. Apel. C. C. Junín, “Almar de Martínez, Mónica Esther y otro c/ Coop. de Luz y Fuerza Elec. de Rojas Ltda. s/materia a categorizar”, Expte. N° 42.771, de fecha 09/09/2008, publicado en *El Derecho Digital* 45201).

⁶⁷⁹ Conforme el fallo que se transcribe en su parte pertinente se distinguen dos tipos de nulidades: una alcanzada por la normativa societaria y otra sujeta al régimen ordinario del Código Civil. En este sentido, se explica que “La naturaleza del conflicto (...) remite a la subsunción de la solución del pleito en las normas, de mayor generalidad que las societarias, contenidas en las partes generales de los códigos. En esas reglas más amplias está indicado como proceder en situaciones inusitadas como la conocida en este acuerdo. Creo que esta es la subsunción normativa que proveerá la solución al insoluto tema de la aplicabilidad en el caso del límite temporal de la acción indicado en la LSC 251. (...) En la materia de la prescripción o caducidad, la acción presente escapa, por su naturaleza, al límite temporal del art. 251 de la Ley de Sociedades comerciales...”. C. N. Com., Sala D, “Abrecht, Pablo A. y otra c/ Cacique Camping S.A. s/ sumario”, de fecha 01/03/1996.

⁶⁸⁰ HALPERÍN, Isaac, OTAEGUI, Julio C., *Sociedades Anónimas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 756 y sigs.; OTAEGUI, Julio C., *Invalidez de actos societarios*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1978, pág. 395; NISSEN, Ricardo A., *Impugnación judicial de actos...*, Ob. Cit., pag. 117, entre otros.

incurriendo en un supuesto de nulidad, al menos en el régimen de las cooperativas, el plazo de prescripción, no puede ser otro que el dispuesto expresamente por la ley 20.337”⁶⁸¹.

La interpretación de la ley reflejada en la posición precedentemente citada, a nuestro modo de ver atentaría contra el marco jurídico general y contra los principios generales del derecho, basales del sistema jurídico argentino, ya que la nulidad absoluta fue establecida por el legislador en defensa del orden público y en protección del orden social y las buenas costumbres.

De allí que son nulos de nulidad absoluta los acuerdos de objeto prohibido o contrarios a la moral y las buenas costumbres, los actos realizados por personas incapaces en los cuales la ley prohíbe su celebración, los que se hubieran realizado en violación a las formalidades dispuestas por la ley y los que se fundan en causas ilícitas o inmorales. También se encuentran comprendidas dentro de la nulidad absoluta⁶⁸² la afectación de los derechos inderogables de los socios o normas legales imperativas que establezcan exigencias sobre el funcionamiento de la sociedad.

No se comprende la razón por la cual el legislador cooperativo podría convalidar lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que viola los derechos inderogables de los socios, lo que viola las formas substanciales o exigencias de funcionamiento de la entidad, por el solo transcurso del exiguo tiempo (90 días) que dispone la norma. Resultaría contradictorio admitir que la ley veda la subsanación del acto por el transcurso del tiempo en atención a razones de interés público, pero al mismo tiempo la admite cuando la lleve a cabo el particular interesado⁶⁸³.

Como bien tiene dicho nuestro más Alto Tribunal en el caso “Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ Sumario”, sentencia de fecha 7/12/2001: “El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original”⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ FARRÉS, Pablo D., “La impugnación asamblearia...”, Ob. Cit., pág. 1082 y sig.

⁶⁸² Conf. la más reconocida doctrina nacional HALPERÍN, Isacc, OTAEGUI, Julio C., *Sociedades...*, Ob. Cit., pág. 756.

⁶⁸³ Conf. Sentencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación Fallos: 190:142.

⁶⁸⁴ Ello con arreglo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a la casi totalidad de la doctrina autorizada para la cual rige la máxima “*quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempo convalescere*”. Conf. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Efectos de la Nulidad y de la Anulación de los Actos Jurídicos*, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 81.

Si esta es la matriz del sistema privado argentino, la norma que prevé la impugnación de los acuerdos sociales de la Ley de Cooperativas debe interpretarse en armonía con el marco general del derecho madre.

Por ello, cuando la Ley establece en el segundo párrafo: “También podrán impugnarla quienes votaron favorablemente, si su voto es anulable por vicios de la voluntad o la norma violada es de orden público”, debe entenderse que la norma habilita a los asociados que votaron a favor de una resolución que viola el orden público a contradecir sus propios actos precedentes y en consecuencia a accionar por nulidad absoluta, pero no que dicha desafortunada expresión significa que toda afectación al orden público se encuentra subsumida en la acción de impugnación de asamblea y en el plazo de caducidad que prescribe la norma para demandar la nulidad de sus efectos (90 días).

Por las razones esgrimidas entendemos que las nulidades absolutas no están comprendidas en el marco del art. 62⁶⁸⁵ y en este caso se debe aplicar supletoriamente la solución que brinda el Código Civil en la materia.

Seguidamente, abordaremos la sistematización de las nulidades y las causales de impugnación de los acuerdos sociales: Existen diversas formas de clasificar las nulidades: a) Manifiestas o no manifiestas (art. 1038 del Código Civil⁶⁸⁶); b) completas o parciales (art. 1039 del Código Civil⁶⁸⁷); c) actos nulos o anulables (art. 1041 a 1046⁶⁸⁸) y nulidades absolutas o relativas (arts. 1047 a 1049⁶⁸⁹).

⁶⁸⁵ Artículo citado en la Nota N° 673.

⁶⁸⁶ Dice el referido artículo: “La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada”.

⁶⁸⁷ El Art. 1039 del Código Civil dice: “La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean reparables”.

⁶⁸⁸ Art. 1041: “Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria”.

Art. 1042: “Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, o que dependiesen de la autorización del juez, o de un representante necesario”.

Art. 1043: “Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, a quienes por este Código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare”.

Art. 1044: “Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos”.

Art. 1045: “Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuese conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos”.

Similar clasificación adopta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que se pondrá en vigencia el 1 de agosto de 2015.⁶⁹⁰

Las nulidades manifiestas o no manifiestas tienen relación con los conceptos de nulidad y anulabilidad. En este entendimiento, si el vicio es manifiesto la sanción es la nulidad, mientras que si se requiere una investigación para determinar la nulidad del acto se trata de un acto anulable.

Ahora bien, el sentido de lo “manifiesto del vicio” que importa la nulidad tiene que ver con que la sanción está impuesta por la ley, aun cuando se requiera una investigación previa.

Por el contrario, los actos anulables presentan la apariencia de haber sido otorgados en condiciones regulares y por ende son provisoriamente válidos.

A su vez, las nulidades pueden dividirse en completas o parciales, es decir, pueden involucrar a todo el acto o solo a una parte de este. Esta clasificación tiene en cuenta la porción del acto viciado y no hay inconveniente en escindir el mismo. La

Art. 1046: “Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase”.

⁶⁸⁹ El art. 1047 del Código Civil dispone: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”.

Art. 1048: “La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes”.

Art. 1049: “La persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto fundándose en la incapacidad de la otra parte. Tampoco puede pedirla por razón de violencia, intimidación o dolo, el mismo que lo causó, ni por el error de la otra parte el que lo ocasionó”.

⁶⁹⁰ En este sentido encontramos diversas secciones dedicadas a aquellas disquisiciones:

En el Capítulo 9, la Sección 2ª trata la nulidad absoluta y relativa:

Art. 386: “Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas”.

Art. 387: “Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción”.

Art. 388: “Nulidad relativa. Consecuencias. La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo”.

Por su parte a Sección 3ª hace referencia a las nulidades totales y parciales:

Art. 389: “Principio. Integración. Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes”.

solución legal de nulidad parcial del acto contemplada en el Código Civil no perjudica el resto de la disposición válida en la medida que sea separable.

Por último, nos queda distinguir las nulidades absolutas de las nulidades relativas que tienen una gran implicancia en la materia que nos interesa por las consecuencias prácticas que acarrea.

Las nulidades absolutas han sido dispuestas por el legislador en defensa del orden público⁶⁹¹, para proteger el orden social y las buenas costumbres, pero también en protección de los derechos inderogables del accionista, tales como las normas legales imperativas. Ello trae aparejado que el Juez la puede dictar aún de oficio (art. 1047⁶⁹² del Código Civil) y es imprescriptible.

Por su parte, por afectar un derecho privado de un accionista las nulidades relativas se caracterizan por ser nulidades de protección, tales como vicios formales en el funcionamiento o deliberación y ello acarrea como consecuencia que los actos son confirmables y prescriptibles.

Los autores clásicos⁶⁹³ en materia societaria clasifican las causas de las nulidades de las decisiones assemblearias teniendo en cuenta mayormente la siguiente sistematización:

a) Por vicios en la convocatoria y constitución de la asamblea

Para ser válidas, las asambleas deben cumplir con los recaudos y formalidades que expresamente dispone la Ley de Cooperativas. Debe iniciarse con un convocatoria dispuesta por el o los órganos a los cuales la norma atribuye tal competencia y debe contener todos los recaudos que permitan a los socios participar de la asamblea: plazo de antelación suficiente dispuesto por ley; lugar de reunión; fecha de celebración, y el orden del día sobre el cual deberá debatirse y resolver.

Cuando existan vicios en la convocatoria, por ejemplo cuando la asamblea hubiera sido convocada por el representante legal y no por el órgano de administración

⁶⁹¹ Se debate en doctrina si la Ley de Sociedades Comerciales es un ordenamiento de orden público, los autores mayoritariamente se han postulado porque no lo es en la medida que las instituciones previstas por esta ley son disponibles. Sin embargo, existen numerosas normas en la Ley de Sociedades Comerciales, como en la Ley de Cooperativas que no pueden ser derogadas por una regla individual, de allí que a esas normas imperativas se les reserva la misma sanción de nulidad absoluta. En este sentido el Profesor Nissen, siguiendo al maestro Borda dice que “existe plena identificación entre la ley imperativa y de orden público, porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y veda a los interesados apartarse de sus prescripciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento, o, resumiendo, porque se trata de una ley de orden público”. NISSEN, Ricardo A., *Impugnación judicial...*, Ob. Cit., pág. 112.

⁶⁹² El art. 1047 del Código Civil argentino fue transcrito en Nota N° 689.

⁶⁹³ HALPERÍN, Isaac, OTAEGUI, Julio, *Sociedades ...*, Ob. Cit., pág. 755 y sigs. El mismo criterio sigue CUESTA, Elsa, *Manual...*, Ob. Cit., pág. 280 y sigs.

o, en su caso, la misma asamblea se hubiera autoconvocado⁶⁹⁴, o existieran defectos en las formas esenciales como es la publicación de la convocatoria, habrá nulidad absoluta por violación a las normas imperativas que establecen exigencias sobre el funcionamiento de la sociedad y, por ende, dicha acción será imprescriptible.

Por su parte, existirá nulidad relativa cuando medien vicios en las formas no esenciales de la convocación o de defectos de la reunión (por ejemplo, omisión de enviar a un socio la documentación a tratarse, la falta de quórum inicial, entre otras).

b) Por defecto de competencia

Corresponde la invalidez de una decisión que hubiera sido adoptada en violación de la esfera de competencia de los órganos.

La Ley de Cooperativas dispone cuáles son algunos de los temas que corresponde que aborde la asamblea ordinaria⁶⁹⁵, entre ellos se destaca el tratamiento de los estados contables, el nombramiento y la remoción de los miembros del Consejo de Administración. No dispone igual solución para determinar la competencia de la asamblea extraordinaria.

Sin embargo, el art. 58 de la Ley de Cooperativas dispone cuál es la competencia exclusiva de la asamblea, disponiendo en este sentido la aprobación de los siguientes acuerdos: “1. Memoria, balance general, estado de resultados y demás cuadros anexos. 2. Informes del síndico y del auditor; 3. Distribución de excedentes; 4. Fusión o incorporación; 5. Disolución; 6. Cambio de objeto social; 7. Participación de personas jurídicas de carácter público, 8. Entes descentralizados y empresas del Estado en los términos del último párrafo del artículo 19; 9. Asociación con personas de otro carácter jurídico. *Reserva del estatuto.* El estatuto puede disponer qué otras

⁶⁹⁴ “... la convocatoria a la asamblea extraordinaria N° 02/05 del día 26 de julio de 2005, no fue realizada por el órgano establecido por la Ley de Cooperativas y el estatuto de FECONEU (Consejo de Administración) art. 47, 79 y 100 Ley 20.337 y 31 y 32 Estatuto FECONEU), la notificación a la autoridad de aplicación y la citación a las asociadas fue realizada fuera del plazo establecido en el Estatuto y se incumplió con la notificación al órgano local competente (art.48 de la Ley 20.337 y art. 32 del Estatuto), todos ellos vicios de gravedad tal que conllevan la nulidad absoluta de la convocatoria y consecuentemente de la asamblea N° 02/05, realizada en la fecha mencionada, como asimismo de los actos que tuvieron lugar como secuela de aquella (...) en atención a los vicios detectados en el análisis precedente, el interés público comprometido en la materia propia del cooperativismo, corresponde hacer lugar a la demanda y en consecuencia declarar la NULIDAD en los términos del art.1047 del Código Civil” (Juzgado en lo Civil, Comercial y de Minería N° 3, *in re* “CALF. c/ FECONEU s/Acción de Nulidad”, Expte. N° 347937/7, de fecha 09/08/2010).

⁶⁹⁵ El art. 47 de la Ley de Cooperativas argentina dispone sobre la Asamblea ordinaria: “La asamblea ordinaria debe realizarse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio para considerar los documentos mencionados en el artículo 41 y elegir consejeros y síndico, sin perjuicio de los demás asuntos incluidos en el orden del día”.

resoluciones, además de las indicadas, quedan reservadas a la competencia exclusiva de la asamblea”.

De igual modo, la Ley de Cooperativas establece cuáles son las facultades del Consejo de Administración. Así, el art. 68 dispone: “... *Atribuciones*. Sus atribuciones son las explícitamente asignadas por el estatuto y las indicadas para la realización del objeto social. A este efecto se consideran facultades implícitas las que la ley o el estatuto no reservaran expresamente a la asamblea”.

La competencia del Consejo de Administración siempre es residual, es decir, entiende en todos los casos que no sea competencia de la asamblea y que tengan por objeto llevar a cabo la dirección de las operaciones sociales. Por ende, tales funciones encuentran límites en la competencia de la asamblea, en la delimitación del objeto y en los límites que dispone la propia ley y/o estatuto social.

Por lo tanto, el tratamiento por la asamblea de cuestiones que competen al órgano de administración o a su inversa, el tratamiento y decisión del Consejo de Administración de cuestiones que hacen a la competencia de la asamblea es una resolución a todas luces nula de nulidad absoluta e imprescriptible por violar las exigencias de funcionamiento de la sociedad, pero el socio deberá probar cuál ha sido el perjuicio que ha sufrido como consecuencia de tal tratamiento.

Por su parte, el tratamiento por la Asamblea Ordinaria de un tema correspondiente a la competencia de la Asamblea Extraordinaria, o viceversa, sería pasible de una nulidad relativa, máxime en el caso en que la decisión se resolviera con el quórum y las mayorías de la asamblea extraordinaria. Es decir, si el tema que debe resolverse corresponde a una asamblea ordinaria, pero fue tratado por una extraordinaria, con las mayorías agravadas que ello implica, estaríamos frente a una nulidad relativa en la medida que no exista perjuicio para el impugnante.

c) Vicios en la celebración del acto asambleario

La reunión y deliberación del acto asambleario pueden verse afectadas por falta de quórum o de mayorías.

Ahora bien, la falta de quórum y/o de mayorías establecida por el Estatuto Social y/o la Ley de Cooperativas vulnerará el principio mayoritario que gobierna la declaración de voluntad del ente colectivo⁶⁹⁶ y provoca sin más la nulidad del acto. Se discute en jurisprudencia si falta de quórum y de mayorías se corresponde con una

⁶⁹⁶ NISSEN, Ricardo A., *Impugnación...*, Ob. Cit., pág. 135 y sigs.

nulidad absoluta⁶⁹⁷ o relativa⁶⁹⁸. Algunos autores⁶⁹⁹ se inclinan por considerar que se trata de una nulidad absoluta porque se sostiene que sin la presencia de este requisito no puede quedar constituido el acto asambleario.

d) Vicios que afecten el pleno ejercicio de los derechos de los socios:

Al abordar los vicios que pueden afectar el pleno ejercicio de los derechos de los socios nos referimos a los casos de violación al derecho de información, la violación en el derecho de deliberar y la violación al derecho de voto, como el eventual vicio de la voluntad de quien emite el voto y las formas de exteriorización del mismo (abarcativo del deber de abstenerse de votar cuando el administrador o síndico actúen en interés contrario al social).

Así, en la asamblea los socios tienen el derecho de información y éste debe estar resguardado al extremo, ya que dicha información contribuye a formar la voluntad de quienes participan en el seno del órgano. La violación a tal derecho genera la nulidad del acuerdo.

Tal nulidad es considerada por la jurisprudencia como relativa en la medida que se trate de una falta puntual del derecho de información como, por ejemplo, no acompañar en debido tiempo los estados contables para su análisis por los asociados o no responder a las inquietudes de los asociados en la asamblea, pero si una resolución asamblearia afecta a futuro el derecho de información que garantiza el derecho cooperativo, entonces la sanción sería la nulidad absoluta⁷⁰⁰.

La deliberación societaria también es un recaudo para el normal funcionamiento del acto asambleario, ya que permite al socio ejercer su derecho de voz, como también desencadenar mecanismos de información que le permitirán adoptar las decisiones que correspondan. Sólo se puede prescindir de la deliberación frente a la unanimidad de los socios, cuestión difícil de imaginar en las cooperativas prestadoras de servicios públicos. Ejemplo de vulneración al derecho de deliberar es la limitación al socio del uso de la palabra; no permitirle el ingreso al recinto asambleario; deliberar sobre asuntos extraños al orden del día. En estos casos la violación al derecho de deliberar

⁶⁹⁷ Conf. C. N. Com., Sala A, en autos: “Cristiani, Norma c/ Cristiani S.A. y otros s/ Nulidad de Asamblea, restitución de acciones, cancelación de suscripciones y remoción del directorio”, de fecha 28/12/1990, publicado en *Revista de Derecho Comercial*, 1990- B- 788.

⁶⁹⁸ C. N. Com., Sala C, en autos: “Sala, Guillermo M. y otros c/ Sand Rec S.A. y otros s/ Sumario”, de fecha 21/09/2001, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 2002-II, pág. 831.

⁶⁹⁹ NISSEN, Ricardo A., *Impugnación...*, Ob. Cit., pág. 135.

⁷⁰⁰ NISSEN, Ricardo A., *Impugnación...*, Ob. Cit., pág. 140.

no implica por sí la nulidad absoluta de lo decidido ya que se trata de un derecho particular del socio, salvo que el mismo así lo demostrara.

Por último, la violación del derecho al voto del socio, como el eventual vicio de la voluntad de quien emite el voto y las formas de exteriorización también hace pasible de nulidad la resolución asamblearia; pero además el voto ejercido en violación a expresas disposiciones de la ley puede ocasionar la nulidad del voto o de la misma resolución. Ejemplo de ello es la violación de los administradores y/o síndicos del deber de votar. En este sentido, la Ley de Cooperativas en su art. 54 establece que “Los consejeros, síndicos, gerentes y auditores tienen voz en las asambleas, pero no pueden votar sobre la memoria, el balance y demás asuntos relacionados con su gestión ni acerca de las resoluciones referentes a su responsabilidad. Tampoco podrán representar a otros asociados”.

Por lo tanto, pareciera de la letra de la Ley de Cooperativas que la llamada “prueba de la resistencia”, que consiste en determinar si la falta del voto impugnado hubiera impedido la validez de la decisión asamblearia, no está contemplada expresamente en esta normativa, a diferencia de lo que dispone la Ley de Sociedades Comerciales⁷⁰¹.

Si bien se comparte que la abstención de votar en los casos previstos por la Ley de Cooperativas es una regla ética y de buena fe que trata de evitar que el director o el síndico sean jueces de su propia conducta, no parece acertado que si votaran en violación a la norma, en caso de que con su voto no se cambie el sentido de la resolución asamblearia adoptada, la misma resulte nula. Ello así porque es claro que el voto en interés contrario es nulo, pero la decisión no resultaría tal si es que sin el voto cuestionado, igual ha sido suficiente para imponer las mayorías exigidas y, por tanto, convertir la decisión en una resolución válida.

e) Hacen al contenido o a la causa de la decisión

Por último, la nulidad de una asamblea puede tener origen en un vicio de contenido. A ello hace referencia el art. 62 de la Ley de Cooperativas cuando dispone de violación por parte de la asamblea, de la ley, estatuto o reglamento.

⁷⁰¹ El art. 248 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina dice: “El accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla. Si contraviniese esta disposición será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida”.

Cuando el artículo en cuestión refiere a que la resolución asamblearia que viole la ley será nula, no sólo hace referencia al ordenamiento societario, sino además deberá entenderse al ordenamiento jurídico general.

Se halla comprendido como vicio del contenido o causa de la decisión todos los actos adoptados en violación al uso regular del derecho o que impliquen un abuso de la mayoría. Así, cualquier desviación o abuso del poder que se manifieste en virtud de un acuerdo cuyo perjuicio para el interés social sea tan grande, que no pueda suponer que se deba a un error de la valoración del interés social, es nulo.

A su vez, las decisiones asamblearias destinadas a procurar una ventaja especial a uno o más socios en desmedro de otros socios y que afecte el logro del objeto social, o que encubran una desviación del interés social pueden ser también pasibles de ser atacadas y alcanzadas por el remedio de la nulidad⁷⁰².

La doctrina indica que el interés social importa que los socios “para formar y expresar la voluntad del órgano, y trasladar los efectos de esa declaración al sujeto de derecho, deben dirigir sus propias voluntades individuales hacia la finalidad fundamental para la cual la sociedad ha sido constituida”⁷⁰³. De tal modo que, si parte de los socios hacen un uso desviado de los mecanismos societarios, la decisión encuadraría en la nulidad absoluta⁷⁰⁴.

Como conclusión queremos agregar que del repaso de las causales pasibles de nulidad de un acto asambleario, muchas implican violaciones tanto a las formas sustanciales dispuestas por la ley, cuanto a los actos atentatorios contra los derechos fundamentales del socio, actos realizados por personas incapaces, actos abusivos, que encuadran en muchos casos en violaciones al orden público. Pero para que estas nulidades encuadren en vicios que importen una nulidad absoluta deben tratarse de decisiones asamblearias que afecten a futuro la existencia y organización de la entidad cooperativa o derechos inalienables del socio, o que permita la inobservancia de las formas de los actos que la ley impone, porque si se tratara de una violación puntual el impugnante deberá acreditar cuál es el orden público comprometido o, de lo contrario, estará sometido a las reglas de la nulidad relativa.

⁷⁰² NISSEN, Ricardo A., *Impugnación...*, Ob. Cit., pág. 147.

⁷⁰³ NISSEN, Ricardo A., *Impugnación...*, Ob. Cit., pág. 148.

⁷⁰⁴ Ver MANOVIL, Rafael M., “El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art. 251 de la LSC en un fallo que marca un hito”, nota al fallo de la C. N. Com., Sala D, 01/03/1996, *El Derecho*, 168/545.

Aun a pesar de que se pueda cuestionar si la Ley de Cooperativas contiene disposiciones de orden público que puedan acarrear la nulidad absoluta debido al carácter contractual que supone su constitución y las normas de interés privado en juego, nadie podría negar que el legislador ha incorporado disposiciones de interés general en la normativa cooperativa, que no pueden ser derogadas por los particulares, tales como las disposiciones que establecen los recaudos para considerar regularmente constituida a una cooperativa, las normas que expresan protección a los terceros a través del capital social (como por ejemplo el régimen de aportación y valuación de los bienes), las normas que disponen incapacidades, la omisión de formas esenciales de los actos desarrollados por los órganos (máxime cuando ello implica que los socios se han visto privados de ejercer derechos), la división de competencia de los órganos cuyas resoluciones pueden afectar los derechos de terceros, el régimen de responsabilidad; en definitiva, las disposiciones que resguarden la existencia y conservación de la organización social en cuestión.

De tal modo que subsumir las nulidades absolutas y relativas en el acotado plazo de 90 días que contempla la Ley N° 20.337 para impugnar una asamblea atentaría contra los principios generales del derecho, y permitiría que un acuerdo que viole el orden público atentando a futuro contra la propia organización social pueda transformarse en válido y exigible por el mero transcurso del tiempo.

IX.2.4.2. Problemática que presenta la acción de impugnación en el caso de las cooperativas prestadoras de servicios públicos

La acción de nulidad prevista en la Ley de Cooperativas prevé un plazo muy exiguo para ser ejercida. Así, el plazo de 90 días contemplados como plazo de caducidad, si bien tiene como objeto preservar la estabilidad de los actos y el tráfico mercantil, lo cierto es que para las cooperativas prestadoras de servicios públicos por la dificultad en la difusión de sus actos es un plazo que difícilmente permita cuestionar las resoluciones de sus órganos.

Así, actos que vulneran claramente la ley, el estatuto o reglamento se ven convalidados por el paso del tiempo, sin que nadie los cuestione.

Es decir, tanto los consejeros como los síndicos podrían, por la inmediatez de la información, atacar dichos actos de nulidad pero, generalmente, como son parte de la

propia toma de decisiones, o porque no llegan a tener la independencia suficiente del liderazgo que ejerce, en líneas generales, el presidente, no lo hacen.

Por su parte, los socios cada vez menos involucrados en la vida cooperativa y menos motivados por los que dirigen los destinos de la misma a involucrarse, desconocen las resoluciones adoptadas por los órganos y de difundirse, con el plazo exiguo de 90 días difícilmente impugnen decisiones sociales.

En otro orden, la Autoridad de aplicación u el órgano local de contralor, en términos generales, se conforma con la declaración de ineficacia e irregularidad administrativa y en muy pocas oportunidades impugna judicialmente de nulidad las resoluciones sociales, aun cuando sean absurdamente atentatorias de la ley y perjudiciales *in extremo* para la sociedad.

Si a este plazo exiguo se le agrega la interpretación de algunos autores que ya fuera transcripta precedentemente, en el sentido de que las nulidades involucradas en la acción prevista por la Ley Cooperativas se corresponden con las nulidades absolutas y relativas la cuestión se torna aún más preocupante.

Por ello, se considera que en caso de nulidad absoluta no se puede reducir el tiempo para accionar a 90 días y que una eventual reforma legislativa tiene que clarificar el artículo de la Ley de Cooperativas, no dejando dudas de que debe aplicarse la misma solución que brinda el Código Civil en la materia o, en su defecto, sería conveniente que la ley fuera autosuficiente disponiendo como lo hace la normativa española Ley N° 27/1999 que distingue entre los actos nulos (los que violan la ley) y anulables (los que violan el estatuto o lesionen en beneficio de uno o más socios o terceros los intereses de la cooperativa) de aquellos que violan el orden público; estableciendo para los primeros un plazo de 1 año para su impugnación y para los segundos un plazo de 40 días, con excepción de los acuerdos que por su causa o contenido resultaren violatorios al orden público⁷⁰⁵.

En el caso de las cooperativas prestadoras de servicios públicos (por la escala que tienen y no contar los asociados con la inmediatez en el conocimiento de las decisiones) interpretar que el plazo previsto por el art. 62 de la Ley de Cooperativas es comprensivo de las cuestiones de nulidad absoluta, haría que muchas cuestiones graves, que afectan a la propia conservación de la empresa y que en muchos casos

⁷⁰⁵ Ver OLAVARRÍA IGLESIAS, Jesús, AA.VV, en *Cooperativas: Régimen jurídico y Fiscal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pág. 126 y sig.

violan los principios rectores del derecho, se vean confirmadas por el paso del tiempo resultando ello inadmisibles.

IX.3. Estructura del órgano de administración y composición del mismo

La Ley de Cooperativas dispone que el Consejo de Administración estará integrado por asociados en el número que determine el estatuto social y no podrán ser menos de tres, conforme lo dispuesto por el art. 63⁷⁰⁶.

La estructura del órgano de administración de las cooperativas bajo estudio y su composición se caracteriza, en términos generales, por su numerosa cantidad de miembros del consejo de administración. Ello genera ventajas como contar con distintos enfoques para resolver el mismo tema sometido a consideración del órgano. Sin embargo, las desventajas de estas organizaciones también son múltiples porque, al ser numerosas, genera dificultades para los encuentros y distiende el compromiso personal del consejero.

De ésta manera se advierte que finalmente es la mesa directiva de las cooperativas la que cobra protagonismo y determina la administración social, espaciando en muchos casos significativamente la convocatoria a reuniones de consejo general.

Así las cosas, la mayoría de los consejeros son administradores de “asiento”, no están involucrados con los destinos de la entidad y mucho menos con la actividad diaria de la misma.

Ello expone a las cooperativas en cuestión a que sus designios estén determinados, en el mejor de los casos, por un grupo ínfimo de consejeros o, en su caso, por el cuerpo gerencial de la entidad.

A consecuencia de la realidad que impera, sobre todo en cooperativas prestadoras de servicios públicos de mediano y grande porte, la mayoría de los miembros del órgano sólo convalidan en reuniones esporádicas, el accionar de los administradores que son parte de la mesa directiva (que normalmente está conformada por Presidente, Vicepresidente, Tesorero y Secretario General), ya que son éstos los que concurren diariamente a la entidad y gravitan y adoptan las decisiones más

⁷⁰⁶ El art. 63 de la Ley de Cooperativas argentina en la parte pertinente establece: “Consejo de administración. Elección. Composición. El consejo de administración es elegido por la asamblea con la periodicidad, forma y número previstos en el estatuto. Los consejeros deben ser asociados y no menos de tres...”.

trascendentes. Como se dijo anteriormente, los demás administradores que no están consustanciados con el día a día de la entidad porque las reuniones del cuerpo de administradores en su conjunto se realiza normalmente una vez al mes, no están en condiciones de cuestionar el accionar de la mesa directiva y, en general, convalidan las decisiones de ésta.

Además, en términos generales, las gerencias de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, están en manos de personal de carrera dentro de la entidad y ellos son los que manejan o inciden en las decisiones sociales relevantes.

Los sueldos que perciben estos gerentes son en la mayoría de los casos muy altos, porque los convenios colectivos existentes para el personal de algunos servicios, como por ejemplo electricidad y gas, imponen condiciones muy beneficiosas para los trabajadores dependientes.

De tal manera que aun cuando el trabajo de los consejeros fuera remunerado, la mayoría de las veces los honorarios como administradores, se encuentran muy lejos de lo que perciben los gerentes. Así advertimos que los miembros del Consejo de Administración que no forman parte de la mesa directiva no se ven motivados a participar activamente y a renunciar a cuestiones personales en pos de la operación de la propia entidad.

Por ello, es necesario no sólo contar en el consejo de administración con gente de notable reputación, sino además motivarlos a involucrarse cabalmente con la administración que llevan a cabo. Para lograr tales fines, amén del papel que juega la educación y capacitación cooperativa, se requiere que la retribución de los administradores esté de acuerdo con el tiempo que le imparte hacerse cargo de la gestión de la entidad y que también tenga relación con los sueldos de los propios trabajadores dependientes y con la facturación global de la entidad.

IX.3.1. Especial referencia de las condiciones para el cargo en las cooperativas prestadoras de servicios públicos

La ley rectora del régimen cooperativo dispone en el artículo 64, bajo el título “prohibiciones e incompatibilidades”, una serie de requisitos negativos para poder ser consejero de administración. Es así que “no pueden ser consejeros: 1º. Los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta, hasta diez años después de su rehabilitación; los

fallidos por quiebra casual o los concursados, hasta cinco años después de su rehabilitación; los directores o administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta, hasta diez años después de su rehabilitación; 2°. Los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos, delitos contra la fe pública; los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades. En todos los casos hasta diez años después de cumplida la condena; 3°. Las personas que perciban sueldo, honorarios o comisiones de la cooperativa, excepto en las de producción o trabajo y salvo lo previsto en el artículo 67°.

Por su parte, la Ley de Sociedades Comerciales aplicable por el reenvío del art. 118⁷⁰⁷, establece en su artículo 264 que “no pueden ser directores ni gerentes: 1°) Quienes no pueden ejercer el comercio; 2°) Los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta diez (10) años después de su rehabilitación, los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta cinco (5) años después de su rehabilitación; los directores y administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta, hasta diez (10) años después de su rehabilitación. 3°) Los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos y delitos contra la fe pública; los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades. En todos los casos hasta después de diez (10) años de cumplida la condena; 4°) Los funcionarios de la administración pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, hasta dos (2) años del cese de sus funciones”.

Nos detendremos en las inhabilidades que disponen estas dos normas pero dejando a salvo que normalmente tanto las Constituciones provinciales, como las normas administrativas, disponen también incompatibilidades para ser funcionario público y reunir, a su vez, el cargo de administrador de sociedades que estén vinculadas por contratos con el Estado nacional, provincial y/o municipal, pero ello es una cuestión ajena a la consideración de este trabajo ya que los efectos de la violación de este tipo de normativa desencadenará las sanciones que imponga el derecho administrativo aplicable al caso.

⁷⁰⁷ El artículo 118 de la Ley de Cooperativas argentina fue transcrito en la Nota N° 176.

Habiendo repasado los textos legales aplicables a la relación administrador/cooperativa en lo concerniente al punto de las incompatibilidades e inhabilidades, es de señalar que el tema no merece mayor profundidad de tratamiento, porque no genera una problemática interesante, sin embargo, el alcance de tal inhabilidad e incompatibilidad a la condición de candidato a consejero y/o delegado cuando se detentan cargos públicos nacionales, provinciales o municipales y/o son empleados en relación de dependencia de cualquiera de los tres estamentos, máxime cuando uno de ellos resulta órgano concedente y regulador del servicio público que presta la cooperativa, trae aparejado cuestionamientos ante la Autoridad de aplicación y/o ante el órgano local de contralor y/o ante la justicia, que ameritan tratarse en este apartado.

En términos generales, encontramos que el meollo de la cuestión es la determinación si el supuesto de incompatibilidades o inhabilidades a que hace referencia la Ley de Sociedades Comerciales argentina, que alcanza a los funcionarios públicos cuyo desempeño se relacionen con el objeto de la sociedad, se hace extensivo a etapas preliminares como lo es una candidatura. Esto significaría que quien detenta tales cargos no reúne las condiciones de “elegibilidad” y, por tal, puede ser impugnado y apartado con anterioridad a la compulsión.

Podría sostenerse que no existe impedimento alguno para que una persona se postule como candidato a consejero o delegado estando vigente su cargo público. Ello toda vez que: 1) No existe norma legal expresa en tal sentido; 2) Las normas vigentes hablan de incompatibilidades en el cargo, no así de supuestos de inelegibilidad; 3) No existe perjuicio alguno en el estadio electoral, pues la gravedad institucional nace una vez efectivizado el ejercicio de las funciones declaradas incompatibles entre sí; 4) En la etapa electoral es precisamente el electorado quien debe juzgar, con su voto, si la presentación de estos candidatos resulta adecuada conforme a los parámetros de la moralidad y la ética.

Sin embargo, encontramos sendos argumentos generales en contra de las candidaturas de personas que detentan cargos públicos, al cual adherimos. Veamos.

Los supuestos de incompatibilidad deben ser, a su vez, presupuestos de hecho para la inelegibilidad en el proceso electoral.

Forzar una interpretación contraria atenta contra la igualdad de oportunidades de los candidatos contendientes en la elección, al encontrarse los que detentan cargos públicos en una posición institucional con mayor exposición pública, además de contar

con herramientas propias de la función pública que pueden, en forma potencial, explotar en pos de la captación de votos.

Si bien la Ley de Cooperativas no incluye expresamente el supuesto de inelegibilidad de los pretendientes a ser miembros del Consejo de Administración o el Órgano de Gobierno, en razón de detentar cargos públicos, ello debería admitirse por cuanto aceptar dichas candidaturas implicaría una violación al artículo 2⁷⁰⁸ inc. 7 de la Ley de Cooperativas argentina y los principios cooperativos que dan sustento a la institución cooperativa.

Así, el principio cooperativo que se encontraría violado de aceptarse la candidatura de personas que detenten cargos públicos es el formulado por la Alianza Cooperativa Internacional en su congreso de Manchester de 1995, bajo los siguientes términos: “Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda gestionadas por sus socios. Si intervienen en acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o captan capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguren el control democrático por parte de los socios y mantengan su autonomía cooperativa”.

En relación con la prevención de cualquier tipo de interferencia de los gobiernos o los entes públicos en el gobierno de las cooperativas, la Alianza Cooperativa Internacional señala que los gobiernos “con sus políticas fiscales, económicas y sociales (...) pueden ayudar o perjudicar a las cooperativas. Por tal motivo, todas las cooperativas deben estar alertas para desarrollar relaciones abiertas y claras con los gobiernos”, siempre –claro está– defendiendo su autonomía en el trato con ellos.

Este punto es crucial para las cooperativas prestadoras de servicios públicos porque, justamente por el tipo de actividad, sus vinculaciones con el Estado son esenciales para la prestación del servicio y, por tanto, también su interferencia. Por ello, resulta perjudicial para un normal desarrollo de la cooperativa prestadora de servicios públicos, la injerencia directa en sus órganos representativos de personas que al momento en que se postulen como candidatos detenten cargos en estamentos estatales que resultan concedentes o reguladores del servicio que presta la cooperativa.

Ya de por sí se critica que, en el caso de las cooperativas prestadoras de servicio público, sus dirigentes, en líneas generales, guarden a menudo una estrecha relación con los gobiernos de turno, sin que exista en los socios y la comunidad información

⁷⁰⁸ El art. 2 inc. 7 de la Ley de Cooperativas argentina establece: “No tienen como fin principal ni accesorio la propaganda de ideas políticas, religiosas, de nacionalidad, región o raza, ni imponen condiciones de admisión vinculadas con ellas”.

clara sobre este punto. ¿Qué podremos decir entonces si son los mismos agentes y funcionarios públicos que tienen a su cargo la concesión y regulación del servicio quienes pretenden detentar cargos de suma importancia para la vida institucional de la Cooperativa?

IX.3.3 Retribución

La Ley de Cooperativas argentina dispone en el art. 67⁷⁰⁹ que es de competencia de la asamblea decidir la retribución del trabajo personal realizado por los consejeros en el cumplimiento de la actividad institucional.

De tal forma que la asamblea deberá tener en cuenta en cada ejercicio el trabajo que efectivamente hubiera realizado el Consejo de Administración, teniendo en cuenta la dedicación, idoneidad y la situación económica financiera de la entidad⁷¹⁰.

La remuneración de los consejeros fue incorporada a la ley vigente de Cooperativas argentina en el año 1973, en tanto la Ley derogada N° 11.388 prohibía otorgar “ventaja ni privilegio alguno a los iniciadores, fundadores y directores, ni preferencia a parte del capital”.

En base a la redacción de la Ley N° 11.388, la interpretación estricta de la norma hizo concluir que los cargos debían desempeñarse *ad honorem*. Para sustentarla se pretendía fundar tal posición en la doctrina y naturaleza cooperativa⁷¹¹.

Luego con la sanción de la Ley de Cooperativas vigente N° 20.337 surge claramente que los administradores tienen todo el derecho a ser retribuidos por su cargo.

Es más, la responsabilidad del ejercicio del cargo amerita que por lo menos dicho riesgo sea retribuido como corresponde al lugar que ocupa. Tengamos presente que el riesgo está directamente relacionado con las responsabilidades que se asumen. En efecto, en el caso de las cooperativas prestadoras de servicios públicos las responsabilidades se agravan porque la misma va de la mano de la dimensión de la sociedad, su objeto y las particularidades de la propia gestión. Como normalmente estas empresas son las más importantes en las comunidades donde se desarrollan, las

⁷⁰⁹ El art. 67 de la Ley de Cooperativas argentina dice: “Remuneración. Por resolución de la asamblea puede ser retribuido el trabajo personal realizado por consejeros en el cumplimiento de la actividad institucional...”.

⁷¹⁰ CUESTA, Elsa, *Manual...*, Ob. Cit., pág. 306.

⁷¹¹ VERÓN, Alberto V., *Tratado...*, T. II, Ob. Cit., pág. 154.

decisiones que debe adoptar el órgano de administración involucran contrataciones importantes, impactos en el medio ambiente, negociaciones de convenios colectivos normalmente gravosos, definiciones de inversiones que involucran fuertes desembolsos, entre muchas otras no menos importantes que podrían traer aparejado como resultado de las funciones y de las decisiones adoptadas la responsabilidad de los consejeros, que resulta ser ilimitada y solidaria (salvo que demuestren que se opusieron a la decisión o que no votaron en consecuencia), por las causales de mal desempeño en el cargo (falta de obrar con lealtad y con diligencia de buen hombre de negocios –art. 59 LSC⁷¹²–); violación a la ley, estatuto o reglamento; daño producido por dolo, culpa grave o abuso de facultades que incumben como administradores⁷¹³.

Retomando el tema, otros autores⁷¹⁴ consideran que la mayor dedicación de los consejeros a la cooperativa, restándole tiempo a sus actividades personales a manera de carga económica, justifica sin hesitación que los consejeros deben ser remunerados y compensados en su patrimonio, como consecuencia de haberle restado tiempo y dedicación a su actividad privada.

Es verdad que el Estatuto puede imponer la gratuidad del cargo pero, salvo que ello surja expresamente del contrato social, los administradores tendrán derecho a ser remunerados por su labor, en la medida que la Asamblea así considere que corresponde, en tanto que el derecho a percibir honorarios es un derecho en expectativa que está sujeto a la aprobación de la asamblea al fin del ejercicio, y en el caso de que se hubieran anticipado honorarios que luego la asamblea decidiera no aprobar, los administradores deberán retornarlos a la entidad.

⁷¹² El art. 59 de la Ley de Sociedades Comerciales establece que “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción y omisión”.

⁷¹³ Ello surge de disposiciones del art. 74 de la Ley N° 20.337 de Cooperativas argentina que dice: “Los consejeros solo pueden ser eximidos de responsabilidad por violación de la ley, el estatuto o el reglamento, mediante la prueba de no haber participado en la reunión que adoptó la resolución impugnada o la constancia en acta de un voto en contra”. Igualmente resultan aplicables las normas de la Ley de Sociedades Comerciales por el reenvío que hace la propia Ley de Cooperativas en el art. 118; en este sentido, el art. 274 dispone: “Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo”.

⁷¹⁴ CUESTA, Elsa, *Manual...*, Ob. Cit., pág. 306.

El problema que acarrea la Ley de Cooperativas vigente es la base determinativa de la remuneración.

En este sentido, destacada doctrina señala que “La cuantía de la remuneración, en fin, deberá ser fijada por la asamblea, y guardará relación con el grado de la dedicación, su calidad y situación económica y financiera de la cooperativa. La ley no fija pautas respecto de su medida, dejando el punto librado a la prudencia de la asamblea”⁷¹⁵.

Coincide lo anteriormente señalado con los postulados de la Expresión de Motivos. En él se reflejan las palabras de la ley como primer peldaño de interpretación jurídica. La Exposición de Motivos de la Ley de Cooperativas N° 20.337 (refiriéndose al art. 67) nos dice en el Capítulo VII: “El artículo es preciso en cuanto autoriza a la asamblea retribuir el trabajo personal realizado en cumplimiento de la actividad institucional, lo que no constituye privilegio ni preferencia alguna en el sentido fijado en el art 2 inc 3. Además de ser conforme con la naturaleza de las cooperativas esta norma permite colocar a estas entidades a la altura de las exigencias de la realidad económico social actual, que demanda una dedicación cada vez mayor por parte de los consejeros. Se establecen claramente dos condiciones: Que la retribución sea resuelta por asamblea y que se trate de trabajo personal realizado por los consejeros en cumplimiento de la actividad institucional”.

Por lo tanto, la problemática que advertimos en las cooperativas prestadoras de servicios públicos reside en que las asambleas carecen de una pauta clara y limitativa para la determinación de los honorarios, como lo hace la Ley de Sociedades Comerciales argentina en el art. 261⁷¹⁶. Así, se ha incurrido en el error y en su caso

⁷¹⁵ ALTHAUS, Alfredo, *Tratado de Derecho...*, Ob. Cit., pág. 467.

⁷¹⁶ El artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina dice: “El estatuto podrá establecer la remuneración del directorio y del consejo de vigilancia; en su defecto, la fijará la asamblea o el consejo de vigilancia en su caso. El monto máximo de las retribuciones que por todo concepto puedan percibir los miembros del directorio y del consejo de vigilancia en su caso, incluidos sueldos y otras remuneraciones por el desempeño de funciones técnico-administrativas de carácter permanente, no podrán exceder del veinticinco por ciento (25%) de las ganancias. Dicho monto máximo se limitará al cinco por ciento (5%) cuando no se distribuyan dividendos a los accionistas, y se incrementará proporcionalmente a la distribución, hasta alcanzar aquel límite cuando se reparta el total de las ganancias. A los fines de la aplicación de esta disposición, no se tendrá en cuenta la reducción en la distribución de dividendos, resultante de deducir las retribuciones del Directorio y del Consejo de Vigilancia. Cuando el ejercicio de comisiones especiales o de funciones técnico administrativas por parte de uno o más directores, frente a lo reducido o a la inexistencia de ganancias impongan la necesidad de exceder los límites prefijados, sólo podrán hacerse efectivas tales remuneraciones en exceso si fuesen expresamente acordadas por la asamblea de accionistas, a cuyo efecto deberá incluirse el asunto como uno de los puntos del orden del día”.

imprudencia de fijar retribuciones irrisorias o exageradas, sin tener en cuenta criterios de cautela.

A su vez, los mecanismos utilizados en la práctica para fijar los honorarios no son los adecuados. Repasaremos algunos:

(i) Participación en excedentes: el mecanismo de fijación de los honorarios del Consejo de Administración, teniendo en cuenta los excedentes, al menos en las cooperativas prestadoras de servicios públicos, resulta inapropiado, ya que como hemos indicado oportunamente y cuestión que ahondaremos en el capítulo siguiente, estas cooperativas difícilmente tengan excedentes a retornar a los asociados.

La necesidad de inversión permanente, la demanda creciente de los servicios y la crisis del sector de servicios públicos, producto del congelamiento de tarifas en la última década, hace que las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina tengan fuertes quebrantos.

Por lo tanto, subordinar el quantum de los honorarios al desarrollo de la actividad medida desde los excedentes que se registren, en el caso de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, resultaría injusto frente al trabajo, al lucro cesante y a las responsabilidades asumidas por los administradores.

(ii) Retribución fija: en este caso, el sueldo de los administradores ha de ser pagado aunque no haya excedentes.

Este es un método que tampoco tiene en cuenta la magnitud del trabajo y los resultados de la labor de los administradores en el ejercicio.

(iii) Retribución en función de la facturación global o de las operaciones sociales:

Entendemos que esta metodología sería la forma más adecuada (salvo que los estatutos dispongan la gratuidad del cargo) toda vez que no subordina los honorarios a los resultados positivos o excedentes, ni tampoco pone exclusivamente en valor la función y la dedicación del consejero.

Ahora bien, sin perjuicio que consideramos a este último método más apropiado para fijar los honorarios en las cooperativas, sobre todo en las entidades cooperativas que tienen a su cargo la explotación de servicios públicos, lo cierto es que es de vital importancia que la ley establezca un parámetro para su determinación. Consideramos que la norma regulatoria debe contener pautas claras, como lo hace la Ley de

Sociedades Comerciales argentina, a saber: el art. 261⁷¹⁷ de la Ley de Sociedades Comerciales argentina impone un límite a la retribución que pueden percibir los administradores y miembros del consejo de vigilancia. Es una norma muy valorada por la doctrina por su carácter protector y disuasivo de abusos, sin perjuicio de que las partes pueden pactar en sus estatutos normas que se apartan del texto del artículo en cuestión.

Los montos fijados por la ley contemplan todo tipo de remuneración, incluido sueldos por el desempeño de funciones técnicas administrativas de carácter permanente que desarrollen los miembros del directorio y consejo de vigilancia. De tal forma que se impone un límite del 25% de las utilidades del ejercicio a todas las remuneraciones del directorio y de los miembros del consejo de vigilancia, por todas las actuaciones, sean éstas de carácter fijo o en función de resultados.

Se entiende por utilidades las ganancias netas y líquidas del ejercicio, netas de impuestos, más o menos los ajustes de ejercicios anteriores, importe al que se le detraerán las pérdidas acumuladas y la reserva legal y se le sumarán el monto de las retribuciones de los directores y miembros del consejo de la vigilancia afectados al estado de resultados.

Por su parte, si la sociedad no distribuye utilidades, aunque las hubiera generado, el monto tope de la remuneración del directorio y consejo de vigilancia se corresponde con el 5% de las utilidades, pudiendo incrementarse hasta alcanzar el límite del 25% cuando se reparta el total de la utilidad.

A su vez, la Ley de Sociedades Comerciales permite el pago en exceso del monto, tema que debe ser tratado como punto expreso del orden del día de la asamblea y deberá tener fundamentos en las excepciones que prevé la propia ley, a saber: que las ganancias fueran reducidas o inexistentes, que solo retribuyan a quienes realizaron comisiones especiales o funciones técnico administrativas y que sea aprobado por la asamblea general. Lógicamente, los porcentajes de la Ley de Sociedades Comerciales, teniendo en cuenta el monto de utilidades distribuido no es aplicable a las cooperativas, pero se debería establecer un porcentual mínimo y máximo sobre el total de la facturación, dejando librado a la asamblea la evaluación de la responsabilidad, el tiempo dedicado a la función, la competencia y la reputación del administrador, como también el valor de sus servicios en el mercado, cuestión que ésta tenga un límite a la hora de establecer la remuneración.

⁷¹⁷ El mencionado artículo fue transcripto en la nota precedente.

Con ello se evitarían tropelías, como en el caso que surge de la cita⁷¹⁸, donde una asamblea decidió asignarle a un administrador, en concepto de retribución especial, la suma de \$627.354/01, cuando el valor de un peso en Argentina era equivalente a un dólar, en base a una supuesta compensación por los supuestos perjuicios económicos que habría sufrido el Presidente de la cooperativa producto de su actividad al servicio de la entidad, en detrimento de su actividad privada.

Lo que se intenta señalar es que un parámetro dentro del cual la asamblea pueda moverse para fijar los honorarios de los administradores, es una sana solución para evitar remuneraciones excesivas o insuficientes.

IX.4. Sindicatura

A nuestro modo de ver la principal problemática que presenta la regulación en materia de la sindicatura reside en que la Ley de Cooperativas argentina no exige como requisito habilitante para ser síndico que este reúna la condición de ser contador público o abogado.

En efecto, la Ley de Cooperativas se aparta de la regulación de la Ley de Sociedades Comerciales y sólo exige la calidad de asociado de quien ocupe el carácter de síndico.

La razón de esta norma reside en mantener sólo la condición de asociado para ser miembros de los órganos cooperativos. Ello se concilia con el principio de igualdad entre los asociados.

Sin embargo, cuando hablamos de las cooperativas bajo estudio, donde está en juego la gestión de un servicio básico y sensible para la comunidad como es un servicio público y donde los asociados son la gran mayoría de los ciudadanos de una comunidad, creemos que sería conveniente apartarse del principio de igualdad entre los asociados y exigir que la sindicatura esté a cargo de persona idónea aunque no fuera necesariamente asociada.

Ello así porque, salvo que las cooperativas le otorgaran presupuesto a quien ejerza la sindicatura para tener a disposición profesionales que lo asesoren, las tareas

⁷¹⁸ Los hechos citados surgen de la causa: “Bonvín Osvaldo R. y otros c/ CALF s/ Acción de nulidad”, Expte. N° 271.137/01, Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 1 de la ciudad de Neuquén. Dicha retribución dio lugar a la causa penal a autos: “Bonvín Osvaldo R. y otros s/ Administración Fraudulenta reiterada”, Expte. N° 7/04, por ante la Cámara en lo Criminal de la Pcia. de Neuquén, donde los miembros del consejo de administración fueron absueltos, en base a que no estaba configurado el tipo penal de administración fraudulenta.

que debe llevar adelante el síndico exigen una idoneidad especial y un conocimiento de las normas, que difícilmente pueda hacerlo un síndico que no reúna el título de contador público o abogado.

Las atribuciones del síndico son fundamentales para la regularidad de los actos. En este sentido se destacan las atribuciones de control normal y contables, las atribuciones integrativas de la administración y las atribuciones integrativas del gobierno.

Del repaso de las funciones de control normal y contable se destacan: a) Examen de los libros y documentación social siempre que lo juzgue conveniente; b) Verificación periódica del estado de la caja y la existencia de títulos y valores de toda especie, y c) Asistencia con voz a las reuniones de Consejo de Administración.

En lo que respecta a las funciones integrativas de la administración resaltan las siguientes facultades: a) Presentar a la asamblea ordinaria un informe sobre la situación económica y financiera de la sociedad, dictaminando sobre la memoria, inventario, balance y estado de resultados; b) Vigilar las operaciones de liquidación.

Por último, en lo que respecta a las funciones integrativas del gobierno, el síndico tiene las siguientes atribuciones: a) Convocar a asamblea extraordinaria cuando lo juzgue necesario y a asamblea ordinaria cuando omitiera hacerlo dicho órgano una vez vencido el plazo de ley; b) Vigilar que los órganos sociales den cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias; c) Hacer incluir en el orden del día de la asamblea los puntos que considere procedentes.

Por tanto, más allá de que la Ley de Cooperativas exige que las entidades tengan un auditor externo (aunque claramente este no es un órgano de la sociedad como lo es la sindicatura) y que la doctrina considera que el aspecto técnico se encuentra respaldado en la ley en virtud de tal exigencia prevista en el art. 81⁷¹⁹, lo cierto es que las facultades del auditor se limitan a un servicio técnico a efectos de verificar la información contable tendiente a determinar la confiabilidad de los estados contables e informes.

Entonces, si bien el síndico puede valerse para hacer su labor, del análisis que llevó a cabo (sobre los libros, cuentas y comprobantes) el propio auditor, sus

⁷¹⁹ El art. 81 de la Ley de Cooperativas argentina dice al respecto: “Auditoría. Las cooperativas deben contar desde su constitución y hasta que finalice su liquidación con un servicio de auditoría externa a cargo de contador público nacional inscripto en la matrícula respectiva. El servicio de auditoría puede ser prestado por cooperativa de grado superior o entidad especialmente constituida a este fin...”.

facultades exceden ampliamente la tarea del auditor y esas facultades no dejan de tener contenido técnico.

En este sentido, se advierte que mal puede el síndico vigilar que los órganos sociales cumplan la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias o en su caso evaluar si corresponde iniciar acciones de nulidad de las resoluciones o acciones de responsabilidad, si no cuenta con título habilitante para merituar el proceder de los órganos.

En las cooperativas prestadoras de servicios públicos, por la dimensión y la gravitación social que éstas tienen en Argentina sería necesario e imprescindible que la sindicatura detente título habilitante para ejercer el cargo.

En general, como las candidaturas a cubrir los órganos de administración, gobierno y fiscalización se instrumentan a través de una lista única, la sindicatura tiene una relación cercana con los candidatos postulados a cubrir los demás cargos, ello interfiere su labor posterior, ya que extrañamente un síndico ejerce sus atribuciones comprometidamente, máxime si no es consciente de la responsabilidad⁷²⁰ y los riesgos que el cargo demanda, frente a la carencia de formación profesional.

Por ello consideramos conveniente que al llevarse a cabo los actos eleccionarios, la boleta que lleva como candidato al síndico se encuentre separada de la correspondiente a otros órganos y que dicho cargo sea cubierto por persona muñida de título habilitante.

Ello evitaría abusos por parte del órgano de administración que, por la promiscuidad de las relaciones entre los administradores y síndicos, generan graves perjuicios para las entidades cooperativas.

IX.5. Conclusiones

⁷²⁰ Conf. art. 80 de la Ley de Cooperativas argentina que dice: “El síndico responde por el incumplimiento de las obligaciones que le imponen la ley y el estatuto”. A su vez, la Ley de Sociedades Comerciales establece en los arts. 296 y 297 respectivamente (que le son aplicables por reenvío de la propia Ley N° 20.337): “Los síndicos son ilimitada y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones que les imponen la ley, el estatuto y el reglamento. Su responsabilidad se hará efectiva por decisión de la asamblea. La decisión de la asamblea que declare la responsabilidad importa la remoción del síndico”. Y el siguiente artículo dispone: “También son responsables solidariamente con los directores por los hechos y omisiones de éstos cuando el daño no se hubiera producido si hubieran actuado de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias”.

El modelo de gobierno democrático asegura que los intereses de sus socios impriman el funcionamiento y la trayectoria de las entidades, de modo que la composición y regulación de los órganos de gobierno y administración constituyen, en sí mismos, elementos fundamentales.

De allí que las importantes deficiencias en materia de gestión democrática, que fueron advertidas en este capítulo como en lo que respecta a las asambleas electorales, la carencia de normativa que obligue la incorporación de las minorías, el cambio del voto de los delegados, la no difusión de las decisiones de los órganos que impide ejercer en tiempo las acciones de nulidad de las resoluciones, el limitado plazo para interponer las acciones, entre otros temas, buscan poner en alerta de las tensiones que existen y procuran encontrar mecanismos que permitan fortalecer el sistema democrático de gobierno que es pilar en este tipo de entidades.

Recordemos que la participación democrática aparece como el logro de la integración asociativa, compuesta por la adhesión a las normas y valores de la comunidad constituida, mientras la debilidad democrática afecta directamente la integración misma de esta comunidad.

Históricamente, pujas estructurales protagonizadas por los agentes internos a este tipo de organizaciones, en particular los directivos que quieren mantenerse en el poder, los gerentes de carrera y los propios socios han desafiado este modelo de gobierno de autogestión amenazando a las mismas entidades y a los propios principios cooperativos.

Quizás, la peor enfermedad que se advierte en este tipo cooperativo que ya hemos señalado en la introducción del presente capítulo sea la tendencia cada vez mayor a la concentración del poder por parte de quienes dirigen los destinos de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, donde es difícil encontrar renovación de los cargos.

Como contracara de la misma moneda se aprecia una importante indiferencia de los asociados en la gestión cooperativa. Ello en parte se debe a la conducta de los administradores esquivos a implementar políticas de convocatoria y motivacionales.

De igual modo, los gerentes y los socios pujan por sus intereses, ventajas salariales o expansión de la empresa en pos de su progreso personal, los primeros y maximización de los beneficios, sin compromiso, para los segundos, sin muchas veces resguardar en el interés de la propia entidad.

Por ello, consideramos que hay que poner foco en la problemática del gobierno corporativo⁷²¹.

Las empresas sociales prestadoras de servicios públicos deben responder a un nuevo entorno económico, desarrollando innovaciones institucionales más adecuadas al momento que se vive y profundizando el modelo democrático.

En nuestra opinión la incorporación del buen gobierno corporativo vía legislativa o autorregulación debe identificarse principalmente con los principios cooperativos de la Alianza Cooperativa Internacional.

Sin perjuicio de ello, entendemos conveniente:

- Que en las Cooperativas en las cuales los estatutos establezcan Asambleas indirectas para elegir delegados que conformaran la Asamblea General Anual, los mandatos de los delegados puedan extenderse por más de un ejercicio y con un máximo de tres ejercicios⁷²². Ello permitirá que el que acceda al órgano de gobierno de la cooperativa pueda tener un plazo lo suficientemente acotado y prolongado para interiorizarse con la gestión. También evitaría el alto costo que implica para las grandes cooperativas prestadoras de servicios públicos llevar a cabo elecciones anuales, donde se involucra a toda una sociedad a participar. El costo tiene su razón de ser en la logística involucrada para hacer elecciones distritales, donde se debe organizar similar nivel de recursos a los que normalmente se ponen en juego para elegir jefe de la alcaldía. Además, lejos de disminuir el compromiso democrático lo exaltaría, porque la frecuencia eleccionaria desgasta el interés en participar y en un año de gestión tampoco los delegados se pueden consustanciar con las propias atribuciones que le han sido encomendadas, máxime que es extraño que las cooperativas prestadoras de servicios públicos lleven a cabo asambleas extraordinarias durante el ejercicio⁷²³.

⁷²¹ En este sentido podemos apreciar que se ha sancionado recientemente en España la Ley N° 31/2014 donde se incorporan normas del buen gobierno corporativo para las sociedades de capital, que son factor esencial para la generación de valor en la empresa, mejorando la eficiencia económica, sobre todo en empresas cotizadas.

⁷²² En la actualidad ello no es posible porque el art. 50 de la Ley de cooperativas argentina dispone que: “Duración del cargo de delegado...El cargo se considerará vigente hasta la siguiente asamblea ordinaria, salvo que el estatuto lo limite a menor tiempo”.

⁷²³ Lamentablemente el anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales con respecto a la duración del mandato de los delegados no se hace eco de los reiterados reclamos de las cooperativas del

- Como medida complementaria que garantice que los asociados van a estar informados de los resultados del ejercicio y de los demás puntos que hagan a la gestión que sean sometidos a la Asamblea General Anual entendemos que se deben crear mecanismos electrónicos o físicos donde se obligue a los Consejos de administración exponer: los resultados ampliados de los estados contables, la gestión llevada a cabo, los puntos que se van a desarrollar en la asamblea (explicando la razón de los mismos) y donde se le permita rendir cuenta de sus actos. A su vez, dicho espacio debe permitir que los asociados arrimen propuestas de voto y sugerencias a los delegados que deben votar en la asamblea general. De lo contrario se pone en peligro el derecho de información y de voto.
- Los mandatos de los administradores, síndicos y delegados deberían tener un límite de reelegibilidad de dos períodos consecutivo. De tal manera que permita una mayor renovación de los cargos y, con ello, una mayor participación de la base asociativa en la dirección de estas entidades⁷²⁴.
- El consejo deberá organizarse con un reglamento propio que delimite claramente las funciones de sus cargos individuales Presidente, Vice, Tesorero, Secretario y debe crear comisiones internas donde se distribuyan las tareas, tales como: a) Organización, selección y retribuciones; b) Auditoría y cumplimiento de las normas de gobierno, y c) Finanzas⁷²⁵.
- Tanto la normativa cooperativa, como los estatutos sociales de estas entidades deberían tender a la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en la composición de los órganos sociales. Al igual que lo hizo la Ley Orgánica Española N° 3/2007, del 22 de marzo⁷²⁶, que

sector de servicios públicos e insiste en el art. 54 que “El cargo se considerará vigente hasta la siguiente asamblea ordinaria, salvo que el estatuto lo limite a menor tiempo”.

⁷²⁴ El anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales significa un adelanto sobre el régimen vigente al señalar en el art. 67 que “los consejeros son reelegibles por tres períodos consecutivos o cinco alternados”.

⁷²⁵ La presente sugerencia se ha nutrido de la opinión de VINCENT CHULIÁ, Francisco, “Mercado, principios cooperativos y reforma de la legislación cooperativa (estudio introductorio y de síntesis)”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 29, CIRIEC-España, 1998.

⁷²⁶ Ver ponencia presentada por Prof. EMBID IRUJO, José M., “La promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en la composición del Consejo de administración de las sociedades mercantiles”, en

promueve la efectiva igualdad de género en las sociedades mercantiles, estas entidades deberían ser precursoras de dicha integración teniendo en cuenta la particular naturaleza de las cooperativas que se destaca por la mayor integración y participación de todos sus componentes.

La realidad de las cooperativas prestadoras de servicios públicos indica que es muy baja la participación de las mujeres en los órganos sociales, en especial en lo que refiere al órgano de administración; por ser lugares, por lo general, remunerados y de poder los hombres tienen mayor interés en ocupar dichos cargos y logran imponerse, a pesar de que son mayormente mujeres las que ejercen de portavoz de las propuestas en sus distritos y son las que se consustancian más con la función social de las cooperativas bajo análisis⁷²⁷.

- El órgano de fiscalización de ser compuesto por un solo miembro, éste debería contar con título habilitante. En el caso de que se componga por varios miembros, al menos uno debería contar con título habilitante. Al momento de participar en la elección deberían competir con boleta independiente de los demás cargos que se tengan que cubrir, para evitar condicionamientos para el ejercicio del cargo.

- Como forma de promover los procesos de control se podrían implementar auditorías sociales y foros (aunque sea virtuales) que unan a los gerentes con los asociados y delegados⁷²⁸.

- En el caso de que la cooperativa prestadora de servicios públicos supere los 5.000 asociados, la delimitación de los distritos y los límites geográficos debería regularse expresamente, para impedir que los administradores manipulen a su interés la configuración distrital. Se deberá prever también la cantidad de asociados que debe representar un

IV Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil publicado en AA.VV, *Situaciones de crisis en las sociedades comerciales*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 241 y sigs.

⁷²⁷ El anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales representa en este aspecto un significativo avance al reconocer en el artículo 19 con relación a la igualdad de género que: “En todos los casos las cooperativas deben aceptar igual posibilidad de ingreso y reconocer idénticos derechos y obligaciones a todos los asociados y las asociadas sin distinción de género”. Creemos que ello no es suficiente para obligar a que estas entidades incorporen igual cantidad de hombres y mujeres en los cargos a cubrir en los órganos sociales, cuestión que a nuestro modo de ver hubiera sido importante.

⁷²⁸ Este mecanismo fue sugerido al abordar las medidas compensatorias sobre el poder de los cuadros directivos por SPEAR, Roger, “El gobierno democrático en las organizaciones cooperativas”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 48, CIRIEC-España, abril de 2004, pág. 28.

delegado y que este sea materia de ajuste en función del incremento de asociados.

- La obligación de incorporar de las minorías debe ser la regla en el caso de las cooperativas bajo análisis.

- El voto en las asambleas deben ser a viva voz, a los efectos de poder determinar las responsabilidades de los delegados que hubieran vulnerado el mandato.

- Los honorarios de los miembros de los órganos sociales deben tener límites mínimos y máximos, teniendo en cuenta la facturación total de la entidad.

- Los socios que pretendan postularse como candidatos a cubrir cargos en los órganos sociales de una cooperativa prestadora de servicios públicos, no deberían formar parte de organismos estatales que tuvieran a su cargo la regulación y/o el poder de policía sobre la actividad que desarrolla la propia entidad.

- La nulidad de las asambleas y/o decisiones del órgano de gobierno que encuadraran en la nulidad absoluta ya sea porque violaran el orden público o afectaran derechos inalienables de los socios o normas imperativas que regulan el funcionamiento de la entidad no puede quedar sujetas al plazo de 90 días previsto para la impugnación de las decisiones que involucren nulidades relativas. Una eventual reforma legislativa tiene que clarificar el artículo 62 de la Ley de Cooperativas, no dejando dudas de que debe aplicarse la misma solución que brinda el Código Civil en la materia o, en su defecto, sería conveniente que la ley fuera autosuficiente disponiendo como lo hace la normativa española Ley N° 27/1999 que distingue entre los actos nulos (los que violan la ley) y anulables (los que violan el estatuto o lesionen en beneficio de uno o más socios o terceros los intereses de la cooperativa) de aquellos que violan el orden público; estableciendo para los primeros un plazo de 1 año para su impugnación y para los segundos un plazo de 40 días, con excepción de los acuerdos que por su causa o contenido resultaren violatorios al orden público.

También consideramos conveniente que frente a la impugnación y/o interposición de la demanda de nulidad de las decisiones adoptadas por

los órganos sociales, el Juez deba comunicar a la Autoridad de aplicación de las entidades cooperativas el inicio de estas acciones, ello para facilitar la labor de control respecto a los actos llevados por estas entidades⁷²⁹. Es importante que estas cooperativas que tienen a su cargo actividades de interés general se encuentren debidamente monitoriadas y en especial teniendo en cuenta que la Autoridad de aplicación Nacional y organismos de control provincial tienen la facultad de demandar la impugnación de las decisiones de los órganos y pedir medidas cautelares de suspensión, sería conveniente contar con la debida información para saber cómo proceder en cada caso.

⁷²⁹ Podemos ver en la Ley de Sociedades Laborales española N° 4/1997, 24 de marzo, dicho criterio y compartimos con Boquera Matarredona que el legislador pretendió facilitar al Registro su labor de control respecto de los actos de la sociedad laboral que puedan provocar su descalificación como laboral. BOQUERA MATARREDONA, Josefina, “Denominación, domicilio, impugnación de acuerdos y derecho de suscripción preferente en las sociedades laborales”, CIRIEC- España, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, N° 15, pág. 40.

CAPÍTULO X: Estructura económica y financiera de las cooperativas prestadoras de servicios públicos

X. 1. Introducción

La realidad imperante en lo que respecta a las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina demuestra la necesidad constante de capital y financiamiento para dar respuesta a una demanda creciente de los servicios públicos urbanos, suburbanos y rurales.

La necesidad de incorporar permanente tecnología a los medios de distribución y de expandir redes y servicios para llegar a mayor población, exige que las cooperativas cuenten con capital y financiamiento.

En este sentido, podemos apreciar las dificultades que transitan estas cooperativas para instrumentar alternativas de financiamiento interno, tal como los aumentos de capital, ya que las normas reguladoras no permiten que el aporte de capitalización se incorpore a la factura del servicio.

A su vez, se advierte que frente a la escasa y poco eficaz oferta de financiamiento interno que prevé nuestra normativa, los administradores han tenido que recurrir al financiamiento externo, en especial del sistema bancario, con costos muy altos, que han contribuido con eficacia a un endeudamiento estrangulador de las cooperativas prestadoras de servicios públicos.

En décadas anteriores, parte de las cooperativas bajo estudio atravesaron condiciones de equilibrio y autonomía financiera, pero en la actualidad la mayoría adolece de dicha autonomía, teniendo que recurrir a recursos externos ya sea a través de subsidios del Estado, que condicionan su independencia de gestión y/o a través de financiamiento bancario.

A diferencia de la española, nuestra legislación nacional no contempla los aportes voluntarios, ni la posibilidad de la existencia de socios que, si bien no participan de la actividad cooperativizada, no obstante contribuyen con el objeto.

Existe un anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales promovido por la Autoridad de aplicación (INAES) y que cuenta con la mirada beneplácita de quienes detentan la mayoría en ambas Cámaras del Congreso de la Nación. En este

anteproyecto de ley se prevé⁷³⁰ una nueva categoría de socios llamados “de apoyo”; este tipo de socios puede estar conformado por entidades públicas, organizaciones cooperativas de cualquier grado, agencias nacionales y regionales del Mercosur o de otra institución comunitaria Indoamericana que se establezca en el futuro aunque no utilicen sus servicios, siempre y cuando se asocien para apoyar el desarrollo social o empresarial de la cooperativa.

A su vez, se contempla la posibilidad de que las cooperativas emitan títulos de deuda cooperativa⁷³¹ y la admisión de las llamadas aportaciones voluntarias al capital social por parte de los socios⁷³².

Sin embargo, consideramos que las propuestas de reformas no son suficientes, ni integrales como veremos más adelante en el presente capítulo.

Por ello, entendemos que para una mayor consolidación de las empresas de la economía social en un mercado cada vez más competitivo se exige, sobre todo en lo que respecta a las cooperativas bajo análisis, que puedan recurrir al uso de los instrumentos no contemplados en la legislación actual de cooperativas y que favorezcan su solidez y viabilidad económica (por ejemplo, el acceso a nuevas modalidades de captación de recursos mediante títulos participativos, existencia de socios puramente capitalistas, etc.) y una flexibilización de los tradicionales parámetros de su régimen contable, permitiéndose la posibilidad de deducir gastos tanto de los resultados cooperativos como de los extracooperativos.

El cooperativismo argentino de servicio público debe ser consciente de que sigue teniendo una misión especial, nadie puede ser tan ciego de negarle su importante contribución social. Sin embargo, consideramos que el crecimiento y la consolidación

⁷³⁰ Conf. art. 21 del anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales.

⁷³¹ Conf. art. 40 del anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales que dice: OTRAS FUENTES DE FINANCIAMIENTO: Títulos de deuda. Reserva facultativa. Capital mínimo: “En las condiciones que establezcan los estatutos y la normativa que ella misma disponga, la Autoridad de Aplicación podrá: 1- Autorizar la emisión de títulos de deuda cooperativa. 2- Autorizar la constitución de reservas facultativas con distintos propósitos. 3- Establecer un capital mínimo, sin perjuicio de lo previsto en regímenes específicos para determinadas actividades”.

⁷³² Conf. art. 30 del anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales que dice: “1. La Asamblea General podrá acordar la admisión de aportaciones voluntarias al capital social por parte de los socios. Las aportaciones voluntarias tendrán carácter temporal, con un plazo mínimo de devolución de un año, serán remuneradas con un interés anual máximo equivalente a la tasa pasiva del Banco de la Nación Argentina. Asimismo, podrá acordarse la admisión de aportaciones voluntarias destinadas a una nueva actividad cooperativa específica por un plazo determinado no inferior a dos años, ni superior a cinco, con contabilización debidamente separada y a riesgo de los participantes, que podrán percibir hasta un máximo de setenta y cinco por ciento (75%) de los resultados netos obtenidos por dicha actividad en el período a liquidar. El resto de los resultados obtenidos deberá aplicarse a reservas. 2. Las aportaciones voluntarias deberán desembolsarse totalmente en el momento de la suscripción, tendrán el carácter de permanencia establecido y deberán ser aprobadas por la Autoridad de Aplicación que podrá reglamentar esta operatoria”.

de este modelo empresarial ameritan reformas legislativas aptas y eficaces que estas cooperativas están en posición de reclamar.

Los reajustes de las condiciones impuestas por la complejidad de los mercados impulsan la gestión de las cooperativas, en especial de las que estamos estudiando, hacia una dirección decididamente comprometida con metas de consolidación y expansión como empresa⁷³³; de allí que en este capítulo se intenta, a través del repaso de las herramientas con que cuentan actualmente estas entidades para capitalizarse y financiarse proponer, teniendo en consideración otras legislaciones comparadas, como la española, nuevos elementos que fortalezcan con eficacia tanto el capital como el financiamiento de este tipo cooperativo.

X.2. Capital Social y aportaciones

X.2.1. Capital Social

Destacada doctrina española ha conceptualizado al capital social de la cooperativa como “la cifra contable de naturaleza variable, formada por el conjunto de las aportaciones obligatorias y voluntarias de sus socios y (en su caso asociados)”⁷³⁴. A su vez, la noción de Vincent Chuliá pone el acento en la función como cifra de retención aunque con carácter relativo; así, señala que el capital social es la “suma representativa en el pasivo de las aportaciones de socios y asociados, desembolsadas o prometidas, que funciona como cifra de retención aunque con carácter relativo ya que el capital es variable”⁷³⁵.

En Argentina el concepto abrazado por la doctrina mayoritaria refiere a su naturaleza variable, sin distinguir el tipo de aportes realizados por asociados, porque existe una sola categoría de socios/asociados⁷³⁶. Así, se ha indicado que “el capital social está constituido por los aportes de los asociados que va variando durante la vida

⁷³³ Se comparte esta visión con KRAUSE, Luis E. y KONZEN, Otto G., “Autonomía financiera, liquidez y capitalización interna como factores de desarrollo global en cooperativas agropecuarias de Río Grande del Sur-Brazil”, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 43, 2002, pág. 64.

⁷³⁴ FAJARDO GARCÍA, Isabel G., *La gestión...*, Ob. Cit., pág. 24.

⁷³⁵ VINCENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, pág. 570.

⁷³⁶ La Ley de Cooperativas argentina llama al que participa en una cooperativa de “asociado” y éste solo puede ser quien participa de la actividad de la cooperativa. Cuando hablamos en Argentina de socio o asociado, estamos significando lo mismo.

social de la cooperativa ya sea mediante aumentos de capital, nuevas suscripciones o reembolsos a los socios que se retiren»⁷³⁷.

La variabilidad del capital social tiene su génesis en la variabilidad del número de asociados producto del principio de puertas abiertas (que hemos tenido la oportunidad de estudiar en el capítulo II) y que permite el libre ingreso y salida de los socios a la cooperativa, trayendo como consecuencia la variabilidad del capital.

Mayormente, la doctrina⁷³⁸ sostiene que el capital no es un elemento tipificante de las entidades cooperativas en la medida que para algunos tipos cooperativos lo importante es la participación de los socios en el desarrollo de la actividad cooperativizada con la consiguiente necesidad de aportación de trabajo, servicios o fondos dependiendo del tipo que se trate.

De tal manera que, aun cuando el capital social en las cooperativas no goza de las mismas funciones que tiene en las sociedades comerciales y algunas de las funciones que normalmente se le atribuyen se ven desdibujadas en este tipo de entidades, abordaremos en lo sucesivo cuál aspecto de esas funciones se hallan en este tipo de sociedad y, en su caso, en qué aspecto la cifra de capital social no sirve para determinar la función de que se trate.

a) Función Económica o Empresarial

La función que tratamos en este apartado se vincula al capital como inversión inicial efectuada por los socios, cuyo destino es constituir un fondo patrimonial que facilitará el desarrollo de la actividad social de la cooperativa.

Por ello, la propia Ley de Cooperativas exige, al momento de la constitución, que la asamblea fundacional se pronuncie por el valor de las cuotas sociales y el derecho de ingreso si lo hubiere⁷³⁹. En términos generales, las cooperativas necesitan de esos mínimos recurso económicos para la explotación de su objeto social⁷⁴⁰.

Ahora bien, la función empresarial del capital no es muy importante en las cooperativas, porque los recursos son mínimos y no están de acuerdo con el volumen de las operaciones cooperativizadas; ello así porque, tal como enseña Fajardo García⁷⁴¹, en las cooperativas el desarrollo de la actividad económica necesita más de la participación de los socios que de sus propios bienes. En otras palabras, es más

⁷³⁷ CUESTA, Elsa, *Manual...*, Ob. Cit. pág. 153 y sig.

⁷³⁸ CUESTA, Elsa, *Manual...*, Ob. Cit. pág. 155.

⁷³⁹ Conf. art. 8 de la Ley N° 20.337.

⁷⁴⁰ FAJARDO GARCÍA, Isabel G., *La gestión económica...*, Ob. Cit., pág. 30.

⁷⁴¹ FAJARDO GARCÍA, Isabel G., *La gestión económica...*, Ob. Cit., pág. 30.

importante en las cooperativas la participación de los socios en el objeto social, que la propia contribución de los socios en la inversión inicial.

b) Función Jurídica o de garantía

En la medida que bajo la legislación argentina de cooperativas solo se reconoce a las cooperativas de responsabilidad limitada, el capital social (entendido como la aportación obligatoria de los socios) constituirá una cifra de retención y, en consecuencia, cumplirá la función de ser garantía de los acreedores.

Por ello, como contrapartida de la función de garantía del capital social, el legislador otorga el privilegio a los socios del límite de la responsabilidad por las obligaciones contraídas por la sociedad al aporte efectivamente integrado por éstos a la entidad.

En este sentido, coincidimos con Vicent Chuliá⁷⁴² en que el capital social es la cifra de garantía desde el momento en que las aportaciones de los socios no se reembolsan íntegramente, sino que se restituyen tras ser liquidadas las pérdidas en la parte que corresponde al socio saliente, y porque en la cooperativa no es posible distribuir retornos en un ejercicio con pérdidas, aunque haya reservas.

c) Función organizativa

El capital social no supone un instrumento hábil para la organización cooperativa en tanto los derechos de los socios: a ejercer el voto, a conformar el quórum o las mayorías en las asambleas, pedir convocatoria a asamblea, nombrar miembros del consejo de administración, no se reconocen en función de la participación en la cifra del capital social o la aportación.

Así, en las cooperativas los derechos y las obligaciones del socio vienen determinados principalmente, o bien en función de la pertenencia a la sociedad, o bien en función de la actividad corporativizada que desarrolla el socio, pero no se suele tomar en cuenta la participación del socio en el capital de la sociedad⁷⁴³.

Tampoco el capital social de la cooperativa es un instrumento de ordenación de la estructura orgánica, porque en este tipo de entidades la conformación de los órganos se realiza en función no de la mayoría del capital sino de la mayoría de los socios⁷⁴⁴.

⁷⁴² VICENT CHULIÁ, Francisco, *Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial*, dirigidos por Sánchez Calero, Fernando y Albaladejo, Manuel, T. CC, Vol. 3º, Ed. EDERSA, Madrid, 1994, pág. 219 y sig.

⁷⁴³ GADEA, Enrique, SACRISTÁN, Fernando y VARGAS VASSEROT, Carlos, *Régimen Jurídico...*, Ob. Cit., pág. 366.

⁷⁴⁴ FAJARDO GARCÍA, Isabel G., *La gestión económica...*, Ob. Cit., pág. 35.

En efecto, como enseña Fajardo García⁷⁴⁵, mientras que el capital social en la sociedad anónima sirve de referencia para determinar la constitución y composición de los órganos sociales, es indiferente en el caso de las cooperativas en función del principio cooperativo de “un hombre, un voto”.

De igual modo el capital social no determina la ordenación de la estructura financiera, es decir, no condiciona la existencia de beneficios o pérdidas. En este sentido, Fajardo García⁷⁴⁶ señala que si se da un activo superior al pasivo en la cooperativa, por un lado, no significa que los socios puedan repartirse los excedentes y, por otro lado, en la cooperativa los beneficios son irrepartibles.

Además, los retornos en las cooperativas no dependen de la participación en el capital sino que el reparto es proporcional a la actividad cooperativizada.

De tal modo que en las sociedades cooperativas el capital social no sirve para la determinación y aplicación del resultado del ejercicio, excedentes o pérdidas.

Ahora bien, existe un punto de conexión entre el capital cooperativo y la función organizativa de capital previsto para las sociedades mercantiles. Ello se advierte en dos aspectos: (i) el capital social mínimo de la cooperativa cumple con la función de ordenación de la estructura financiera cuando se advierte la obligación de reducir el capital nominal o mínimo cuando el capital material resulte inferior a aquél como consecuencia de pérdidas, a efectos de evitar la causal disolutoria. (ii) A su vez, la participación de los asociados en la cifra del capital determina tanto el cobro de intereses como el porcentual que asume como responsabilidad por las obligaciones sociales incumplidas⁷⁴⁷.

X.2.2. Aportaciones al capital

X.2.2.1 Noción y tipo de aportes por su contenido

La Ley de Cooperativas argentina no ofrece ningún concepto de aporte; sin embargo, la noción de aporte se circunscribe a la prestación “que el asociado” se obliga a cumplir, ya sea en el acto fundacional o posteriormente, cuando se incorpore a

⁷⁴⁵ FAJARDO GARCÍA, Isabel G., *La gestión económica...*, Ob. Cit., pág. 35.

⁷⁴⁶ FAJARDO GARCÍA, Isabel G., *La gestión económica...*, Ob. Cit., pág. 32.

⁷⁴⁷ FAJARDO GARCÍA, Isabel G., *La gestión económica...*, Ob. Cit., pág. 46, MORILLAS JARILLO María J. y FELIÚ REY, Manuel I., *Curso de ...*, Ob. Cit., pág. 370.

la sociedad⁷⁴⁸, o durante la vida de la cooperativa, y que pasan a integrar el capital social.

A su vez, como nuestra normativa cooperativa no contempla diferentes clases de asociados, las aportaciones al capital en estas entidades gozan de las características de igualdad y acumulabilidad, en el entendimiento de que la necesidad de la aportación obligatoria es igual para todos los asociados y el aporte puede ser acumulable porque un socio puede ser titular de más de una aportación.

Así, los únicos tipos de asociados que contempla la Ley de Cooperativas N° 20.337 son los llamados plenos, es decir, aquellos que gozan de los siguientes derechos económicos: hacer uso del servicio, excedentes, intereses a la participación en el capital, derecho a reembolso, entre otros.

Por otro lado, del texto de la norma de cooperativas argentina no surge la posibilidad de que las aportaciones del capital puedan ser voluntarias⁷⁴⁹, sino que las disposiciones hacen referencia solo a las aportaciones de carácter obligatorio.

El art. 28 de la Ley de Cooperativas dispone que “Solo pueden aportarse bienes determinados y susceptibles de ejecución forzada. Aportes no dinerarios. La valuación de los aportes no dinerarios se hará en la asamblea constitutiva o, si éstos se efectuaran con posterioridad por acuerdo entre el asociado aportante y el consejo de administración, el cual debe ser sometido a la asamblea...”.

De allí que los aportes solo pueden ser bienes, entendiéndose por ellos tanto cosas como dinero o especie pasible de ser ejecutada forzosamente. Toda prestación que no es susceptible de ser ejecutada no reúne las condiciones para ser sujeto de aporte. Así, están excluidas de la posibilidad de ser aportadas las prestaciones en forma de trabajo, la clientela, el valor llave, etc.

Repasaremos particularmente cuáles son los bienes susceptibles de ser aportados:

a) Aportes en dinero: representa disponibilidad monetaria de poder cancelatorio y de curso legal.

Tal como indica el art. 25 de la Ley de Cooperativas argentina para el supuesto que el aporte sea dinerario: “las cuotas sociales deben integrarse al ser suscriptas,

⁷⁴⁸ VERÓN, Alberto V., *Tratado...*, T. I, Ob. Cit., pág. 487.

⁷⁴⁹ A pesar de que la ley no contempla la posibilidad de hacer aportes voluntarios, la Autoridad de aplicación ha dictado las Resoluciones N° 349/95, 1966/95 y 593/99, que regula el incremento del capital mediante suscripciones e integraciones complementarias a las ordinarias, a través de aportaciones voluntarias de los asociados.

como mínimo de un 5% y completarse la integración dentro del plazo de cinco (5) años de suscripción”, sin perjuicio de que el estatuto pueda disponer de porcentajes y plazos diferentes, debiendo la disposición estatutaria respetar al menos el mínimo de integración y el máximo de años.

Éste es el único tipo de aportes que en términos generales se usa en las cooperativas prestadoras de servicios públicos.

b) Aportes no dinerarios: tal como hemos indicado previamente, el art. 28⁷⁵⁰ de la Ley de Cooperativas argentina establece que los aportes no dinerarios deben consistir en bienes determinados y susceptibles de ejecución forzada. Además, que en el caso de que se verifiquen aportes no dinerarios en la constitución, los mismos deben integrarse en su totalidad.

Dentro del espectro de los aportes no dinerarios y de ejecución forzada encontramos los aportes en especie, tales como: los bienes de cambio que son aquellos que el aportante tiene para la venta en el curso ordinario de los negocios, o los que se encuentren en proceso de producción para dicha venta, o los que resultan generalmente consumidos en la producción o comercialización que destina a esa venta.

También están comprendidos en el concepto de este tipo de aportes en especie: los bienes de uso, que son aquellos representados por inmobilizaciones que el aportante utiliza en su actividad y tienen una vida útil estimada superior a un año y no detentan la calidad de bien de cambio destinado a su venta⁷⁵¹.

Por último, también quedan abarcados en la categoría de bienes no dinerarios susceptibles de ejecución, los bienes inmateriales que son aquellos que están compuestos por movilizaciones incorpóreas representadas por derechos y valores nominales que tienen un plazo de existencia limitado por ley o por contrato, y por bienes abstractos de valor económico explotable.

Dentro del universo de aportes de bienes inmateriales encontramos los títulos valores, los aportes de créditos, valor llave, entre otros.

⁷⁵⁰ El art. 28 de la Ley de cooperativas argentina dice: “Sólo pueden aportarse bienes determinados y susceptibles de ejecución forzada. Aportes no dinerarios: La valuación de los aportes no dinerarios se hará en la asamblea constitutiva o, si estos se efectuaran con posterioridad, por acuerdo entre el asociado aporte y el consejo de administración, el cual debe ser sometido a la asamblea. Los fundadores y los consejeros responden en forma solidaria e ilimitada por el mayor valor atribuido a los bienes, hasta la aprobación por la asamblea. Si en la constitución se verifican aportes no dinerarios, estos deberán integrarse en su totalidad. Cuando para la transferencia del aporte se requiera la inscripción en un registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la Cooperativa en formación”.

⁷⁵¹ VERÓN, Alberto V., *Tratado...*, T. I, Ob. Cit., pág. 497.

X.2.2.2 Tipos de aporte por necesidad

X.2.2.2.1 Aportes obligatorios. Aportes originarios y nuevas aportaciones

El aporte obligatorio es la contribución individual de cada asociado al capital social que se corresponde con el valor de la cuota social. Este aporte ha de realizarse al momento de la constitución de la cooperativa o con posterioridad al acto fundacional. El mismo no debe ser altamente gravoso, de tal manera de respetar el principio de puertas abiertas.

Este tipo de aporte realizado tanto al momento fundacional, como con posterioridad se le llama aporte originario y es obligatorio para quienes aspiren a formar parte de la entidad, en la medida que así lo disponga el Estatuto. Decimos esto, porque, como hemos visto precedentemente, para ciertos tipos cooperativos lo único importante es la participación del socio en la actividad cooperativizada.

Por su parte, también encontramos que durante la vida de la cooperativa la asamblea puede acordar la obligación de realizar nuevas aportaciones al capital social.

El aumento del capital puede ser instrumentado a través de tres vías: a) Por realización de nuevas aportaciones al capital; b) Por capitalización de retornos e intereses de las cuotas, conforme art. 44 de la Ley de Cooperativas; c) Por revalúo de activos que autoriza el art. 45 de la Ley de Cooperativas.

En estos casos, la decisión siempre debe ser adoptada por la asamblea y no requiere bajo la legislación argentina la modificación estatutaria o la autorización administrativa.

Analizaremos brevemente las tres vías previamente indicadas, por las cuales se puede incrementar el capital, aunque corresponde aclarar que la posibilidad de aumento por revalúo de activos no puede adoptarse en la actualidad en virtud de las normas vigentes.

a) Por realización de nuevas aportaciones

Dichas nuevas aportaciones se pueden establecer sobre la base del consumo real del asociado, como del consumo potencial del mismo.

En este sentido, el art. 27 de la Ley de Cooperativas argentina dispone que “El estatuto puede establecer un procedimiento para formación e incremento del capital en proporción con el uso real o potencial del servicio”.

De cualquier manera, aun cuando el Estatuto no dispusiera nada sobre el incremento del capital, los asociados pueden recurrir a tal procedimiento, ello en la medida que uno de los rasgos trascendentes de las cooperativas es que el capital es variable e ilimitado, aunque si se quiere incrementar el capital sobre la base del uso real o potencial o ambos, la doctrina⁷⁵² es conforme en que es condición para su procedencia que el estatuto autorice el procedimiento.

Por su parte, la Autoridad de aplicación se hace eco de la normativa cooperativa y exige que estas entidades prevean estatutariamente el procedimiento para incrementar el capital, una vez definida la base de proporción entre el uso real y potencial⁷⁵³.

El incremento del capital de acuerdo a lo previsto debe preservar la igualdad de esfuerzo de los asociados y evitar el privilegio de un grupo de asociados⁷⁵⁴.

Así, en las cooperativas prestadoras de servicios públicos, la proporción sobre el uso real se calculará en función de las operaciones de consumo realizadas durante el ejercicio en que se decida el aumento, o en su caso se calculará sobre el consumo potencial del mismo teniendo como relación a un promedio de lo operado en los últimos ejercicios y sobre la base de ello, se establecerá el número de cuotas sociales que corresponderá suscribir por cada asociado.

b) Por capitalización de retornos e intereses de las cuotas

La asamblea puede decidir que el retorno y los intereses se distribuyan en cuotas sociales en la medida que el estatuto así lo prevea. También puede decidir que parcialmente cualquiera de estos rubros pueda ser distribuido en cuotas o que el retorno sea distribuido en cuotas y los intereses pagados o lo contrario.

Este mecanismo ha sido muy utilizado en el pasado, por las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina, ya que las mismas históricamente no han trabajado al costo, sino con excedentes que le han permitido luego capitalizarse, al no devolver a los asociados los retornos que hubieran correspondido.

c) Por revalúo de activos

El art. 45 de la Ley de Cooperativas argentina faculta a las cooperativas a revaluar los activos de acuerdo con la reglamentación que dicte la autoridad de aplicación del régimen legal de cooperativas. Este mecanismo, que ha tenido origen en

⁷⁵² CUESTA, Elsa, *Manual...*, Ob. Cit., pág. 177.

⁷⁵³ Conf. art. 27 de la Ley N° 20.337.

⁷⁵⁴ CUESTA, Elsa, *Manual.....*, Ob. Cit., pág. 178.

la Argentina en momentos de depreciación monetaria, ha hecho que la Autoridad de aplicación haya dictado resoluciones que reglamentaban la materia⁷⁵⁵, que luego fueron derogadas.

En la actualidad debemos estar a las Resoluciones Técnicas de la Federación Argentina de Consejo de Ciencias Económicas cuyas resoluciones se incorporan por remisión expresa de la normativa de la Autoridad de aplicación. En este sentido, dichas resoluciones disponen que el revalúo de activos se acreditara a una cuenta “denominada saldo por revaluación”, integrante del patrimonio neto pudiendo exponerse en el rubro resultados no asignados, más vedando que estos pasen a resultados del ejercicio. Ello significa que el saldo por revaluación no es distribuible, ni capitalizable⁷⁵⁶.

Cuando se permitía capitalizar el saldo por revalúo de activos, importante Jurisprudencia de la Corte Suprema Mendocina ha dispuesto que la regla general en materia de reembolso es que el capital del socio debe devolverse a valor nominal, salvo que el capital de la cooperativa haya sido revaluado en cuyo caso se restituye conforme dicho revalúo que puede o no coincidir con los índices de depreciación monetaria⁷⁵⁷.

El anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales sí permite capitalizar el saldo de revalúo de activos al disponer en el art. 49 que "El revalúo de

⁷⁵⁵ Por ejemplo, Resoluciones N° 248/74, 654/75 y 1155/81.

⁷⁵⁶ Conf. Resolución Técnica de la Federación Argentina de Consejos de Ciencias Económicas N° 31.

⁷⁵⁷ Conf. autos: "Puertas López, Alfredo en J 36.640/9.465 Puertas López c C/ Coop. de Viv. Mariano Moreno Ltda. P/ Cobro de Pesos S/ Inc. Casatorio", Causa N° 89.691, correspondiente a la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, de fecha 15/08/2007. En el fallo en cuestión se dice que: "He tenido oportunidad de pronunciarme en cuatro ocasiones sobre la cuestión relativa al valor de restitución del reembolso de las cuotas en caso de retiro, exclusión o disolución del asociado de una cooperativa: en la primera, del 15/11/1984, recaída *in re* Cooperativa Las Pircas, citada por el tribunal de grado, mi voto resultó minoritario (LS 186-202, publicada en J. de Mza 27-70, y en RDCO 1985, año 18, pág. 227, con nota crítica de Dante Cracogna, Singular fallo acerca del capital de las cooperativas); en la segunda, del 17/11/1992, recaída *in re* Prill, Rudolf (LS 233-32, publicada en ED 155-282, en Zeus 63-J-359 y en JA 1993-IV-233, con nota de Dante Cracogna, El capital cooperativo: una oportuna rectificación jurisprudencial), la sala por voto unánime, siguió el criterio que había sostenido en minoría en el primer precedente y decidió, con fundamento en el art. 36 de la ley 20.337 y los principios generales del derecho cooperativo, que las cuotas sociales deben ser restituidas según su valor nominal; es decir, no corresponde hacer el simple reajuste monetario de los aportes; no obstante, el reajuste es posible a través de la revaluación de los activos. En otros términos: los aportes se devuelven a valor nominal, pero si el capital cooperativo ha sido revaluado, se restituyen conforme ese revalúo que puede o no coincidir con los índices de depreciación monetaria. Esta solución fue reafirmada en el tercer pronunciamiento del 22/3/2005, recaído en autos Cooperativa Farmacéutica San Rafael Ltda. en j° 18.505/97.159 Eirin, Ramón B. y Ots. c/ Coop. Farmacéutica San Rafael Ltda. p/ Med. Previa-Ord. s/ Cas. y en el cuarto del 11/4/2005, publicado en La Ley Gran Cuyo Voces Jurídicas 2005-1421, comentados en LL Gran Cuyo 2006-502) Es suma, en los tres últimos precedentes se admitió que la actualización es posible sólo si la cooperativa ha revaluado sus activos de acuerdo con la reglamentación dictada por el Instituto Nacional de Acción cooperativa".

bienes del activo debe contar con dictamen fundado de contador público nacional matriculado y ser resuelto por la Asamblea. Este debe decidir sobre el destino del saldo respectivo, una vez enjugadas las pérdidas que pudieran existir, el cual podrá ser: capitalización, reserva o ambos, en la proporción que ella determine".

De regreso al tema del incremento del capital por nuevos aportes que realicen los asociados, corresponde recordar lo que dijimos en el Capítulo VI, en cuanto a la problemática que trae aparejada la prohibición de gran parte de los poderes reguladores de incorporar en la factura de consumo del servicio público cualquier ítem ajeno a la tarifa.

Ello así en base a que el Estado procura preservar para la información de los consumidores/usuarios la composición de la tarifa ajena a cualquier otro rubro, sin embargo, no se tiene en cuenta que en este caso los propios consumidores/usuarios son los socios y que el incremento de capital que se intenta introducir en la boleta del servicio es fruto de su propia decisión y va en su propio beneficio. Sin embargo, con esta política las cooperativas de servicios públicos se ven perjudicadas, ya que de incorporar a una factura independiente el aporte de capitalización, difícilmente se logre el efecto capitalizador que se pretende⁷⁵⁸.

Ahora bien, la realidad lleva a los administradores cooperativos a procurar la incorporación de tales incrementos de capital en las propias facturas, ya que es difícil que el socio haga frente al pago de tal capitalización por afuera del servicio, amén de que ello sea una obligación que pesa sobre su condición.

Como hemos indicado en el Capítulo VI, algunos de los Poderes reguladores de los servicios públicos⁷⁵⁹ han reconocido tal excepción incorporando el ítem "aporte de capitalización" en la misma factura, cuestión que compartimos.

X.2.2.2.2 Aportes voluntarios

Como hemos indicado anteriormente, la Ley de Cooperativas argentina no contempla el aporte voluntario. Sin embargo, frente a la necesidad imperiosa de las

⁷⁵⁸ Cuando los rubros propios del servicio y los relativos a aportes de capital no están subsumidos en una misma factura, los socios son renuentes a pagarlos ya que el servicio no se encuentra en riesgo de ser suspendido.

⁷⁵⁹ Testimonio de ello es la autorización que reconociera el Municipio de la ciudad de Neuquén, como Órgano regulador, a la cooperativa prestadora de energía a los efectos incorporar tal ítem a la factura de luz.

cooperativas de contar con financiamiento la Autoridad de aplicación de las cooperativas (actualmente INAES, correspondiendo el nombre de su predecesora como INAC) dictó las Resoluciones N° 349/95, 1966/95 y 593/99, aun en exceso de sus facultades, que permite incrementar el capital mediante suscripciones e integraciones complementarias de las ordinarias, es decir, mediante aportaciones voluntarias.

Según el texto de la Resolución N° 349/95, dichos aportes de capital complementario son independientes del uso real o potencial de los servicios sociales y reembolsables a su titular en el plazo que fije la asamblea que disponga la emisión de los títulos. También, la asamblea podrá disponer de un rescate rotativo, de manera que, una vez suscripta totalmente la emisión, se admitan nuevas suscripciones cuyo monto ha de dedicarse a rescatar las existentes, según su antigüedad⁷⁶⁰.

La misma Resolución expresamente establece que los aportes serán retribuidos con intereses a pagarse con excedentes repartibles, según la tasa que determine la asamblea que decida la emisión, y agrega que la asamblea deberá decidir si se afectan al pago de estos intereses la totalidad de los excedentes repartibles o sólo un porcentaje de los mismos⁷⁶¹.

A su vez, la Resolución en cuestión dispone que en el caso de inexistencia de excedentes repartibles o por insuficiencia de éstos en determinado ejercicio, resultaren insatisfechos intereses debidos a capital cooperativo complementario, el pago de aquellos se diferirá a los futuros ejercicios⁷⁶².

La tasa de interés que se le aplicará al capital complementario no podrá exceder de un punto al que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento⁷⁶³.

Adicionalmente, se dispone que el capital complementario estará representado por títulos cooperativos de capitalización en moneda de curso legal o en moneda extranjera de libre convertibilidad, de igual valor y serán nominativos, en tanto sólo pueden ser titulares de dichos títulos los propios asociados que, de transferirlos, sólo lo podrán hacer a otros asociados.

Por su parte, la Resolución N° 1966/95 establece que las cooperativas que opten por incrementar su capital en los términos de la Resolución N° 349/95 deberán llevar

⁷⁶⁰ Conf. art. 2º, Res. INAC N° 349/95.

⁷⁶¹ Conf. art. 4º, 1er párr., Res INAC N° 349/95.

⁷⁶² Conf. art. 4º, 2do párr., Res. INAC N° 349/95.

⁷⁶³ Conf. art. 4º Res. INAC N° 349/95, en remisión al art. 42, inc. 4), Ley Nacional N° 20.337.

un registro donde se inscribirá la emisión de los títulos cooperativos de capitalización, incluidas las transferencias que se operen con estos títulos. El mencionado registro deberá contener los datos mínimos que figura en el modelo provisto por el INAES y deberá contener los recaudos establecidos por el art. 38 de la Ley de Cooperativas.

Por último, la Resolución N° 593/99 reglamenta la Resolución N° 349/95 y en este sentido dispone que “Los aportes en Títulos Cooperativos de Capitalización podrán ser integrados totalmente en el momento de su suscripción o fraccionadamente en cuanto a sus montos y plazos. En este último caso, deberán observarse las disposiciones que en materia de integración de cuotas sociales prevea el estatuto social y el artículo 25 LC”⁷⁶⁴.

A su vez, se establece que “Las aportaciones del capital Complementario deberán efectuarse por un período de tiempo no inferior a seis meses a partir del momento en que el socio comprometió y efectivizó totalmente su aporte”⁷⁶⁵. A efectos de determinar la relación técnica a observar en el circulante de los títulos cooperativos de capitalización (TI.CO.CA), la que deberá estar referida al Patrimonio Neto y su equivalente que son los recursos propios, se establece un indicador⁷⁶⁶.

Algunas cuestiones menores referidas a los momentos en los cuales debe verificarse la relación técnica; obligación a cargo del Consejo de administración de realizar el cálculo y obligación de anexar con el cálculo un certificado de Contador Público independiente, entre otras, surgen de igual Resolución⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ Conf. art. 1° Resolución de la Autoridad de aplicación N° 593/99.

⁷⁶⁵ Conf. art.1° *in fine* de la Resolución.

⁷⁶⁶ El art. 2° de la mentada Resolución establece el siguiente indicador: “C.C. = PNcea +/- VPNe donde, C.C. = Capital Complementario. PNcea = Patrimonio Neto al cierre del ejercicio anterior (libre del circulante de TI.CO.CA. emitido). VPNe = Variación del Patrimonio Neto (al inicio) operado durante el ejercicio hasta la fecha de corte de la medición contemporánea.

El PNcea es el que surge del último balance auditado, mientras que la VPNe estará determinada por la variación que desde el inicio del ejercicio (o sea el momento del PNcea) se ha verificado contablemente. Para el último caso puede existir la conjunción de aumentos y/o rescate de cuotas sociales, retribuciones por el trabajo personal de los consejeros (artículo 67 Ley 20.337), utilización efectiva de reservas artículo 42 de la Ley Cooperativa y, los propios excedentes o quebrantos devengados por el ejercicio de la actividad social”.

⁷⁶⁷ A su vez, se dispone que “las entidades cooperativas deberán verificar su variable de Capital Complementario con respecto al valor tope autorizado según el indicador de referencia al momento de considerar una emisión aprobada y en circulación” y se agrega que se deberá necesariamente “verificar esta relación técnica al momento de: a. Realizar la primera emisión; b. Ampliar la emisión en circulación o; c. Cuando la emisión se encuentre agotada”.

Por último, los Arts. 3°, párrs. 2do, 3ro y 4to, de la Resolución N° 593/99 prescriben: “En cualquiera de los casos mencionados, el Consejo de Administración deberá realizar el estado de cálculo de la ecuación al momento más cercano a la época en que la asamblea se reúna para tratar la cuestión. Para ello, conjuntamente con la comunicación de la convocatoria a asamblea se deberá anexar un documento con la determinación y cálculo a que se ha llegado, certificado por Contador Público independiente. De igual modo, las entidades cooperativas que tengan emitidos los Títulos Cooperativos de Capitalización

Habiendo repasado el contenido de las tres resoluciones dictadas por la Autoridad de aplicación en referencia al aporte de capital voluntario, somos partícipes que éste Organismo se ha excedido en sus facultades al crear esta categoría de capital en la medida que ha alterado desde el ámbito administrativo el principio de permanencia en el capital, desvinculando el reembolso de las aportaciones voluntarias de la separación del socio, cuestión que exigiría una clara reforma legislativa al respecto.

En efecto, las cuotas sociales representativas del capital social, según la Ley de Cooperativas, serán reembolsables al socio al momento de su retiro, pero el Estatuto puede limitar el reembolso anual a un monto no menor al 5% del capital integrado conforme el último balance aprobado. Los casos que no pueden ser atendidos con dicho porcentaje lo serán en el ejercicio siguiente por orden de antigüedad⁷⁶⁸, mientras que de acuerdo a las Resoluciones de la Autoridad de aplicación el capital complementario es reembolsable a su titular en el plazo que fije la asamblea que disponga la emisión de los títulos, pudiendo la misma disponer de un rescate rotativo, de manera que una vez suscripta totalmente la emisión, se admitan nuevas suscripciones cuyo monto ha de dedicarse a rescatar las existentes, según su antigüedad.

La autoridad nacional de aplicación, bajo el entendimiento de que tiene como finalidad principal la promoción y el desarrollo del cooperativismo, da origen a esta norma para proveer elementos que contribuyan con el fin para el cual la entidad fue creada, pero olvida que la reglamentación que puede hacer de la Ley de Cooperativas no le permite ir más allá de la propia ley.

La categoría de aporte voluntario independiente del uso de los servicios sociales no se encuentra contemplada en nuestro régimen vigente, como así tampoco el tratamiento especial que esta Resolución da a este tipo de aporte, por ello, entendemos que sin perjuicio de valorar cualquier mecanismo que permita capitalizar y financiar a las entidades cooperativas, éste en particular podría ser atacado de inconstitucional⁷⁶⁹.

deberán presentar un estado con el valor y cálculo de la «C.C.» certificado por Contador Público Independiente, conjuntamente con la documentación contable requerida por el artículo 41 de la Ley 20.337. Obtenida la relación técnica del artículo 2° se establece que la emisión de Títulos Cooperativos de Capitalización (T.I.CO.CA.) no podrá superar en una vez y media dicho resultado”.

⁷⁶⁸ Conf. art. 31 de la Ley N° 20.337.

⁷⁶⁹ En igual sentido opinan VERÓN, Alberto V., *Tratado...*, T. I, Ob. Cit., pág. 448 y CUESTA, Elsa, *Manual...*, Ob. Cit., pág. 179 y sig.

No hay duda de que es necesario estructurar un sistema de aportes voluntarios y que estos instrumentos sean eficaces para capitalizar y financiar a las cooperativas, pero es evidente que es el Legislador quien debe diseñar una normativa armónica y el que deberá brindar mecanismos para hacer frente a este flagelo que padecen las entidades cooperativas.

En este sentido, el anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales, de aprobarse, resultaría un avance en la materia al disponer en el art. 30 que "La Asamblea General podrá acordar la admisión de aportaciones voluntarias al capital social por parte de los socios. Las aportaciones voluntarias tendrán carácter temporal, con un plazo mínimo de devolución de un año...". Sin embargo, el anteproyecto cuenta con importantes vacíos al no responder interrogantes tales como si al momento del rescate el Consejo de administración puede limitar el reembolso anual o incluso suspenderlo, como sucede en el caso del reembolso de las cuotas sociales, o qué sucede si el socio se retira o es excluido antes de que venza el período de rescate del capital complementario, si tiene derecho a que se le reintegre el capital voluntario al mismo tiempo o si podría estar sujeto a diferimiento en los términos de las normas de reembolso.

En España, de acuerdo a la Ley N° 27/99 las aportaciones voluntarias⁷⁷⁰ tienen un tratamiento favorable por ejemplo no pueden aplicarse deducciones sancionatorias sobre las mismas por baja injustificada o expulsión⁷⁷¹. A su vez, la normativa

⁷⁷⁰ La Ley de Cooperativas española N° 27/99 trata a las aportaciones voluntarias en su Artículo 47. Allí se establece que: "1. La Asamblea General y, si los Estatutos lo prevén, el Consejo Rector, podrá acordar la admisión de aportaciones voluntarias al capital social por parte de los socios, si bien la retribución que establezca no podrá ser superior a la de las últimas aportaciones voluntarias al capital acordadas por la Asamblea General o, en su defecto, a la de las aportaciones obligatorias. 2. Las aportaciones voluntarias deberán desembolsarse totalmente en el momento de la suscripción y tendrán el carácter de permanencia propio del capital social, del que pasan a formar parte. 3. El Consejo Rector podrá decidir, a requerimiento de su titular, la conversión de aportaciones voluntarias en obligatorias, así como la transformación de aportaciones obligatorias en voluntarias cuando aquéllas deban reducirse para adecuarse al potencial uso cooperativo del socio".

⁷⁷¹ Algunos artículos más adelante encontramos regulado lo concerniente al reembolso de las aportaciones tanto obligatorias como voluntarias. De este modo el artículo 51 prescribe en el punto 1° que: "Los estatutos regularán el reembolso de las aportaciones al capital social en caso de baja en la cooperativa. La liquidación de estas aportaciones se hará según el balance de cierre del ejercicio en el que se produzca la baja, sin que se puedan efectuar deducciones, salvo las señaladas en los puntos 2 y 3 de este artículo".

En materia de deducciones vemos que el punto 2° regula aquellas propias de toda liquidación (deducción de pérdidas), mientras que en el punto 3° se tratan las deducciones sancionatorias, las cuales están previstas sólo para las aportaciones obligatorias. Allí se prevé que: "3. En el caso de baja no justificada por incumplimiento del período de permanencia mínimo, a que se hace referencia en el artículo 17.3 de la presente Ley, se podrá establecer una deducción sobre el importe resultante de la liquidación de las aportaciones obligatorias, una vez efectuados los ajustes señalados en el punto anterior. Los estatutos fijarán el porcentaje a deducir, sin que éste pueda superar el treinta por ciento".

Valenciana de cooperativas dispone que si el cooperativista cesa como tal y mantiene el capital (voluntariamente o porque su vencimiento es posterior) se mantiene como asociado mientras tenga capital. Entonces, se le aplica el régimen de los asociados, que son titulares de aportaciones voluntarias, que no cooperan y que se les reembolsa cuando vencen conforme a la fecha prevista en las condiciones de su emisión; De igual modo, la misma normativa no permite aplazar el reembolso⁷⁷².

Por otro lado, también advertimos que el legislador español ha sido creativo al brindar varios mecanismos para hacer frente a la falta de capital y a la carencia de financiamiento.

En efecto, la legislación española, a pesar de sus matices en lo que respecta al derecho cooperativo en las autonomías, contempla que el capital social puede estar compuesto de aportaciones voluntarias provenientes de distintos tipos de socios:

- (i) Aportaciones voluntarias de socios plenos⁷⁷³.
- (ii) Aportaciones voluntarias de socios colaboradores⁷⁷⁴.

La característica esencial de este tipo de aporte es que es potestativa.

El interés del socio en realizar este tipo de aporte voluntario al capital social normalmente tiene relación con la remuneración que percibirá por la aportación desembolsada. La doctrina indica que este es un derecho relativo porque “corresponde al socio si viene establecido estatutariamente, además de estar limitado cuantitativamente (como máximo seis puntos por encima del interés legal del dinero para la LCoop, que se reduce a tres para la mayoría de leyes autonómicas)”⁷⁷⁵.

Por su parte, el interés del socio colaborador en realizar dicho aporte también tiene relación con la remuneración que puedan percibir, aunque para cierta doctrina⁷⁷⁶

⁷⁷² El artículo 28.1 del Decreto Legislativo N° 2/2015, de 15 de mayo dice: "Si los estatutos lo prevén, la cooperativa, de cualquier clase que sea, podrá incorporar asociados, personas físicas o jurídicas, que realicen aportaciones a capital social de carácter voluntario. Del mismo modo, los socios que causen baja justificada u obligatoria podrán adquirir la condición de asociado transformando su aportación obligatoria en voluntaria". Por su parte, el art. 61.6 dispone: "Las aportaciones voluntarias se reembolsarán, liquidadas, en las condiciones que determine el acuerdo que aprobó su emisión o transformación. Salvo que dicho acuerdo hubiera previsto un régimen diferente, las aportaciones voluntarias se reembolsarán en el momento en que la baja deba surtir efectos. En ningún caso podrán practicarse deducciones sobre las aportaciones voluntarias ni se les podrá aplicar el aplazamiento previsto en el punto anterior".

⁷⁷³ Socios que participan en la actividad cooperativizada.

⁷⁷⁴ Socios que no reúnen la condición de tal porque no participan en la actividad económica cooperativa pero que contribuyen a financiarla.

⁷⁷⁵ Gadea , Enrique, SACRISTÁN Fernando, VASSEROT VARGAS, Carlos, *Régimen Jurídico ...*, Ob. Cit., pág 353.

⁷⁷⁶ PANIGUA ZURERA, Manuel, "La Sociedad cooperativa...", Ob. Cit., pág. 170.

la Ley Estatal de Cooperativas (art. 48⁷⁷⁷) no aclara si a la retribución de las aportaciones sociales de los socios colaboradores se le aplican los límites generales previstos para los socios usuarios.

En cualquier caso, tal como enseña Fajardo García, para la cooperativa el aporte voluntario constituye una fuente de financiamiento⁷⁷⁸.

Ahora bien, en cuanto al aporte de los socios colaboradores debemos señalar que dicha categoría de socios no existe en Argentina.

Si bien no encontramos en España una categoría uniforme de socios colaboradores⁷⁷⁹, depende en su caso de las leyes autonómicas, el legislador estatal de aquel país incorporó la categoría de socios colaboradores, entendiendo por ellos a los que no participan en la actividad cooperativizada pero colaboran con la consecución del objeto (art. 14, 1⁷⁸⁰). Así, se engloba en esta categoría a tres subtipos de socios aportantes: (i) “Personas físicas o jurídicas que sin participar en la actividad económica cooperativa contribuye a su consecución suscribiendo y desembolsando las oportunas aportaciones sociales”; (ii) “Personas físicas o jurídicas que sin poder realizar plenamente la actividad económica pueden contribuir o colaborar a su consecución (...). En este caso lo importante no es “la realización de aportaciones sociales, bastaría con prestaciones discontinuas de trabajo o servicios de ayudas económicas a las cooperativas”; (iii) Socio excedente o inactivo, es decir aquellos

⁷⁷⁷ Artículo 48, Ley Estatal de Cooperativas española N° 27/1999: “Remuneración de las aportaciones
1. Los Estatutos establecerán si las aportaciones obligatorias al capital social dan derecho al devengo de intereses por la parte efectivamente desembolsada, y en el caso de las aportaciones voluntarias será el acuerdo de admisión el que fije esta remuneración o el procedimiento para determinarla.
2. La remuneración de las aportaciones al capital social estará condicionada a la existencia en el ejercicio económico de resultados positivos previos a su reparto, limitándose el importe máximo de las retribuciones al citado resultado positivo y, en ningún caso, excederá en más de seis puntos del interés legal del dinero.
3. En la cuenta de resultados se indicará explícitamente el resultado antes de incorporar las remuneraciones a que se ha hecho referencia en los puntos anteriores, y el que se obtiene una vez computadas las mismas.
4. Si la Asamblea General acuerda devengar intereses para las aportaciones al capital social o repartir retornos, las aportaciones previstas en el artículo 45.1.b) de los socios que hayan causado baja en la cooperativa y cuyo reembolso haya sido rehusado por el Consejo Rector, tendrán preferencia para percibir la remuneración que se establezca en los estatutos, sin que el importe total de las remuneraciones al capital social pueda ser superior a los resultados positivos del ejercicio”.

⁷⁷⁸ FAJARDO GARCIA, *La gestión...*, Ob. Cit., pág. 65.

⁷⁷⁹ PANIAGUA ZURERA, Manuel, “La Sociedad cooperativa...”, Ob. Cit., pág. 169.

⁷⁸⁰ El artículo 14, Ley Estatal de Cooperativas de España N° 27/1999, en su primera parte prescribe: “Los Estatutos podrán prever la existencia de socios colaboradores en la cooperativa, personas físicas o jurídicas, que, sin poder desarrollar o participar en la actividad cooperativizada propia del objeto social de la cooperativa, pueden contribuir a su consecución”.

socios que por causa justificada no realicen la actividad económica cooperativa y no soliciten su baja (art. 14 párr. cuarto⁷⁸¹).

Tal como enseña Gadea, Sacristán y Vargas Vasserot, en aras de la búsqueda de capital, las leyes cooperativas, tanto estatales como autonómicas, han permitido la existencia de socios puramente capitalistas pero al menos le han puesto límites a través de un máximo cuantitativo sobre el capital suscrito por dichos socios y sobre el porcentaje de votos sociales a los que pueden aspirar, con el objeto de que el control de la cooperativa quede en manos de socios ordinarios⁷⁸².

En este sentido, el anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales argentina prevé los llamados “socios de apoyo”, pudiendo ser parte de esta categoría “las organizaciones cooperativas de cualquier grado, las agencias nacionales y las Regionales del Mercosur o de cualquier otra institución Indoamericana que se establezcan en el futuro aunque no utilicen sus servicios, siempre y cuando se asocien para apoyar el desarrollo social y empresarial de la cooperativa. Los socios que se vinculen a la cooperativa para apoyar su desarrollo social o empresarial podrán tener hasta el 30% de los votos de la asamblea...”⁷⁸³.

Es difícil comprender la finalidad de la norma proyectada ya que: (i) no se permite que esta categoría de socios se encuentre comprendida por personas físicas interesadas en colaborar con el financiamiento de las cooperativas y recibir una remuneración; (ii) nada se dice con respecto a las aportaciones voluntarias que pueda hacer esta categoría de socios, pero se infiere que éstos podrían hacerla y recibir la remuneración prevista, vía intereses o en su caso, de tratarse de un nuevo emprendimiento (participando de los resultados de la actividad)⁷⁸⁴.

Se deriva de la redacción que se prevé solo la participación en el capital de las cooperativas para cierto tipo de personas públicas o privadas que tengan la voluntad de apoyar el desarrollo del cooperativismo, pero estamos en condiciones de asegurar que con la incorporación de esta figura se esté dando carta de ciudadanía al socio

⁷⁸¹ El referido artículo establece en la parte pertinente que “Podrán pasar a ostentar la condición de socios colaboradores aquellos socios que por causa justificada no realicen la actividad que motivó su ingreso en la cooperativa y no soliciten su baja”.

⁷⁸² GADEA, Enrique, SACRISTÁN, Fernando y VASSEROT VARGAS, Carlos, *Régimen Jurídico...*, Ob. Cit., pág. 154 y sig.

⁷⁸³ Conf. art. 21 del anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales.

⁷⁸⁴ Conf. art. 30 que en su parte pertinente reza: “Asimismo podrá acordarse la admisión de aportaciones voluntarias destinadas a una nueva actividad cooperativa específica por un plazo determinado no inferior a dos años, ni superior a cinco, con contabilización debidamente separada y a riesgo de los participantes, que podrán percibir hasta un máximo de setenta y cinco por ciento (75%) de los resultados netos obtenidos por dicha actividad en el período a liquidar...”.

capitalista, es decir, a aquel que no participa en la actividad cooperativizada pero que recibe retribución por su participación.

X. 2.3. La remuneración de las aportaciones

En Argentina la remuneración del capital obligatorio en las cooperativas es limitada. Si bien la Ley de Cooperativas argentina consagra la posibilidad de pagar un interés sobre el capital en la medida que así lo prevea el estatuto de la entidad, el mismo debe circunscribirse a la tasa de interés que fija la norma⁷⁸⁵, es decir, no podrá superar un punto de lo que cobra el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento.

En caso de que el estatuto hubiera acordado intereses sobre el capital, él mismo sólo podrá hacerse efectivo si la entidad genera excedentes.

El destino de los excedentes está taxativamente regulado por la Ley N° 20.337, disponiéndose prioritariamente como destino los fondos de: reserva legal, acción asistencial y laboral y de educación y capacitación cooperativa, encontrándose en cuarto lugar "una suma indeterminada para pagar un interés a las cuotas sociales si lo autoriza el estatuto, el cual no puede exceder en más de un punto el que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento". A su vez, se infiere de la norma que no se permite el pago de intereses con reservas provenientes de excedentes que deriven de la prestación de servicios a no asociados⁷⁸⁶.

También la entidad cooperativa, a través de su órgano de gobierno, podría resolver que el pago de intereses se distribuya en cuotas sociales, conforme lo dispone el art. 44⁷⁸⁷ de la Ley de Cooperativas argentina.

⁷⁸⁵ El art. 42 inc. 4, de la Ley de Cooperativas argentina en su parte pertinente dispone que los excedentes repartibles se destinarán: "... Una suma indeterminada para pagar un interés a las cuotas sociales si lo autoriza el estatuto, el cual no puede exceder en más de un punto al que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento".

⁷⁸⁶ El art. 42 de la Ley de Cooperativas, en su parte pertinente, dice que "Se considerarán excedentes repartibles solo aquellos que provengan de la diferencia entre el costo y el precio del servicio prestado a los asociados". "Distribución. De los excedentes repartibles se destinará: 1. El cinco por ciento a reserva legal; 2. El cinco por ciento al fondo de acción asistencial y laboral o para estímulo del personal; 3. El cinco por ciento al fondo de educación y capacitación cooperativas (...) Destino de Excedentes generados por prestación de servicios a no Asociados. Los excedentes que deriven de la prestación de servicios a no asociados autorizada por esta ley se destinarán a una cuenta especial de reserva".

⁷⁸⁷ El art. 44 de la Ley de Cooperativas argentina en su parte pertinente dispone: "Distribución de excedentes en cuotas sociales. La asamblea puede resolver que el retorno, y los intereses en su caso, se distribuyan total o parcialmente en cuotas sociales".

Por ello corresponde afirmar que, aun cuando el estatuto establezca el derecho a recibir intereses sobre el capital, es la decisión de la asamblea la que generará el derecho en los asociados. A partir de tal resolución se adquiere el derecho del crédito con carácter irrevocable⁷⁸⁸.

Destacada doctrina española⁷⁸⁹ considera que “los intereses devengados por las aportaciones cooperativas no provienen de la naturaleza crediticia de dichas aportaciones, sino que es una forma de compensar económicamente al socio del no reparto de dividendos en función del capital aportado y de incentivar el desembolso de aportaciones voluntarias”.

No compartimos tal posición, primero porque los intereses que se devengan de los aportes están concebidos como una compensación por la depreciación del dinero por el paso del tiempo y, en segundo lugar, el pago está sometido al riesgo empresarial y no constituye un interés retributivo en la medida que está condicionado al resultado del ejercicio.

En términos generales, el estatuto modelo que han adoptado las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina no contempla el pago de intereses por el aporte obligatorio⁷⁹⁰.

Con respecto a la retribución voluntaria prevista por las Resoluciones de la Autoridad de aplicación N° 349/95, 1966/95 y 593/99 nos remitimos al punto X.2.2.2.2, de este capítulo donde cuestionamos, entre otros aspectos, el exceso de facultades del órgano de contralor para regular la temática. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el interés previsto como remuneración para el aporte complementario es el mismo que la ley prevé para el aporte obligatorio, es decir, no podrá exceder de un punto al que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento y la solución legal en cuanto a las atribuciones de la asamblea para diferir el pago de intereses en caso de inexistencia o insuficiencia de excedentes repartibles es igual a las previsiones de la Ley de Cooperativas para el caso de aporte obligatorio.

Por su parte, el anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales contempla solo para el caso de aportaciones voluntarias al capital social, que tales

⁷⁸⁸ CUESTA, Elsa, *Manual...*, Ob. Cit., pág. 123.

⁷⁸⁹ GADEA, Enrique, SACRISTÁN, Fernando y VASSEROT VARGAS, Carlos, *Régimen Jurídico...*, Ob. Cit., pág. 354.

⁷⁹⁰ El anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales desconoce el interés del capital obligatorio y señala en este sentido en el art. 4° que “Reconocen un interés limitado a las cuotas sociales, solo en el caso de aportes voluntarios de capital en los términos del art. 28 de la presente ley”.

aportaciones “serán remuneradas con un interés anual máximo equivalente a la tasa pasiva del Banco de la Nación Argentina”⁷⁹¹.

Por tanto, no consideramos que este mecanismo pudiera ayudar a las cooperativas, ya que, como se ha indicado anteriormente —estas cooperativas sobre todo en la última década— difícilmente generan excedentes, de allí que es difícil imaginar que pudieran pagar intereses y menos aún incentivar el desembolso de aportaciones voluntarias.

Pero además, es indudable que frente a la inflación que sufre la Argentina, una de las más altas de la región, no es sencillo atraer socios interesados cuando la tasa pasiva anual que pagan los bancos por depósitos a plazo ronda el 26%⁷⁹². A ello debemos sumar que, a diferencia de los depósitos que se realizan en los bancos, la remuneración en este tipo de aportaciones podría ser diferida por la entidad en el caso de insuficiencia de excedentes repartibles para hacer frente a los intereses a futuros ejercicios⁷⁹³, y ello también es disuasivo para este tipo de inversiones.

Compartimos con Fajardo García⁷⁹⁴ que el interés que se tenga que pagar a los aportes voluntarios no debería ser inferior al que abonan los bancos por los depósitos a plazo, debiendo reconocerse al aportante un interés mínimo similar al existente el mercado y otro variable, es decir, teniendo en cuenta los resultados económicos de la actividad. Así, se obtendría una retribución por interés fijo y otra sujeta al desarrollo de la actividad, debiéndose imponer como límite una retribución del doble de la tasa

⁷⁹¹ Conf. art. 30 del mencionado Anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales.

⁷⁹² Promedio aproximado de los principales bancos que operan en la Argentina, por depósitos a plazo de un año o más, año 2015. <http://www.infobae.com/2015/07/26/1744244-desde-hoy-aumentan-las-tasas-interes-plazos-fijos>

⁷⁹³ Conf. art. 4° Resolución de la Autoridad de aplicación N° 349/95, que dice: “Dichos aportes serán retribuidos con intereses a pagarse con excedentes repartibles, según la tasa que determine la asamblea que decida la emisión, de conformidad con el Artículo 42, inciso 4 de la Ley 20.337. La Asamblea decidirá también si se afectan al pago de estos intereses la totalidad de los excedentes repartibles o sólo un porcentaje de los mismos, a fin de afectar el resto a intereses a las cuotas sociales, si así tuviera previsto en el estatuto, o a retornos, en efectivo o en cuotas sociales. En el caso de que, por inexistencia de excedentes repartibles o por insuficiencia de éstos en determinado ejercicio, resultasen insatisfechos intereses debidos a capital cooperativo complementario, el pago de aquellos se diferirá a los futuros ejercicios”.

⁷⁹⁴ FAJARDO GARCIA, Isabel G., “Las aportaciones voluntarias a capital social ante la reforma de la legislación cooperativa”, CIRIEC- España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 13, 1993, pág. 68 y 69. En dicha publicación la referida autora cita a Saint-Alary que dice que “Si en Francia la ley limita al 6 por 100 el interés que se pueda pagar a las partes sociales, es porque le ha parecido que así los capitales invertidos recibirán una remuneración equitativa. Si por el contrario pareciera que el precio de mercado de dinero fuera más elevado, debería ser posible elevar esta tasa para armonizarla con la de mercado. La sociedad no sería menos cooperativa por ello, lo que a nuestros ojos, no impide que la regla deba ser mantenida, pues expresa muy claramente, incluso más que la del retorno proporcional, la eliminación del beneficio capitalista”.

de interés indicado como mínimo. Ello permitiría respetar el principio cooperativo del interés limitado y, a su vez, ser una herramienta más atractiva para los inversores.

Por ello, sostenemos que la reforma legislativa proyectada⁷⁹⁵ no sirve para que socios plenos o de apoyo inviertan en las cooperativas, ya que impone un interés límite correspondiente a la tasa pasiva del Banco Nación de la República Argentina.

Como conclusión de todo lo abordado en este punto y en el anterior X.2.2.2.2 cabe señalar que en la medida que la República Argentina se apresta a dar a luz una nueva legislación cooperativa, después de haber transcurrido 42 años sin reforma alguna, la misma debería incorporar herramientas útiles que fortalezcan económica y financieramente a estas empresas. A nuestro entender, la nueva ley debería contemplar: (i) el aporte voluntario al capital social, estableciéndose una clara regulación en la materia; (ii) incorporar la posibilidad de que no solo socios plenos puedan aportar capital, sino también aquellos sujetos (sea personas físicas o jurídicas) interesados en formar parte del capital y recibir una remuneración y/o participación de los resultados, aunque no sean usuarios de las prestaciones; (iii) que la remuneración que se le reconozca tanto a socios plenos, como a aquellos no reúnen tal condición, por el capital voluntario aportado sea acorde con el interés promedio que pagan los bancos por los depósitos a plazo, y que se permita reconocer como remuneración adicional para ambos tipos de socios (plenos y que no participan en el servicio pero aportan capital) una participación en los resultados de la actividad, y (iv) que la remuneración pueda ser cancelada con el resultado positivo que se obtenga del ejercicio de la actividad con terceros o procedentes de otra fuente extraordinaria.

De lo contrario, si los intereses van a estar limitados a los topes máximos que establezca la ley o la reglamentación y, a su vez, si el pago de los intereses estará sujeto a los excedentes que se generen en la cooperativa con la operación con los socios, este mecanismo de financiamiento una vez más estará condenado al fracaso.

Ahora bien, se advierte con agrado que el anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales incorpora un nuevo mecanismo de remuneración de las aportaciones voluntarias de los socios destinada a una nueva actividad cooperativa específica, por un plazo determinado no inferior a dos años, ni superior a cinco años, con contabilización debidamente separada y a riesgo de los participantes, que podrán

⁷⁹⁵ Conf. anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales que se encuentra actualmente en debate.

percibir hasta una máximo de setenta y cinco por ciento (75%) de los resultados netos obtenidos por dicha actividad en el período a liquidar⁷⁹⁶.

Es decir, el anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales prevé para el caso de tratarse de un nuevo emprendimiento, además de la remuneración con intereses para los aportes voluntarios al capital, otro tipo de remuneración que se destaca por la participación en los resultados netos obtenidos de la actividad y para determinar ello, conforme lo proyectado, se contará con contabilidad separada.

Aunque este mecanismo de remuneración fue circunscripto al destino de nuevos emprendimientos, dependiendo en cada caso del proyecto que se trate, puede ser un instrumento mucho más atractivo para los socios, que los propios intereses.

X.3. Aportaciones que no integran el capital. Otras formas de financiamiento de las cooperativas

Como hemos venido diciendo la Ley de Cooperativas argentina solo prevé las aportaciones obligatorias que integran el capital; sin embargo, existe otro tipo de aportaciones que no son parte del capital y que las cooperativas que estamos analizando podrían implementar, tales como las cuotas periódicas que son recursos ajenos y que su implementación no exige una reforma legal. Dicho mecanismo está legislado por la normativa estatal española.

También en el derecho español encontramos otras formas de financiar a las cooperativas, tales como cuentas en participación⁷⁹⁷, participaciones especiales⁷⁹⁸, entre otras, que podrían ser de utilidad para el tipo cooperativo bajo estudio, pero nos focalizaremos solo en aquellas que podrían implementarse de acuerdo a nuestra cultura jurídica actual, aun cuando implique también modificaciones legislativas menores.

⁷⁹⁶ Conf. art. 30 que fuera transcripto en Nota N° 732.

⁷⁹⁷ En virtud de este contrato, “uno o más personas aportan bienes o derechos en favor de un comerciante –en el caso que nos ocupa a favor de una cooperativa– que los adquiere en propiedad y los integra a su actividad empresarial con el fin de obtener unos resultados repartibles entre las partes en la forma que determinen”. GADEA, Enrique, SACRISTAN, Fernando y VASSEROT VARGAS, Carlos, *Régimen Jurídico...*, Ob. Cit., pág. 408.

⁷⁹⁸ Las participaciones especiales son una vía de financiación a través de aportaciones patrimoniales realizadas por los socios o terceros, que presentan una naturaleza compleja, asimilable a los créditos subordinados. La calificación de las aportaciones especiales desde el punto de vista del lugar que ocupan en el balance y en el cuadro de financiación de la cooperativa no es única, fija e invariable ya que pueden reunir el carácter de aportaciones al capital, como de aportaciones que no integran el mismo. MORILLAS JARILLO, María J. y FELIÚ REY, Manuel I, *Curso de ...*, Ob. Cit., pág. 417.

Estas cuestiones serán materia de tratamiento en lo sucesivo, sin perjuicio de que también trataremos las obligaciones negociables como mecanismo de financiamiento, que si bien se encuentra regulado en nuestro derecho positivo, no tiene un importante desarrollo.

X.3.1. Cuotas periódicas

Las cuotas periódicas son aportaciones, que no son capital⁷⁹⁹ y, a su vez, no son reintegrables. No se establece límite alguno, por lo que la sociedad puede implementarlos de manera discrecional teniendo en cuenta las necesidades financieras del caso.

Estas cuotas periódicas tienen en miras atender los gastos sociales o soportar inversiones que exige la entidad, que pueden ser de lo más variados.

En general, el aporte estará sujeto a la proporción o uso potencial de la actividad (art. 52 Ley General de Cooperativas española⁸⁰⁰).

Esta categoría no existe en el derecho argentino. Es decir, no está legislativamente regulada la figura de las cuotas periódicas, ello no quiere decir que no puedan recurrir a tal mecanismo de financiamiento. En efecto, sería recomendable que se incorporara tal previsión en los estatutos de la entidad para que luego la asamblea pudiera implementarlo de acuerdo a las necesidades de la entidad.

Una vez incorporada en los estatutos, la decisión es resorte de los órganos de la cooperativa, correspondería que fuera adoptada por la asamblea o, en su caso, por el Consejo de Administración *ad referendum* de la asamblea y que el ítem exprese “Cuotas periódicas” o “gastos administrativos”.

En definitiva, para tornar viable el cargo de “gastos administrativos” debe figurar en un ítem separado a la facturación de cargos por el servicio en sí. Asimismo, deberá elaborarse una causa razonable, fuera de lo relativo al servicio, para justificar su implementación ante posibles cuestionamientos (sean de los órganos de contralor, sean de organismos en defensa de consumidores y usuarios, sean de los usuarios mismos).

⁷⁹⁹ MORILLAS JARILLO, María J. y FELIÚ REY, Manuel I, *Curso de...*, Ob. Cit., pág. 410.

⁸⁰⁰ El mencionado artículo establece que: “1. Los Estatutos o la Asamblea General podrán establecer cuotas de ingresos y/o periódicas, que no integrarán el capital social ni serán reintegrables. Dichas cuotas podrán ser diferentes para las distintas clases de socios previstas en esta Ley, en función de la naturaleza física o jurídica de los mismos o, para cada socio, en proporción a su respectivo compromiso o uso potencial de actividad cooperativizada...”.

A diferencia de lo que sostuvimos al abordar el aporte voluntario, que no fue previsto por nuestra legislación y que su incorporación por a través de una Resolución de la Autoridad de aplicación, subalteriza los actos legislativos, el caso de la “cuota periódica” es diferente, porque bajo este mecanismo de financiamiento no se cambia la composición del capital, ni resulta retornable lo que ingrese bajo este concepto a la cooperativa.

Por lo tanto, en la medida que el estatuto social lo adopte y los órganos sociales así lo resuelvan no existiría impedimento para ponerlo en práctica. Cuestión aparte sería si las autoridades regulatorias permiten dicho rubro dentro de la propia factura del servicio prestado por las entidades bajo estudio. Todo indica que nos encontraríamos con los mismos inconvenientes indicados al abordar el aporte de capitalización.

X.3.2. Títulos participativos

Los títulos participativos son otro mecanismo hábil a través del cual las cooperativas en estudio podrían financiarse; sin embargo, como venimos diciendo la legislación argentina no la contempla⁸⁰¹. Tienen la característica que tanto los socios, como terceras personas pueden contribuir con este instrumento crediticio, recibiendo como contraprestación una remuneración, que debe consistir en una participación en los resultados, entendiendo por tales excedentes o beneficios o una participación en la evolución de la actividad económica cooperativa, pudiendo determinarse la misma en función del volumen del negocio, el nivel de endeudamiento, entre otros.

La Ley estatal de Cooperativas española dispone que la remuneración de estos títulos “deberá estar en función de la evolución de la actividad de la cooperativa”⁸⁰², pero ello no obsta a que también se paguen intereses fijos por dichos títulos.

Esta forma de financiamiento difiere en parte a las obligaciones negociables que pueda emitir una cooperativa, porque aquellas normalmente no tienen una participación en los beneficios, ni tampoco su remuneración corre la suerte de la evolución de la actividad.

⁸⁰¹ Países como Francia, Portugal e Italia han legislado sobre títulos participativos. Mayormente dichas legislaciones confieren el derecho a una remuneración anual fija y otra variable en función de los resultados del volumen del negocio o de cualquier otro elemento de la actividad de la cooperativa.

⁸⁰² De conformidad a lo dispuesto por el art. 54.2 de la Ley General de Cooperativas española.

La Ley General de Cooperativas española N° 27/99, en su art. 54.2⁸⁰³ permite que el préstamo participativo pueda instrumentarse en valores cartulares para incrementar su liquidez e incentivar su suscripción. Así, también le permite un mayor acceso al mercado secundario⁸⁰⁴.

De tal manera que el autor citado precedentemente indica que mayormente este tipo de títulos se emiten en masa como valores mobiliarios pero sin carácter negociable, por no ser susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera.

En España las leyes autonómicas de cooperativas no son uniformes en el tratamiento de los títulos participativos, de modo que algunas permiten que estos títulos sean solo de titularidad de socios, mientras que otras normativas, prevén la posibilidad de que los terceros pueden ser titulares de dichos títulos.

Las leyes que se inclinan por darle a estos títulos el carácter de instrumentos de financiamiento, no reparan en la condición de socio, sino que algunas incluso exigen la condición de tercero (Ley Andaluza).

El art. 54.2⁸⁰⁵ de la Ley General de Cooperativas española dispone que los títulos participativos “darán derecho a la remuneración que se establezca en el momento de la emisión, y que deberá estar en función de la evolución de la actividad de la cooperativa, pudiendo, además, incorporar un interés fijo”.

Como se advierte la normativa citada establece que al menos una parte de la retribución de los títulos participativos se encuentre sujeta a la evolución de la actividad, sin perjuicio de establecer también un interés fijo. Por lo tanto, la retribución de los títulos puede ser mixta, es decir, en función de una actividad que puede o no otorgar una retribución y por un interés fijo.

La doctrina⁸⁰⁶ sostiene al respecto que el elemento participativo no debe consistir necesariamente en una participación en los excedentes o beneficios de la cooperativa, sino que podrá utilizarse otro criterio como por ejemplo que el interés

⁸⁰³ El inciso segundo del artículo de referencia reza: “La Asamblea General podrá acordar la emisión de títulos participativos, que podrán tener la consideración de valores mobiliarios, y darán derecho a la remuneración que se establezca en el momento de la emisión, y que deberá estar en función de la evolución de la actividad de la cooperativa, pudiendo, además, incorporar un interés fijo. El acuerdo de emisión, que concretará el plazo de amortización y las demás normas de aplicación, podrá establecer el derecho de asistencia de sus titulares a la Asamblea General, con voz y sin voto”.

⁸⁰⁴ ROCAFORT NICOLAU, Alfredo, “La Financiación cooperativa mediante la emisión de títulos participativos”, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 68, agosto de 2010, pág. 146.

⁸⁰⁵ El art. 54.2 fue transcripto en Nota N° 803.

⁸⁰⁶ ROCAFORT NICOLAU, Alfredo, “La Financiación cooperativa...”, Ob. Cit., pág. 152.

variable se determine en función del volumen del negocio; el nivel de endeudamiento, volumen de recursos propios, patrimonio total, resultado de actividades ordinarias, número de trabajadores o cualquier otro que acuerden las partes.

La posibilidad de que se devenguen intereses en función de otros parámetros, como los indicados precedentemente, resulta mucho más tentador que la participación en los excedentes, máxime en cooperativas como las de servicios públicos, que por lo menos en la Argentina de hoy, tal como lo hemos señalado, difícilmente generen excedentes.

Por lo cual, si se permitiera la emisión de estos títulos participativos, sólo teniendo en cuenta los excedentes cooperativos, difícilmente, las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina puedan atraer financiamiento, ya que la política de excedente cero, desmotiva la adquisición de títulos atados a esos resultados.

En España, la mayoría de las leyes autonómicas de cooperativa, disponen que más allá de la participación en los resultados o en la evolución patrimonial, los poseedores de títulos participativos pueden tener derechos políticos. Ello dependerá de las condiciones de emisión.

En la medida que no son socios, sus derechos políticos se limitan a tener voz en las asambleas y Consejos de administración cooperativo, sin posibilidad de detentar el derecho de voto, salvo que reúnan, a su vez, la condición de socio, en cuyo caso también poseen derecho de voto que no está asociado a su calidad de poseedor de título.

Por su parte, algunas leyes autonómicas, como la madrileña (Ley 4/1999, 57.4.⁸⁰⁷) disponen la posibilidad de reservarle a los tenedores de títulos algún lugar en el Consejo asesor, sin voto, si ello está dispuesto en las condiciones de emisión.

Asimismo, algunas leyes autonómicas, como por ejemplo la castellano/leonesa⁸⁰⁸, también prevén la posibilidad de que los titulares de participaciones puedan acceder a información, al igual que cualquier socio.

⁸⁰⁷ Dice el punto 4 del art. 57 de la Ley N° 4/1999 de la Comunidad de Madrid: “La Asamblea General puede acordar la emisión de títulos participativos, que podrán tener la consideración de valores mobiliarios. Por dicho título el suscriptor realiza una aportación económica por un tiempo predeterminado y a cambio recibe una remuneración que estará en función principalmente de los resultados del ejercicio. El acuerdo de emisión concretará el plazo de amortización de los títulos y garantizará la representación y defensa de los intereses de los suscriptores en la Asamblea General y en el órgano de administración, con voz, pero sin voto.”.

⁸⁰⁸ La Ley N° 4/2002 de la Comunidad de Castilla y León, en su art. 70.1.c), prevé: “El suscriptor o portador del título participativo tendrá derecho a obtener la misma información que cualquier socio de la cooperativa y asistir a las Asambleas Generales con voz y sin voto.”.

Ahora bien, si la emisión de estos títulos se hace fuera del territorio de la autonomía castellano/leonesa, el derecho de información no está contemplado y, por lo tanto, solo estará reconocido en el caso de que esté contemplado en las condiciones de la emisión.

Como hemos venido señalando en este apartado, estos títulos no retribuyen necesariamente en función de los excedentes, de allí que estimamos que este mecanismo de financiamiento contemplado bajo la legislación española podría servir en Argentina como recurso inspirativo y paliativo frente a la orfandad de mecanismos de crédito existentes en la actualidad.

El anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales, en el art. 40, con deficiente técnica, establece que “En las condiciones que establezcan los estatutos y la normativa que ella misma disponga, la Autoridad de aplicación podrá: 1. Autorizar la emisión de títulos de deuda cooperativa...”. No se comprende a que título de deuda se refiere el anteproyecto y además deja bajo la órbita discrecional del órgano de contralor la aprobación del tipo de título a emitirse. No creemos que la disposición transcrita sea suficiente para que el INAES pueda dictar resoluciones que incorporen los títulos participativos como mecanismo de financiamiento.

Lamentablemente, de ser aprobado el anteproyecto de ley en cuestión habremos desaprovechado una importante oportunidad para legislar debidamente este interesante instrumento de crédito ya que, a nuestro modo de ver, la delegación prevista en la norma proyectada no alcanza para que desde el ámbito administrativo se pueda concebir un instrumento crediticio que prevea una remuneración sobre resultados del ejercicio (pudiendo afectar el destino previsto legalmente para los excedentes) y mucho menos, disposiciones que contemplen la posibilidad de que los poseedores de títulos tengan derechos políticos o de información.

X.3.3. Obligaciones Negociables

Las obligaciones negociables son un claro mecanismo de financiamiento, que claramente se encuentra legislado en nuestra normativa nacional.

En efecto, son valores mobiliarios emitidos en masa por una persona jurídica y representan un préstamo fraccionado de carácter negociable que puede colocarse mediante oferta pública o privada.

La posibilidad de negociación de dichos títulos en el mercado de capitales, como así también el fraccionamiento de los valores emitidos, la dispersión entre una importante cantidad de inversores colabora como atractivo ventajoso para este tipo de inversiones.

El artículo 1°⁸⁰⁹ de la Ley de Obligaciones Negociables N° 23.576, modificada por las Leyes N° 23.962 y 24.435, dispone que las sociedades por acciones, las cooperativas y asociaciones civiles constituidas en el país y las sucursales de las sociedades constituidas en el extranjero pueden contraer empréstitos mediante la emisión de obligaciones negociables.

Así, una cooperativa puede financiarse internamente mediante los propios socios a través de aumentos de capital social, no retorno de los excedentes (entre otros) o, en su caso, externamente mediante la emisión de obligaciones negociables, es decir, emitiendo deuda.

Por lo tanto, el titular de obligaciones negociables ostenta el *status* de acreedor, cuyo crédito emana de un contrato de mutuo y no tiene otra expectativa que recuperar el capital y recibir los intereses en el caso de ser un inversor a *finish* o, por lo contrario, de lucrar con la venta de las obligaciones a un mejor precio que el de su suscripción o compra⁸¹⁰.

Cuando la cooperativa necesite financiamiento para afrontar actividades sociales, la asamblea ordinaria de asociados de una cooperativa, sin necesidad de que el Estatuto prevea tal facultad, puede emitir valores de deuda, es decir títulos negociables.

Este mecanismo de crédito no es utilizado por las cooperativas prestadoras de servicios públicos, sin embargo, es un medio idóneo para cuando una empresa de estas características necesite financiar sus actividades, generalmente ejecutar proyectos de inversiones que no se pueden financiar con los ingresos normales, o bien, transformar pasivos de corto plazo por otros de mayores plazos⁸¹¹.

⁸⁰⁹ Dice el artículo citado: “Las sociedades por acciones, las cooperativas y las asociaciones civiles constituidas en el país, y las sucursales de las sociedades por acciones constituidas en el extranjero en los términos del artículo 118 de la Ley de Sociedades Comerciales, pueden contraer empréstitos mediante la emisión de obligaciones negociables, conforme las disposiciones de la presente ley. Se aplican las disposiciones de la presente ley, en forma que reglamente el Poder Ejecutivo, a las entidades del Estado Nacional, de las provincias y de las municipalidades regidas por las Leyes 13.653 (texto ordenado), 19.550 (texto ordenado en 1984) (artículos 308 a 314), 20.705 y por leyes convenios”.

⁸¹⁰ KENNY, Mario O., *Obligaciones Negociables*, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 21.

⁸¹¹ Ver las fortalezas de este mecanismo en VILLEGAS, Carlos G., *Títulos valores y valores negociables*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

Ello permite ampliar la base de financiación, para no depender solo de una fuente de crédito, como por ejemplo el préstamo bancario, y aprovechar recurrir a otros proveedores de crédito que permitan mejores beneficios en cuanto al interés aplicado, pudiendo retribuirse tal deuda con intereses fijos o variables.

El nivel de deuda que un emisor está dispuesto a emitir depende de múltiples factores, pero tiene un límite en el costo de la insolvencia que se incrementa en la medida que aumente el porcentaje de deuda.

Los valores que emite la sociedad para representar tal deuda, son derechos patrimoniales circulatorios y autónomos, es decir, “valores negociables” o “valores mobiliarios”, o simplemente “valores”, dotados de la naturaleza y caracteres de los denominados títulos valores.

Además de quedar comprometida con el pago del financiamiento obtenido, la emisora puede otorgar al tenedor de las obligaciones garantías reales sobre ciertos bienes (hipotecas y prendas), personales, afectación de carteras de créditos, fideicomisos en garantía, entre otros.

También las cooperativas podrían emitir un tipo de valor negociable especial que se crea y emite con garantía de determinados activos que son afectados directamente al pago del mismo. Dichos valores pueden ser de deuda o de participación en el resultado económico de dichos activos. La forma de aislar estos recursos es a través de la figura del fideicomiso financiero.

Lamentablemente, las cooperativas, en general, y mucho menos las prestadoras de servicios públicos, como dijimos antes, utilizan este mecanismo de crédito.

Consideramos que esta herramienta tiene una performance discreta en Argentina a raíz de que para acceder al mercado de capital y lograr la colocación de los títulos en buenas condiciones, máxime si éstos se emiten con garantía común, se debe mostrar una trayectoria de solvencia y correcta administración.

Cuestión muy difícil de demostrar en las cooperativas bajo análisis frente a la política energética y telefónica (correspondiente a la telefonía base⁸¹²) que se ha llevado en la Argentina en los últimos 12 años, donde la mayoría de las empresas del

⁸¹² Se destaca la telefonía base o fija porque las cooperativas prestadoras de servicios públicos normalmente prestan el servicio a aquel mercado, mientras que la telefonía móvil mayormente es provista por las grandes operadoras, en muchos casos de capitales internacionales. Como hemos indicado en el capítulo V la tarifa correspondiente a la telefonía base fue castigada con una política de congelamiento de tarifa que fue direccionada a las grandes empresas, donde la ganancia es obtenida con la telefonía móvil, pero lamentablemente esa sanción, que le fue impuesta a las grandes empresas, también la sufrieron las cooperativas que prestaban este servicio.

sector muestran balances con gravosos quebrantos fruto de la combinación de varios factores, entre los cuales se destaca una acuciante inflación, que no puede trasladarse a las tarifas a razón de que los poderes reguladores no la reconocen, mientras que los subsidios del Estado llegan tardíamente, muy por detrás del incremento de costos. Ello genera un desborde financiero que finalmente, y después de muchos años, termina impactando en la situación económica de las empresas del sector, entre las cuales se incluyen las cooperativas que prestan servicios públicos.

De acuerdo al prospecto de emisión de obligaciones negociables en las cooperativas que surge del sitio web correspondiente a la Comisión Nacional de Valores⁸¹³, la cooperativa deberá acreditar para recurrir a la emisión de este tipo de títulos su situación contable y financiera, amén de los factores de riesgo.

Ahora bien, en el caso de que la cooperativa no pueda demostrar una administración saneada como para emitir obligaciones negociables con garantía común, que implica que el pago del interés pactado y el reembolso del capital tienen como sola garantía el patrimonio del emisor, debería conceder garantías específicas con el fin de dar aliciente a la suscripción, que serán las mismas para todas las obligaciones de una misma clase o serie.

Las garantías patrimoniales pueden ser personales o reales. Las primeras recaen sobre una persona distinta al deudor, garantizando éste la deuda objeto del aval con la totalidad de su patrimonio de manera indeterminada (v. gr. la fianza). Mientras que las segundas se recuestran sobre una o varias cosas determinadas o determinables, sean o no propiedad del deudor principal (por ejemplo la prenda, la anticresis, la hipoteca). En las garantías reales se afecta un bien al cumplimiento de una obligación, siendo que ante el incumplimiento del deudor, el acreedor tiene la potestad de ejecutar dicho bien para obtener la suma adeudada, producto de la venta forzosa.

Ahora bien, estimamos que la razón por las cuales las cooperativas bajo análisis no acceden a este medio de financiamiento básicamente se debe en principio a

⁸¹³ Conforme prospecto de emisión de obligaciones negociables en cooperativas que establece los requisitos que deberán acreditar estas entidades para acceder al crédito público: 1) Introducción; 2) Información disponible; 3) Manifestaciones sobre el futuro; 4) Avisos importantes; 5) I) Información sobre la cooperativa; I) Datos sobre miembros del Consejo de administración, apoderados y gerentes de primera línea; II) Información contable y financiera; III) Información clave; IV) Reseña y perspectiva operativa y financiera; V) Información adicional; 6) Términos y condiciones; 7) Aviso a los inversores sobre normativa cambiaria; 8) Las obligaciones negociables como títulos ejecutivos-legitimación procesal; 9) Notificación a los inversores; 10) Regulaciones sobre lavado de dinero; 11) Calificación de riesgo; 12) Razones para la oferta y destino de los fondos; 13) Factores de riesgo; 14) Tratamiento impositivo. www.cnv.gob.ar, ítem información financiera.

la falta de liquidez del mercado actual pero también, tiene que ver como se dijo antes, que frente a los maltrechos balances de éstas cooperativas en los últimos años no se podría acceder a la oferta pública sin garantía y en el caso de que se contaran con garantías reales sobre las obligaciones asumidas, el patrimonio de la cooperativa está afectado al servicio público de que se trate (con las consecuentes implicancias jurídicas de inalienabilidad e inembargabilidad), amén de que las garantías personales tampoco funcionarían frente a este tipo de emisiones, ya que es difícil imaginar que los socios o miembros del órgano de administración suscriban avales o garantías personales garantizando deudas sociales.

En épocas de estabilidad económica que implique sinceramiento de tarifas de los servicios públicos y que impacte en los estados contables de las empresas prestadoras, este mecanismo de acceso al crédito sería muy ventajoso y premiaría también a las entidades mejor administradas y con mayor solvencia; hasta que ello no suceda las obligaciones negociables no son una solución para las cooperativas bajo tratamiento.

X.3.4. Transmisión de las aportaciones y derecho de reembolso

Hemos decidido tratar conjuntamente la transmisión, como el derecho de reembolso de los aportes al capital social antes abordados, ya que son las alternativas que tienen los socios para recuperar la aportación en cualquier momento. La diferencia entre ambos es que en el primer caso no es la cooperativa quien debe reembolsar el capital social.

X.3.4.1. Transmisión de las cuotas sociales

La calidad personalista de la cooperativa y la particular relación entre el socio y la entidad, conduce a que en el caso de muerte del socio se extinga el vínculo asociativo, sin que los herederos puedan ingresar en el lugar del causante.

En efecto, la muerte del socio da lugar al derecho de crédito de los herederos al capital integrado y de los retornos pendientes, si existieran.

La misma calidad eminentemente personalista de estas entidades, también conduce al legislador a establecer disposiciones restrictivas para la transferencia *inter vivos*.

En el supuesto de la transmisión por actos *inter vivos*, la disposición del art. 24⁸¹⁴ de la Ley N° 20.337, comprensiva de los aportes obligatorios, prescribe que las cuotas sociales solo pueden transferirse entre asociados y con acuerdo del Consejo de administración en condiciones que determine el estatuto.

En lo que respecta a las aportaciones voluntarias las Resoluciones vigentes de la autoridad de aplicación y control en la materia, nada disponen con relación a la transferencia, pero serían aplicables las mismas condiciones para su transferencia que las que surgen del art. 24 de la Ley de Cooperativas.

De las limitaciones que se manifiestan en la norma se desprenden las siguientes exigencias:

1) La condición de socio preexistente del cesionario. La ley se encargó de resguardar que quien sea cesionario de los aportes realizados por el socio, reúna el carácter de socio. Ello así porque la transmisión no será válida sin que cuente con la conformidad del Consejo de administración, quien debe verificar, antes de otorgar el acuerdo, que el cesionario efectivamente resulte ser socio de la cooperativa.

2) La conformidad del Consejo Rector, órgano que difícilmente se oponga a la transferencia, salvo que el socio cedente tenga deuda con la cooperativa o en el caso de que el aporte del socio cedente este pendiente de integración, entre otros.

Estas limitaciones pueden ser ampliadas por las disposiciones estatutarias. En este sentido el INAES ha incorporado como cláusula modelo de estatuto social de las cooperativas (que es tomado como referencia por los socios fundadores de la mayoría de las cooperativas del país y, en su caso, como modelo de reforma) una limitación temporal al disponer que el Consejo de administración no acordará transferencia de cuotas sociales en el lapso que transcurre entre la convocatoria a asamblea y la realización de la misma, ello a los efectos de consolidar el *status* de socio y garantizar que quienes participen en la reunión del órgano de gobierno sean efectivamente quienes reúnan tal calidad.

A su vez también, el estatuto tipo dispone que la transferencia de cuotas sociales producirá efectos desde la fecha de inscripción en el Libro de registro de asociados. Si bien dicho libro no es constitutivo de derechos, no obstante es un medio

⁸¹⁴ El art. 24 de la Ley de Cooperativas dice: "El capital se constituye por cuotas sociales indivisibles y de igual valor. Las cuotas sociales deben constar en acciones representativas de una o más, que revisten el carácter de nominativas. Pueden transferirse sólo entre asociados y con acuerdo del consejo de administración en las condiciones que determine el estatuto".

declarativo que permitirá que la sociedad y los terceros conozcan la composición de los asociados y por ello es conveniente la exigencia de este recaudo.

El anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales no propone cambios en esta materia y así prevé que las cuotas sociales: “pueden transferirse sólo entre asociados y con acuerdo del Consejo de Administración en las condiciones que determine el estatuto y la reglamentación que dicte la Autoridad de Aplicación”⁸¹⁵.

X.3.4.2. Derecho al reembolso

El derecho al reembolso es un derecho particular que goza el socio cooperativo y que tiene su basamento en el principio de puertas abiertas.

Si bien es cierto que con este derecho se procura garantizar al socio el recupero de su aportación, lo cierto es que el aporte, en términos generales, llámese obligatorio o voluntario, es un capital de riesgo, es decir, el socio puede perderlo al deducirse las pérdidas o por las obligaciones contraídas por la cooperativa.

De allí que en el caso de baja del socio, el mismo no se tiene el derecho incondicional a que se le devuelva exactamente lo que aportó a la sociedad ya que el capital puede haberse incrementado o reducido⁸¹⁶.

El derecho a la devolución, reembolso o liquidación se produce en los siguientes casos: a) Disolución y liquidación de la cooperativa; b) Retiro; c) Exclusión, y d) Receso.

a) Disolución y liquidación de la cooperativa: en este caso, el socio solo tiene derecho a que se le reembolse el capital inicial, más los incrementos de capital que hubieran tenido lugar durante su condición de socio, ya sea por nuevas aportaciones que hayan tenido lugar, por revalúo de activos y por capitalización de retornos e intereses de las cuotas.

En cualquier caso, el socio tiene el derecho al reintegro del capital inicial y de los incrementos pero a valor nominal previa deducción de las pérdidas⁸¹⁷, mientras que

⁸¹⁵ Conf. art. 27 del anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales.

⁸¹⁶ MORILLAS JARILLO, María J. y FELIÚ REY, Manuel I, *Curso de...*, Ob. Cit., pág. 402 y sig.

⁸¹⁷ Conf. arts. 36 y 94 de la Ley de Cooperativas N° 20.337, que dicen en su parte pertinente lo siguiente: “En caso de retiro, exclusión o disolución, los asociados sólo tienen derecho a que se les reembolse el valor nominal de sus cuotas sociales integradas, deducidas las pérdidas que proporcionalmente les correspondiera soportar” (art. 36); y “Aprobado el balance final se reembolsará el valor nominal de las cuotas sociales, deducida la parte proporcional de los quebrantos, si los hubiera.” (art. 94, 3er párr.).

las reservas no pueden ser en apropiadas por los socios y tendrán la finalidad prevista por el art. 42 de la Ley de Cooperativas⁸¹⁸.

b) Retiro: el retiro se produce cuando el asociado en ejercicio de su autonomía de voluntad decide ejercer el derecho de salida de la entidad, derecho que también se corresponde con el principio de la ACI sobre el principio de puertas abiertas. Por ello se dice que “es una declaración unilateral de voluntad recepticia que no exige aceptación”⁸¹⁹.

En este caso, el art. 22 de la Ley N° 20.337 impone una limitación temporal para el ejercicio del retiro, disponiendo que “los asociados pueden retirarse voluntariamente en la época establecida en el estatuto, o en su defecto, al finalizar el ejercicio social dando aviso con treinta días de anticipación”. Esta limitación procura favorecer la organización interna de la entidad, ya que permite la confección de los estados contables y el consecuente asentamiento en el libro de asociados de la nueva composición del elenco de socios para que puedan participar de la próxima asamblea.

Ahora bien, el estatuto, conforme el art. 31 de la Ley de Cooperativas “puede limitar el reembolso anual de las cuotas sociales a un monto no menor al cinco por ciento del capital integrado conforme al último balance aprobado. Los casos que no pueden ser atendidos con dicho porcentaje lo serán en los ejercicios siguientes por orden de antigüedad”.

Es decir, si el estatuto no previera el límite al reembolso anual, el mismo deberá cancelarse una vez aprobado su retiro por parte de la cooperativa. El derecho al reembolso no debe confundirse con el derecho que le asiste al socio de retirarse de la entidad. En efecto, el derecho a retirarse se puede ejercer en cualquier momento con la

⁸¹⁸ El art. 42 de la Ley de Cooperativas argentina dice: “Se consideran excedentes repartibles sólo aquellos que provengan de la diferencia entre el costo y el precio del servicio prestado a los asociados. Distribución. De los excedentes repartibles se destinará: 1°. El cinco por ciento a reserva legal; 2°. El cinco por ciento al fondo de acción asistencial y laboral o para estímulo del personal; 3°. El cinco por ciento al fondo de educación y capacitación cooperativas; 4°. Una suma indeterminadas para pagar un interés a las cuotas sociales si lo autoriza el estatuto, el cual no puede exceder en más de un punto al que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento; 5°. El resto para su distribución entre los asociados en concepto de retorno; a) en las cooperativas o secciones de consumo de bienes o servicios, en proporción al consumo hecho por cada asociado; b) en las cooperativas de producción o trabajo, en proporción al trabajo efectivamente prestado por cada uno; c) en las cooperativas o secciones de adquisición de elementos de trabajo, de transformación y de comercialización de productos en estado natural o elaborados, en proporción al monto de las operaciones realizadas por cada asociado; d) en las cooperativas o secciones de crédito, en proporción al capital aportado o a los servicios utilizados, según establezca el estatuto; e) en las demás cooperativas o secciones, en proporción a las operaciones realizadas o a los servicios utilizados por cada asociado. Destino de excedentes generados por prestación de servicios a no Asociados. Los excedentes que deriven de la prestación de servicios a no asociados autorizada por esta ley se destinarán a una cuenta especial de reserva”.

⁸¹⁹ VERÓN, Alberto V., *Tratado...*, T. I, Ob. Cit., pág. 392.

sola comunicación de la voluntad de baja, mientras que el derecho al reembolso nace con la aceptación del retiro, que se deberá cancelar en la forma que establezcan los estatutos o, en su defecto, como dispone el art. 31 de la Ley de Cooperativas, antes transcripto⁸²⁰.

El art. 31 en cuestión, salvo disposición estatutaria en contrario, procura resguardar el capital a fin de evitar que un retiro importante de socios pueda afectar la situación patrimonial de la entidad.

La compensación prevista por la Ley de Cooperativas para el caso de las cuotas sociales pendientes de reembolso devengará un interés equivalente al cincuenta por ciento de la tasa fijada por el Banco Central de la República Argentina para depósitos en caja de ahorro⁸²¹.

Corresponde señalar que conforme disposición del art. 33⁸²² de la Ley N° 20.337, ninguna cuenta (incluida la de reembolso) puede ser practicada sin haberse descontado las deudas. Como dijimos desde el principio el derecho a que se le liquide el aporte al socio puede verse afectado o reducido por los quebrantos de los ejercicios.

Por último, vale aclarar que el Órgano de contralor en el año 1994 mediante Resolución N° 1027/94 y teniendo en cuenta la realidad económica imperante en el momento autorizó a las cooperativas, previa resolución de la asamblea, a suspender los reembolsos del capital por un plazo máximo de tres ejercicios. Indudablemente, fue una medida preventiva útil para prevenir la descapitalización, pero dicha posibilidad se ha extendido hasta nuestros días.

c) Exclusión: en este caso el vínculo asociativo se da por concluido por voluntad de la propia cooperativa y debe fundarse en las causales que contemple a estos efectos el estatuto social, por expresa disposición del art. 8° inc. 6⁸²³ de la Ley de Cooperativas.

El estatuto tipo sugerido por la Autoridad de aplicación prevé dicha sanción para los supuestos de inconductas graves del socio, tales como: a) Incumplimiento debidamente comprobado de las disposiciones del presente estatuto o de los

⁸²⁰ CUESTA, Elsa, *Manual...*, Ob. Cit., pág. 126 y sig.

⁸²¹ Al respecto, el art. 32 de la Ley de Cooperativas N° 20.337 dispone: “Las cuotas sociales pendientes de reembolso devengarán un interés equivalente al cincuenta por ciento de la tasa fijada por el Banco Central de la República Argentina para los depósitos en caja de ahorro”.

⁸²² El artículo 33 de la Ley N° 20.337 establece: “Ninguna liquidación definitiva en favor del asociado puede ser practicada sin haberse descontado previamente todas las deudas que tuviera con la cooperativa”.

⁸²³ La norma citada dice: “El estatuto debe contener, sin perjuicio de otras disposiciones: ...6°. Las condiciones de ingreso, retiro y exclusión de los asociados”.

reglamentos sociales; b) Incumplimiento de las obligaciones contraídas con la cooperativa; c) Comisión de cualquier acto que perjudique moral o materialmente a la cooperativa.

Sin perjuicio de ello, los estatutos sociales pueden disponer causales de exclusión diferentes de los modelos propuestos por la Autoridad de aplicación, siempre que estos no sean arbitrarios o abusivos.

La separación del socio en caso de exclusión otorga los mismos derechos al reembolso que el retiro, pero el derecho al crédito podrá ser reclamado una vez que se haya efectivizado la exclusión, y para el caso en que el demandado haya apelado la decisión a la asamblea, una vez que ésta quede firme.

d) Receso: el último supuesto que concede el reembolso contemplado por la norma, está previsto en el art. 60 de la Ley de Cooperativas que dispone que “el cambio sustancial del objeto social da lugar al derecho de receso, el cual podrá ejercerse por quienes no votaron favorablemente, dentro del quinto día, y por los ausentes, dentro de los treinta días de la clausura a la asamblea”.

El derecho de receso, en virtud de la doctrina de los actos propios, solo puede ser ejercido por quien no haya votado a favor o hubiera estado ausente en la asamblea que decidió cambiar el objeto social.

El derecho al reembolso de las cuotas sociales por esta causa se efectuará dentro de los noventa días de notificada la voluntad de receso, sin que la sociedad pueda hacer uso de cláusula estatutaria alguna por a través de la cual se disponga una limitación al reembolso anual.

A su vez, la Resolución de la Autoridad de aplicación N° 1027/94 ya comentada, que dispuso la posibilidad de que la asamblea suspendiera por tres ejercicios el derecho de reembolso, excluye expresamente el supuesto de receso, ya que sería abusivo que la cooperativa exponga a los asociados a una causal que habilite u obligue el receso y que además exponga al socio a la espera del reembolso del capital.

Ahora bien, como se advierte del desarrollo de este punto, el legislador ha previsto que en cualquiera de los casos de extinción del vínculo asociativo, el valor que se le debe cancelar al socio en concepto de reembolso es el “nominal”.

El anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales adopta por la misma solución legal y ello así porque no dispone su reintegro con la debida

actualización del valor nominal⁸²⁴. Tal solución entendemos que encuentra su fundamento en la preservación de la fortaleza patrimonial de la cooperativa, sin embargo, compartimos con Fajardo García que “la no actualización de las aportaciones, junto con la escasa o nula relevancia de los intereses que se abonan por las aportaciones a capital social, son los dos elementos que la doctrina suele señalar como justificativos de la poca aceptación que las aportaciones voluntarias tienen en nuestro derecho”⁸²⁵.

Si lo que se devuelve es el capital nominal que se aportó y en el transcurso del tiempo en que el socio fue parte de la cooperativa la moneda sufrió importantes depreciaciones (cuestión que es común en Argentina que, si bien padecemos en esta última década una importante inflación, el siglo pasado ha estado signado por fuertes depreciaciones de la moneda, llegando incluso a lo que se dio en llamar hiperinflación), el resultado es una “progresiva expropiación de su valor (de las participaciones en el capital social) en beneficio del patrimonio irrepartible de la cooperativa”⁸²⁶ y, a su vez, un relevante factor disuasivo para hacer aportes al capital social voluntarios.

Adherimos a la idea de que una reforma legislativa tiene que contemplar la actualización de la cifra nominal, en lo que respecta al capital complementario o voluntario o, en su caso, se debería disponer el suficiente pago de intereses sobre ese capital nominal como para compensar la depreciación de los recursos⁸²⁷, para que la cifra no sufra un deterioro tal que implique para el socio la pérdida total a su derecho.

X.4. Los resultados del ejercicio económico

⁸²⁴ Conf. art. 39 del anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales, titulado “Irrepartibilidad de las reservas. Intangibilidad del patrimonio neto” dice: “En caso de retiro, exclusión o disolución, los asociados sólo tienen derecho a que se les reembolse el valor nominal de sus cuotas sociales integradas, deducidas las pérdidas que proporcionalmente les correspondiera soportar. Las reservas, los fondos especiales y los auxilios, donaciones y subvenciones de carácter patrimonial constituyen patrimonio cooperativo irrepartible. No podrán distribuirse entre los socios a ningún título ni acrecentarán sus aportaciones individuales. El patrimonio neto de la entidad constituye la garantía de los acreedores y ningún reembolso es admisible si no se garantiza la atención de los acreedores”.

⁸²⁵ FAJARDO GARCÍA, Isabel G., “Las aportaciones voluntarias...”, Ob. Cit., pág. 71.

⁸²⁶ VICENT CHULIÁ, Francisco, “La reforma a la legislación cooperativa”, *Revista jurídica de Cataluña*, 1984, pág. 142, citado por FAJARDO GARCÍA, Isabel G., “Las aportaciones voluntarias...”, Ob. Cit., pág. 71.

⁸²⁷ En este sentido Fajardo sostiene que: “Mientras que no sea posible legalmente la actualización de las aportaciones, se les reconozca a los aportantes del capital, un interés por éste, que compense la depreciación que sufren dichas aportaciones”. FAJARDO GARCÍA, Isabel G., “Las aportaciones voluntarias...”, Ob. Cit., pág. 73.

Los resultados del ejercicio económico se reflejan en el Estado de Resultado, que forma parte de los Estados Contables. En éste se exponen tanto los quebrantos como los excedentes del ejercicio.

En Argentina, conforme disposición legal el resultado de las operaciones con los socios debe figurar de manera diferenciada con el resultado de las operaciones con terceros.

Ello tiene su origen en la diferente aplicación prevista por la ley a los excedentes provenientes de servicios prestados a asociados o en su caso a terceros. En este último supuesto, los excedentes generados con terceros no asociados se destinarán a una cuenta especial de reserva conforme lo dispone el art. 42⁸²⁸ y los provenientes de la actividad cooperativizada serán distribuidos entre los asociados mediante el retorno, una vez deducidas las reservas que prevé el mismo artículo.

Cuando las cooperativas son multiactivas, como es el caso de la mayoría de las prestadoras de servicios públicos, también deberán confeccionar los resultados por secciones, teniendo en cuenta cada actividad por separado. Así, el art. 43 de la Ley de Cooperativas dispone que “Seccionalización de resultados. Compensación de quebrantos. Los resultados deben determinarse por secciones y no podrán distribuirse excedentes sin compensar previamente los quebrantos de las que hubieran arrojado pérdida...”.

A su vez, las normas técnicas especiales para aplicar a cooperativas⁸²⁹, de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas clasifica los resultados por: gestión cooperativa con asociados, gestión cooperativa con no asociados y operaciones ajenas a la gestión cooperativa.

En este sentido, los resultados incluidos en esta clasificación son los siguientes:

a) En los resultados por la gestión cooperativa con asociados: (i) El resultado proveniente de la organización y prestación de servicios con asociados; (ii) Todo ingreso obtenido por, o como consecuencia de, bienes afectados a actividades inherentes a la gestión cooperativa en la medida que sea razonablemente cuantificable y asignable en forma directa a los asociados, en la proporción que anteriormente su gasto relacionado hubiera sido apropiado a las actividades con asociados (recupero de siniestros, expropiaciones, etc.).

⁸²⁸ Transcripto en Nota N° 818.

⁸²⁹ Conf. Resolución Técnica de la Federación de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas N° 24.

b) En los resultados por la gestión con no asociados: (i) El resultado proveniente de la organización y prestación de servicios con no asociados; (ii) Todo ingreso obtenido por, o como consecuencia de, bienes afectados a actividades inherentes a la gestión cooperativa en la medida que sea razonablemente cuantificable y asignable en forma directa a los asociados, en la proporción que anteriormente su gasto relacionado hubiera sido apropiado a las actividades con no asociados (recupero de siniestros, expropiaciones, etc.).

c) En los resultados por operaciones ajenas a la gestión cooperativa: (i) Los ingresos provenientes de inversiones transitorias, salvo cuando dichas inversiones están vinculadas a la operación directa con asociados o no asociados, en cuyo caso deberán atribuirse a los resultados del sector que se trate. (ii) Los resultados provenientes de inversiones permanentes, salvo cuando dichas inversiones están vinculadas a la operación directa con asociados o no asociados, en cuyo caso deberán atribuirse a los resultados del sector que se trate. (iii) La venta de bienes de uso; (iv) Derechos de ingreso y/o transferencia; (v) Donaciones y subsidios. (vi) Otros ingresos que provengan de actividades ajenas a la gestión cooperativa.

Tanto la normativa, como la disposición regulatoria de policía⁸³⁰ que es consecuente con la posición del legislador reflejan que se ha optado por mantener fuera de peligro de confusión el patrimonio repartible, del irrepartible, velando de tal modo con un modelo purista, es decir, asociado a la carencia de lucro.

Igual solución encontramos en el anteproyecto de ley que en su art. 46 dispone expresamente que “Los excedentes que deriven de la prestación de servicios a no asociados autorizada por esta ley se destinarán a una cuenta especial de reserva”.

Lejos de las nuevas tendencias que podemos encontrar en algunas de las legislaciones autonómicas españolas y en especial en la Ley General de cooperativas⁸³¹, donde se permite en el caso de que los estatutos así lo dispongan, la contabilización conjunta de los resultados del ejercicio, el anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales en ciernes mantiene la misma posición que la actual Ley de Cooperativas argentina N° 20.337.

En efecto, la Exposición de Motivos de la Ley N° 27/99 reconoce “la dificultad y el coste de gestión que supone en determinadas ocasiones contabilizar

⁸³⁰ Conf. Resolución N° 247/09.

⁸³¹ Conf. art. 57.4 de la Ley General de Cooperativas N° 27/99 que en su parte pertinente dice: “4. (...) la cooperativa podrá optar en sus Estatutos por la no contabilización separada de los resultados extracooperativos”.

separadamente los resultados cooperativos de los extracooperativos ha aconsejado facultar a la cooperativa para que opte en sus estatutos por la no diferenciación”.

Amén de que consideramos de gran utilidad que se genere en Argentina el debate sobre la necesidad o no de la unificación de los resultados y, en particular, también la de que se distribuya parte de los excedentes generados en la relación con terceros, romper con esa concepción histórica que resulta reflejada en la legislación argentina actual, como así también en el anteproyecto en discusión acarrearía traspasar posiciones dogmáticas y nos preguntamos si la sociedad argentina está madura para enfrentar esos cambios.

Por ello, somos partícipes que al menos si se mantiene la contabilización separada de los resultados cooperativos de los extracooperativos se adoptará una solución legal como la prevista por la Ley de Cooperativas valenciana que en su art. 67, aun diferenciando los ingresos ordinarios cooperativos de los ingresos ordinarios extracooperativos, permite de los ingresos ordinarios, cooperativos y extracooperativos deducirse en concepto de gastos o minoración de ingresos, los siguientes: a) Los gastos específicos necesarios para la obtención de cada tipo de ingreso. A los ingresos cooperativos se les deducirá en concepto de gasto, el importe asignado a los bienes y servicios prestados por los socios a la cooperativa, siempre que no sea superior al valor de mercado o retribución normal en la zona; en caso contrario, se deducirá el valor de mercado o la retribución normal en la zona; b) Los gastos generales necesarios para el funcionamiento de la cooperativa; c) Los intereses devengados en favor de sus socios y asociados; d) Las cantidades destinadas a amortizaciones; e) Los gastos que genere la financiación externa de la cooperativa; f) Las otras deducciones que permita hacer la legislación aplicable. Los gastos o deducciones señalados en los apartados b), c), d), e) y f) se imputarán proporcionalmente a las cifras de ingresos ordinarios cooperativos y extracooperativos.

Tal remedio legal no es una cuestión menor y representa un gran avance sobre la normativa argentina actual al permitirse deducir gastos, como así también pagar intereses sobre el capital aportado y financiación externa, deduciéndolos de los resultados cooperativos y extracooperativos.

Adviértase que bajo la legislación argentina, los resultados que tuvieran origen en la relación cooperativa tercero, es decir, extracooperativos, deben destinarse a una cuenta especial de reserva que son insuceptibles de apropiación directa o indirecta por

los asociados/socios y solo pasible de ser utilizada para licuar quebrantos finales del ejercicio.

Permitiéndose el pago de intereses sobre el capital obligatorio y voluntario, se garantiza el pago de los mismos, porque normalmente los resultados extracooperativos generan excedentes y, de ese modo, el aporte voluntario puede gozar de mayores atractivos tanto para los socios, como para aquellos que no utilizan los servicios de la cooperativa, pero que colaboran con esta a través de los aportes.

También la posibilidad de deducir de los resultados cooperativos y extracooperativos, los gastos que genere la financiación externa de la cooperativa es de gran utilidad para mejorar la exposición financiera de este tipo de empresas.

X.4.1. Fondos de reserva obligatorios

Conforme indica destacada doctrina argentina “los fondos de reserva son quitas de los excedentes netos de la operatoria de la cooperativa, excluidos de distribución”⁸³².

La disposición del art. 42 de la Ley de Cooperativas⁸³³ establece el destino que tendrán los excedentes del ejercicio. Dicha disposición legal es de carácter imperativo y no puede ser soslayado por ninguna entidad cooperativa que opere en el país. Además, tampoco las cooperativas podrán hacer uso de su autonomía de voluntad para constituir otras reservas que no sean las legales, en tanto esta norma no solo es imperativa, sino además es taxativa y, por tanto, no puede detraerse de la expectativa de excedentes de los socios otro tipo de reservas voluntarias, que no sean las expresamente regladas.

El mencionado artículo impone que los excedentes repartibles se destinarán “1) Cinco por ciento a Reserva legal; 2) Cinco por ciento al fondo de acción asistencial y laboral o para estímulo del personal; 3) Cinco por ciento al fondo de educación y capacitación cooperativas...”.

1) Con respecto a la reserva legal, la misma es de carácter colectivo y no está sujeta a apropiación de los socios bajo ninguna circunstancia de la vida de la cooperativa cualquiera sea la causa de la extinción del vínculo asociativo con el socio

⁸³² CUESTA, Elsa, *Manual...*, Ob. Cit., pág. 181.

⁸³³ Ya citado en Nota N° 818.

(llámese recesión, expulsión o retiro) ni tampoco en el supuesto de disolución o transformación⁸³⁴.

Los arts. 2 inc 12 y 43 de la Ley de Cooperativas han muñido a dicha reserva de inasequible, ya que la primera disposición establece que “Las cooperativas son entidades..., que reúnen los siguientes caracteres: 12) Establecen la irrepartibilidad de las reservas sociales y el destino desinteresado del sobrante patrimonial en casos de liquidación”, mientras la segunda determina que “cuando se hubieran utilizado reservas para compensar quebrantos, no se podrán distribuir excedentes sin haberlas reconstituido al nivel anterior a su utilización. Tampoco podrán distribuirse excedentes sin haber compensado las pérdidas de ejercicios anteriores”.

Como se advierte de los artículos transcriptos las reservas legales solo pueden ser utilizadas para enjugar pasivos.

2) Fondos de acción asistencial y laboral

El segundo ítem correspondiente a fondos de reserva; es el destinado a Fondos de acción asistencial y laboral o para el estímulo del personal. No necesariamente deben destinarse dichos fondos para ambos destinos, sino que se pueden asignar, llegado el caso, a uno de ellos. En este sentido, explica la Expresión de Motivos que la tésis de la norma es afianzar el sentido social de la cooperativa con la participación de sus colaboradores en el resultado que ellos contribuyen a formar.

Por ello, esos fondos pueden destinarse a cualquier obra o accionar que involucre cuestiones de acciones asistenciales tales como sostenimiento de guarderías, sostenimiento de curso de interés general, prestamos, como así también cuestiones relacionadas estrictamente con las relaciones laborales y su estímulo, como ser premios por presentismo, creatividad laboral, cursos de capacitación laboral, entre otros.

3) Fondo de educación y capacitación cooperativas: el destino de este fondo de reserva satisface el quinto principio de la ACI: Educación, formación e información, que ya hemos tenido la oportunidad de describir en los albores del presente trabajo.

Estos fondos deben ser utilizados cabalmente para formar a los cooperadores que tendrán en sus manos los destinos de las empresas cooperativas y, a su vez, crear una cultura que valorice el accionar cooperativo.

Conforme disposiciones de la Autoridad de aplicación Resolución N° 577/84 el destino de estos fondos puede servir, por ejemplo, para organización de cursos, apoyo

⁸³⁴ VERÓN, Alberto V., *Tratado...*, T. I, Ob. Cit., pág. 721.

a la enseñanza, donaciones de material didáctico, creación y fortalecimiento de cooperativas escolares, conferencias relativas a la educación y capacitación cooperativa, becas destinadas a la formación y educación cooperativa, donaciones, ya sea de dinero o material para instituciones dedicadas al desarrollo del cooperativismo, entre otras.

En el año 2004 la Autoridad de aplicación dictó la Resolución N° 1918/2004 que dispone efectuar un estricto seguimiento de la aplicación por parte de las cooperativas de las sumas destinadas al Fondo de Educación y capacitación cooperativa, disponiéndose que cada seis meses se elabore un informe sobre las entidades que infringen las disposiciones del art. 46⁸³⁵ de la Ley de Cooperativas. Se dispone igualmente que las entidades que vulneren la constitución de dicha reserva serán pasibles de la sanción de una multa equivalente al monto no afectado. Con ello se intenta promover y penalizar a las cooperativas para que den cumplimiento a este principio que es tan significativo para formar los nuevos líderes cooperativos.

Por último, el mismo artículo 42 *in fine*⁸³⁶ dispone de una cuenta especial de reserva para los excedentes generados por operaciones con no asociados, que no son repartibles.

El único destino que se le puede asignar a dichos fondos es la compensación del déficit final del ejercicio; en ese caso, dicha reserva deberá reconstituirse prioritariamente con los excedentes que se puedan generar al siguiente ejercicio.

En lo que respecta al anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales, éste agrava ostensiblemente el porcentaje con destino a reserva legal y dispone que de los excedentes repartibles, que son aquellos que provienen de la diferencia entre el costo y el precio del servicio prestado a los asociados, se destinarán: “1) El veinte cinco por ciento (25%) a reserva legal; 2) El cinco por ciento (5%) al Fondo laboral y para estímulo del personal; 3) El diez por ciento (10%) al Fondo de Educación y capacitación cooperativa que se reducirá al cinco por ciento (5%) en caso de aportarse para su ejecución a los planes de educación y promoción de una entidad de segundo o tercer grado; 4) Una suma indeterminada para remunerar el capital voluntario, según

⁸³⁵ La norma mencionada en su parte pertinente establece al respecto: “Deben invertir anualmente el fondo de educación y capacitación cooperativas previsto por el artículo 42 inciso 3, ya sea directamente o a través de cooperativas de grado superior o de instituciones especializadas con personería jurídica”.

⁸³⁶ La citada norma *in fine* dice: “Los excedentes que deriven de la prestación de servicios a no asociados autorizada por esta ley se destinarán a una cuenta especial de reserva”.

establezcan los estatutos, y 5) El resto para su distribución entre los asociados en concepto de retornos”.

Si bien entendemos que la finalidad de la norma proyectada busca atacar la falta de capital de las cooperativas y, desde ese lugar, fortalecerlas y consolidarlas, con un importante incremento de la reserva legal obligatoria del 5% al 25%, somos partícipes de que esta imposición resulta confiscatoria y contraria a la libertad y a la propia autonomía de voluntad de las cooperativas.

No tiene sentido imponer desde el intervencionalismo del Estado cuál es el porcentaje de reserva legal que mejor resguarda a cada cooperativa en particular.

Además, si en parte el objetivo de la norma proyectada es encontrar nuevos mecanismos de financiamiento y capitalización de las entidades cooperativas, resulta contradictorio incorporar los aportes voluntarios o complementarios de capital o dar carta de ciudadanía a los socios de apoyo, si luego la remuneración del capital aportado por los socios se paga solo con los excedentes que genere la actividad cooperativizada (excluidos los excedentes de la actividad con terceros), con el agravante de que ello se hace una vez deducido el 40% de los excedentes con destino a reservas. Se quiere significar que, en términos generales, los excedentes de la actividad cooperativizada son escasos en las cooperativas y si el pago de las remuneraciones al capital aportado por los socios va a estar sujeto a la previa deducción del 40% reservas obligatorias se reduciría ostensiblemente el porcentaje con destino a pago de intereses al capital.

Tal como dijimos anteriormente, si queremos capitalizar y fortalecer a las entidades cooperativas mediante aportes voluntarios hechos por los socios o por socios de apoyo, la remuneración debería ser pasible de pagarse con los excedentes incluidos los excedentes de la operación con terceros y, además, debería permitírsele a la cooperativa que en ejercicio de su libertad exprese que alícuota de reservas obligatorias es la que mejor permite su consolidación, mientras que la ley debe exigir un rango mínimo de reservas obligatorias que debería adoptar las cooperativa a través de sus órganos sociales⁸³⁷.

⁸³⁷ Una interesante solución legal aporta la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, Decreto Legislativo N° 2/2015, de 15 de mayo, que dispone que la reserva obligatoria debe ser de al menos igual al capital social estatutario, pudiendo en su caso la cooperativa destinar un mayor importe para estos fines. Así, el art. 70 dispone: “La cooperativa está obligada a constituir y mantener una reserva obligatoria destinada a la consolidación, desarrollo y garantía de la cooperativa, cuyo importe será, al menos, igual al del capital social estatutario. Mientras no se alcance dicho importe no se podrá dar otro destino a los excedentes y beneficios, abonar intereses o actualizar las aportaciones a capital. 2. A la

X.4.2. Distribución de los excedentes repartibles y destino de los beneficios

Se entienden por excedentes repartibles los provenientes de la diferencia entre el costo y el precio del servicio prestado a los asociados que después de atender los quebrantos que hubieran arrojado algunas secciones, las pérdidas de los ejercicios anteriores y las reservas, podrá ser aplicado a retorno en la medida que así lo disponga el estatuto y así lo resuelva la asamblea, sin obligación de que el mismo sea destinado como retorno a los asociados. Así, el excedente se torna en retorno accidental por sobrante operacional⁸³⁸.

Por ello, es justo aclarar que el excedente repartible en el caso de las cooperativas de consumo (que comprende a las aquí estudiadas) se debe hacer en proporción a las operaciones realizadas por los asociados y se puede hacer en efectivo o distribuirse en cuotas social.

Para la legislación argentina son solo pasibles de apropiación por los asociados, los excedentes provenientes de la actividad cooperativizada, ya que es allí donde se genera una diferencia entre el costo y lo percibido por la cooperativa, mientras que los excedentes provenientes de la relación con terceros (a la cual la legislación española llama beneficios) se destinan a una cuenta especial de reserva, que puede utilizarse solamente para enjugar quebrantos finales del ejercicio.

De tal modo que los excedentes surgidos del uso del servicio con asociados se distribuye de acuerdo con lo dispuesto en la manda legal (art. 42⁸³⁹) que dispone, tal como fue indicado en el punto anterior, como primer destino los fondos de reservas: legales, para el fondo de acción asistencial y laboral y para el fondo de educación y

reserva obligatoria se destinarán: a) Las cuotas de ingreso; b) Los excedentes y beneficios que acuerde la asamblea general, de conformidad con lo previsto en el artículo 68 de esta ley; c) La asignación que corresponda como consecuencia de la regularización del balance; d) Las deducciones sobre las aportaciones obligatorias en caso de baja o expulsión de socios; 3. La reserva obligatoria es irrepartible entre los socios. No obstante, una vez compensadas las pérdidas que legalmente puedan imputársele, podrá destinarse a: a) Actualizar el capital que se restituye al socio en los casos de baja, fusión o liquidación de la cooperativa. b) Favorecer el acceso de los terceros a la condición de socio, conforme a lo establecido en el artículo 65.4. c) Favorecer el acceso de los socios a otras cooperativas, mediante su aplicación a cuota de ingreso, en los supuestos de baja justificada del socio o liquidación de la cooperativa. Asimismo, podrá aplicarse, en los procesos de fusión, a la cuota o aportación económica que deban desembolsar los socios con destino a la reserva obligatoria de la cooperativa resultante. 4. Con independencia de la reserva obligatoria, la cooperativa deberá constituir y dotar los fondos que, por la normativa que le resulte de aplicación, se establezcan con carácter obligatorio en función de su actividad o calificación”.

⁸³⁸ VERÓN, Alberto V., *Tratado...*, T. I, Ob. Cit., pág. 777.

⁸³⁹ Artículo citado en la Nota N° 818.

capacitación; una suma indeterminada para pagar intereses y el resto para ser distribuido entre los asociados.

Ahora bien, el derecho al retorno no emerge del artículo citado de la Ley de Cooperativas, si no que nace a partir de la decisión asamblearia y son solo exigibles a partir de ella.

X. 5. Conclusiones

La actividad de las cooperativas prestadoras de servicios públicos exige continua inversión.

Las cooperativas bajo la normativa reinante cuentan con muy pocos mecanismos para hacer frente a la necesidad de capital y financiamiento.

Además, en la medida que los marcos regulatorios y las leyes protectoras de los consumidores, no permiten reflejar en las facturas del servicio, ítems ajenos a la prestación, hasta el aporte de capitalización se torna de difícil implementación.

La Ley de Cooperativas argentina se merece una pronta reforma que permita introducir elementos de vanguardia y recoger las experiencias útiles del derecho comparado.

En efecto, a nuestro entender la Ley de Cooperativas merece una reforma integral, debiendo poner luz en especial en los aspectos financieros y económicos. Por ello la idea es acercar los siguientes puntos como propuestas:

- La incorporación del aporte voluntario independiente del uso de los servicios y que tengan el carácter de permanencia en el capital.

Aun cuando la Autoridad de aplicación haya reconocido la posibilidad de que los socios puedan hacer aportes voluntarios al capital, la facultad de este organismo es de dudosa constitucionalidad.

- La incorporación de socios que no participen de la actividad cooperativizada pero que colaboren con la consecución del objeto, a través del aporte de capital. Esta categoría de socio no se encuentra prevista en la legislación de cooperativas actual y creemos que es un instrumento interesante para capitalizar y financiar a las cooperativas. El legislador debería incorporar en esta categoría a toda persona física o jurídica que tenga interés en participar y recibir a cambio una remuneración por el aporte voluntario al capital.

Si bien el anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales incorpora a los socios de apoyo, que son una suerte de socios capitalistas, solo se permite que esta categoría de socios esté conformada por organizaciones cooperativas de cualquier grado, las agencias nacionales y las regionales del Mercosur o de cualquier otra institución indoamericana que se establezca en el futuro, aunque no utilice sus servicios, siempre y cuando se asocie para apoyar el desarrollo social y empresarial de la cooperativa. El anteproyecto niega la posibilidad de que sean personas físicas las interesadas en colaborar con el financiamiento de las cooperativas y recibir una remuneración. Además, nada se dice con respecto a las aportaciones voluntarias que pueda hacer esta categoría de socios, pero se infiere que éstos podrían hacerlos y recibir la remuneración prevista, vía intereses o, en su caso, de tratarse de un nuevo emprendimiento (participando de los resultados de la actividad).

- Que el interés que se le reconozca tanto a socios plenos, como a aquellos no reúnen tal condición (llámese socios de apoyo o socios colaboradores), como contraprestación por el capital voluntario aportado sea acorde con el interés que pagan los bancos en el mercado. Actualmente, las Resoluciones de la Autoridad de aplicación contemplan que las cooperativas pueden reconocer como remuneración por el aporte complementario o voluntario de los socios plenos, un interés que no podrá exceder de un punto al que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento. A su vez, el anteproyecto de ley contempla solo una tasa de interés equivalente a la tasa pasiva del Banco de la Nación Argentina.

A nuestro modo de ver, el interés que se tiene que pagar a los aportes voluntarios (ya sea que provengan de socios plenos o de socios de apoyo) no debería ser inferior al que pagan los bancos por depósitos a plazo, debiéndose reconocer al aportante además, una remuneración variable, como la una participación en los resultados económicos de la actividad. Así, se obtendría una retribución por interés fijo y otra sujeta al desarrollo de la actividad, debiéndose imponer como límite una retribución del doble de la tasa de interés indicado como mínimo. Creemos que ello respeta el principio cooperativo del interés limitado y convierte a estas aportaciones en instrumentos atractivos para los socios plenos, como para los socios que no reúnen tal calidad pero que colaboran con el aporte de capital.

Corresponde reconocer que el anteproyecto avanza sobre otras formas de remunerar el capital, permitiendo que si se aporta capital voluntario para el desarrollo de una nueva actividad específica se pueda obtener como remuneración de riesgo hasta el 75% de los resultados netos obtenidos en la actividad en el período a liquidar. Creemos que esta forma de remuneración no solo debe restringirse para el supuesto del inicio de una nueva actividad específica.

- Incorporar como otro mecanismo de financiamiento lo que la Ley General de cooperativas de España llama cuotas periódicas, que no son capital y que no son reintegrables. Éstas tienen en miras atender los gastos sociales o soportar inversiones que exige la entidad, que pueden ser de lo más variados. Aun cuando se puedan implementar sin necesidad de que la ley lo regule, sería conveniente que así sea.
- Incorporar los títulos participativos como otro mecanismo hábil, a través del cual las cooperativas en estudio podrían financiarse. Estos títulos tienen la característica de que tanto los socios como terceras personas pueden contribuir con este instrumento crediticio, recibiendo como contraprestación una remuneración, que debe consistir en una participación en los resultados o en la evolución de la actividad económica cooperativa. Además, se recomienda que el elemento participativo no deba consistir necesariamente en una participación en los excedentes de la cooperativa (ya que en el caso de las cooperativas en estudio difícilmente logren excedentes), sino que podrá utilizarse otro criterio como por ejemplo que el interés variable se determine en función del volumen del negocio; el nivel de endeudamiento, volumen de recursos propios, patrimonio total, resultado de actividades ordinarias, número de trabajadores o cualquier otro que acuerden las partes.
- Que para el supuesto de reembolso del capital voluntario o complementario se contemple el reintegro del mismo a valor actualizado o, que se disponga el pago suficiente de intereses sobre ese capital nominal, para que la cifra no sufra un deterioro tal que implique para el socio la pérdida total de su derecho. Ello ayudaría a evitar la poca aceptación que las aportaciones voluntarias tienen en nuestro derecho.
- Si se mantuviera la contabilización separada de los resultados cooperativos de los extracooperativos abonamos la idea de que se debe adoptar la posibilidad

de deducir de ambos resultados (cooperativos y extracooperativos) en concepto de gastos o minoración de ingresos, los siguientes: a) Los gastos específicos necesarios para la obtención de cada tipo de ingreso; b) Los gastos generales necesarios para el funcionamiento de la cooperativa; c) Los intereses devengados en favor de sus socios y asociados; d) Las cantidades destinadas a amortizaciones; e) Los gastos que genere la financiación externa de la cooperativa; f) Las otras deducciones que permita hacer la legislación aplicable. Los gastos o deducciones señalados en los apartados b), c), d), e) y f) se imputarán proporcionalmente a las cifras de ingresos ordinarios cooperativos y extracooperativos.

Tal remedio legal no es una cuestión menor y representa un gran avance sobre la normativa argentina actual al permitirse deducir gastos, como así también pagar intereses sobre el capital aportado y financiación externa, deduciéndolos de los resultados cooperativos y extracooperativos.

- Si el Anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales finalmente se sanciona y persiste la norma que destina como fondos de reserva obligatorio el veinte cinco por ciento (25%) a reserva legal; el cinco por ciento (5%) al Fondo laboral y para estímulo del personal y el diez por ciento (10%) al Fondo de Educación y capacitación cooperativa que se reducirá al cinco por ciento (5%), creemos que ello aunque tenga en miras fortalecer a muchas cooperativas, atenta contra la libertad y la autonomía de voluntad de las mismas. Motivo por el cual proponemos que la ley debe fijar un límite mínimo de reservas legales y son las propias cooperativas quienes deben decidir a través de sus órganos si destinan un mayor porcentaje con destino reservas obligatorias.

Actualmente, el anteproyecto de Ley Federal de Cooperativas y Mutuales en ciernes, se encuentra sometido a una amplia consideración y debate en foros académicos y representativos del movimiento cooperativo nacional, a lo largo y ancho de todo el país, con la finalidad de incorporar opiniones de los sectores vinculados al ámbito de la economía social; confiamos en que, con el aporte de la comunidad en su conjunto, se logre una norma que ayude a paliar las debilidades económicas

financieras de las cooperativas y, en particular, de las que han sido sujeto de análisis en este trabajo.

Sin duda alguna, el eje central del cambio que propone el anteproyecto está focalizado en fortalecer financiera y económicamente a las cooperativas. Algunos de los cambios propuestos en la norma proyectada creemos que son un importante avance, aunque no suficiente.

Consideramos que debe trabajarse por una legislación abierta a introducir cambios y atractiva para los socios y terceros, de lo contrario, el modelo cooperativo quedará rezagado a la condición de marginalidad.

Las propuestas que presentamos buscan ser un aporte, un estímulo para que pensemos si bajo la legalidad podemos dar herramientas que permitan resolver los problemas fundamentales de las cooperativas, en particular, para preservar las cooperativas prestadoras de servicios públicos que tanto hacen por las comunidades donde se desarrollan y son orgullo de poblaciones enteras.

El centralismo que reina en la Argentina no permite ver la importancia que tiene para cientos de ciudades del interior del país la conservación del legado de los pioneros, pero estamos convencidos de que una adecuada normativa podría hacer mucho por el fortalecimiento económico-financiero del cooperativismo de servicios públicos.

CAPÍTULO XI: Conclusiones Finales

PRIMERA. Las cooperativas prestadoras de servicios públicos, son organizaciones de usuarios o consumidores que tienen por objeto brindarse y abastecerse el suministro de uno o varios servicios básicos que se caracterizan por ser de interés general, de alcance colectivo y procuran satisfacer necesidades individuales, a través de una empresa democráticamente gobernada.

El cooperativismo aplicado a la prestación de servicios públicos ha tenido una gran expansión en la Argentina. Se destaca la importante labor social de estas cooperativas en el interior del país, en la medida que han contribuido a la organización de los territorios donde están insertas mediante la constitución del entramado productivo y los mecanismos para garantizar el acceso de toda la población a los bienes y servicios que permitan una mejor calidad de vida. En la actualidad, estas cooperativas son grandes promotoras del desarrollo económico y social de las economías regionales, aprovechan fundamentalmente los recursos locales, participan en la creación de empleo local y hacen un gran aporte a la cohesión de la sociedad.

SEGUNDA. Los principios cooperativos son la fuente informadora de la estructura y del funcionamiento de la cooperativa. Las cooperativas prestadoras de servicios públicos han procurado actuar en consecuencia con ellos, pero algunos de estos valores o estándares se encuentran afectados, a saber:

El principio de adhesión voluntaria se ve afectado por la prestación de una necesidad básica colectiva, cuya satisfacción la mayoría de las veces es a través de una prestación monopólica y que implica, en muchos casos, la obligación de adherirse a la cooperativa para gozar de los servicios básicos.

El principio de control democrático por parte de los asociados también experimenta cierta afectación, por cuanto se advierte un destacado debilitamiento en el funcionamiento democrático interno de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, al observar la existencia de conductas tales como notoria falta de participación de los socios, manipulación de los mecanismos electorales, virtual control de la organización por aquellos que la dirigen y disminución de la influencia de los asociados, falta de información de la gestión, entre otros.

Por otro lado, el principio de autonomía y de independencia de las cooperativas de servicios públicos demanda una especial atención y amparo en lo concerniente a las

relaciones con el Estado, pues aquí es donde pueden vislumbrarse potenciales injerencias del sector público en atención a la naturaleza del servicio. En tales andariveles se advierte, con preocupación, que estas organizaciones se están convirtiendo cada vez más en instrumentos de la política y cómo ello afecta la independencia de las cooperativas.

TERCERA. Decimos que las cooperativas de servicios públicos son personas privadas: su origen está en un acto constitutivo integrado por personas físicas y jurídicas consumidoras de los servicios y su funcionamiento y relaciones con socios y terceros está regida por el derecho privado; sólo se encuentra teñido por el derecho público todo lo que hace a la actividad regulada —prestación del servicio público— que se proyecta en las relaciones con el Estado y con los usuarios.

Consideramos que a estas cooperativas les cabe dicha categorización, en tanto y en cuanto nacen de la voluntad de un grupo de particulares-consumidores y, en segundo lugar, su origen, funcionamiento y relación con terceros (no así con el poder concedente y, en cierta medida, con los usuarios) está regida por el derecho privado.

CUARTA. Ahondando aún más en la naturaleza de estas cooperativas entendemos que, además de ser personas de derecho privado, se corresponden con el concepto de sociedad comercial/sociedad.

El legislador argentino ha optado porque el ánimo de lucro no sea un requisito de la condición de sociedad comercial de acuerdo a la legislación societaria mercantil argentina N° 19.550, que se mantiene vigente hasta el 1 de agosto de 2015, como tampoco del concepto de “sociedad” que ha dispuesto la Ley N° 26.994 al sancionar el Código Civil y Comercial de la Nación con entrada en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015.

Se ha reemplazado el “ánimo de lucro” y su reparto, que resultaba un elemento caracterizante de la actividad de la sociedad comercial bajo la vigencia del derogado Código de Comercio, por “la participación en los beneficios y la soportación de las pérdidas”, con el fin de poder contemplar bajo su paraguas más y diversos tipos societarios. La misma posición ha mantenido la reforma que entrará en vigencia próximamente sancionada por la Ley N° 26.994.

En consecuencia, la noción más amplia que adopta la Ley de Sociedades Comerciales, como así también la nueva Ley General de Sociedades sancionada por

Ley N° 26.994, de que el beneficio puede no estar destinado a repartirse en dinero, sino constituir el aprovechamiento de las ventajas producidas en común, se corresponde con un concepto más amplio de sociedad, que abarca sin discusión a las cooperativas en general y, en particular, a las que son objeto de estudio.

QUINTA. Aun cuando sostenemos que bajo la legislación argentina la finalidad de lucro no es un elemento que caracterice a las cooperativas, creemos que las cooperativas que operan con terceros (en el mercado), como es el caso de las cooperativas prestadoras de servicios públicos, tienen finalidad de lucro, ya que a nuestro modo de ver, tienen en miras tanto un lucro en sentido amplio (beneficios para los socios), como restringido (ganancias para el ente), toda vez que no se concibe una empresa que opere en el mercado, que no genere ganancias para invertir, desarrollarse y crecer.

En efecto, las cooperativas de servicios públicos obtienen un lucro social cuando operan con terceros ya que, aunque las ganancias obtenidas pasen a un fondo especial de reserva, esos fondos pueden ser utilizados para beneficio de la propia entidad (enjuagar pasivos o quebrantos del ejercicio), cuestión que le permitirá secundariamente a los socios verse también beneficiados. Los socios también gozan de un lucro individual vía ahorro de gastos o excedentes, como así también, mediante el impacto en el precio del propio servicio que reciban indirectamente, a través de los beneficios obtenidos por la entidad con la operación con terceros.

SEXTA. También, se ha concluido que las cooperativas de servicios públicos son empresas, entendiendo como comprensivo del concepto “un conjunto de elementos de la más variada condición y naturaleza, los cuales bajo un régimen de organización — establecido en el caso por el empresario cooperativo— se afectan funcionalmente a una determinada actividad económica, consistente en la producción, comercialización o intercambio de bienes y servicios con destino el mercado”. Sin embargo, hemos sostenido que las mismas pertenecen al elenco de las empresas de la economía social. Ello así, porque sus actividades productivas se basan en técnicas de organización específica.

SÉPTIMA. Habiendo establecido hasta aquí que las cooperativas prestadoras de servicios públicos encuadran en el concepto de sociedades comerciales/sociedades y organizaciones empresariales, debemos advertir que no por ello hay un divorcio con lo preceptuado en los principios cooperativos.

Así, hemos entendido que las cooperativas prestadoras de servicios públicos se expanden más allá de una sociedad comercial/sociedad y de una organización empresaria típica, a raíz del fuerte compromiso que asumen en virtud de los principios de educación, capacitación e información, y el de preocupación por la comunidad y el medio ambiente.

Todo ello nos conduce a sostener que las cooperativas en cuestión encuadran en el concepto de sociedades y empresa, sin embargo encuadrarían en un *sub tipo especial* de sociedad comercial/sociedad y de empresa, donde la causa-fin excede el marco común al promover el desarrollo de un beneficio no sólo individual y social, sino también comunitario.

Podríamos decir que estas entidades comparten las características de lo que en otras latitudes se llaman las empresas B, es decir aquellas que tienen un objeto social que no es exclusivamente el lucro, sino también ayudar a su comunidad como agentes de progreso, creadores de fuentes de trabajo y bienestar. Este tipo de empresas deben gozar de un trato y una regulación preferente que las proteja y las promueva.

OCTAVA. Las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina, son en general multiactivas, es decir, desarrollan múltiples actividades y prestan numerosos servicios. De allí la importancia de delimitar el alcance de la actividad encuadrable en servicio público.

Hemos dejado sentado que por servicio público nosotros entendemos una actividad económica determinada amparada por un régimen exorbitante impuesto por el legislador y garantizado por las autoridades, que tiene como finalidad el interés general y, a su vez, procura satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, cuyas características de prestación se destacan por ser de contenido económico, en especie, de forma periódica y sistemática.

Así, teniendo a la vista la definición de servicio público advertimos que la prestación de servicios por parte de las cooperativas tales como: educación, enfermería, funeraria, préstamos, vivienda, entre otros, no son encuadrables dentro del paraguas de la noción argentina de servicio público, mientras que la administración de

agua potable y el saneamiento de agua, la distribución de energía, gas, telefonía, no existe duda alguna de que están alcanzados por la noción del servicio público, con todas las implicancias que esto trae aparejado en relación con el régimen aplicable.

NOVENA. Ahora bien, hemos analizado a lo largo del presente trabajo si la actividad de este tipo de cooperativas influye en la naturaleza de la persona que lo presta y hemos concluido que la prestación del servicio público no implica que las cooperativas dejen de ser entidades privadas, para pasar a ser personas públicas estatales o no.

El hecho de que la actividad principal de estas cooperativas sea la de prestar un servicio público a la comunidad, implica que el régimen que deberá aplicarse a dicha actividad sea predominantemente el derecho administrativo. Ello significa que tal régimen es el que debe aplicarse a todos los hechos que estén regidos por el propio servicio, pero en modo alguno significa que dicho régimen público proyecte una mutación de la personalidad del ente que lo explota.

DÉCIMA. En cuanto al régimen de los actos jurídicos aplicable a la sociedad cooperativa de servicios públicos, habiendo tomado partido por una posición “privatista” de las cooperativas de servicios públicos, no cabe duda de que es esta rama jurídica la que rige los actos jurídicos. Con respecto a la relación cooperativa/asociado-usuario se aplica la Ley de Cooperativas argentina en virtud de lo dispuesto en art. 4º, que regula el acto cooperativo, ello sin perjuicio de que en las cooperativas prestadoras de servicios públicos, a la relación asociado-usuario-cooperativa puede aplicársele el derecho público, que regla lo relacionado a la actividad de estos entes.

A su vez, el acto cooperativo no tiene efectos con relación al tercero no asociado. Este es un absoluto tercero en relación con la cooperativa. Cuando se vincula con la cooperativa no tiene más remedio que formalizar un contrato de compraventa a valores de mercado y por consiguiente a esta vinculación se le debe aplicar el derecho comercial (mientras subsista tal categoría) o, en su caso, el derecho privado.

En atención al régimen de los bienes, juzgamos que aquellos pertenecientes a una cooperativa prestadora de servicios públicos, afectados o no a la prestación de dicho servicio, son bienes privados. No obstante ello, los bienes afectados a la

prestación del servicio público se hallan sometidos a un régimen jurídico especial mientras dure su expresada afectación.

Con respecto al régimen contractual aplicable, nosotros postulamos el carácter privado de los contratos celebrados por la cooperativa de servicios públicos. La excepción estaría dada solamente por el carácter administrativo del contrato de concesión o licencia del servicio público, celebrado entre la cooperativa y el Estado.

Por último, la competencia jurisdiccional será comercial para los casos que hacen al funcionamiento de la cooperativa, o ante cualquier conflicto que tenga origen en la constitución de la misma, así como cualquier conflicto *intra* societario. También entendemos que compete a la justicia comercial, por regla general, todo conflicto que se plantee entre la Cooperativa concesionaria y un particular o tercero, o con los usuarios (cuando no está en juego la reglamentación del servicio).

En atención a esto último, todo lo que hace a la reglamentación del servicio, ya sea si el conflicto se da entre la cooperativa y el Estado en virtud de la concesión, o si se da entre la cooperativa y un usuario o grupo de usuarios, la competencia siempre será contencioso-administrativa por imperio de las normas de derecho público.

En cuanto al régimen aplicable a las distintas relaciones nacidas de la concesión, observamos: a) concesionarios-terceros no usuarios: el régimen aplicable dependerá del tipo de relación, pero mayormente es de carácter privado; b) concesionarios-usuarios: en todo lo concerniente a la reglamentación del servicio, por tratarse de una actividad regulada por un derecho exorbitante, ajeno al derecho común o privado, impera el derecho administrativo, mientras que en aquellos aspectos que no se involucra la reglamentación del servicio, que desde luego son los menos, rige el derecho privado.

UNDÉCIMA. Con respecto a la regulación de los servicios públicos, hemos analizado cuál de los estamentos del Estado tiene la jurisdicción para dictar las normas que regulan un servicio público determinado.

Hemos concluido que el dominio de los recursos naturales es de las provincias, la facultad de determinación, regulación y de policía le pertenece a éstas, salvo que se lo hubiera reservado en forma expresa o implícita a la Nación. Asimismo, las provincias pueden delegar el poder regulatorio, concedente y de policía a los municipios, de acuerdo a lo que la Constitución provincial así disponga.

Como las cooperativas prestadoras de servicios públicos, en general, son distribuidoras o comercializadoras de servicios en las ciudades del interior de la Argentina, su competencia es provincial, pudiendo ser municipal en el caso de que la Constitución Provincial lo prevea, salvo el caso de los servicios de telecomunicaciones y de gas, que son de competencia federal.

DUODÉCIMA. La mayoría de las cooperativas son multiactivas, ello trae aparejado que el régimen regulador y el poder concedente sean distintos de acuerdo a cada actividad, además de encontrarse diseminados territorialmente. Cuando las provincias delegan a los municipios, advertimos otro problema, en la medida que las cooperativas de servicios públicos en muchos casos, prestan el mismo servicio a varias ciudades vecinas, ello trae aparejado que deban atenerse a distintos marcos regulatorios, ya que cada municipio regula de manera diferenciada el servicio.

Toda esta normativa regulatoria indistinta y, en muchos casos, nada uniforme provoca que las cooperativas multiactivas y que prestan servicios en varias ciudades deban contar con una organización burocrática y costosa de mantener, para hacer frente a la diseminación de normas y de poderes de policía.

La tarea no es sencilla si se trata de no vulnerar las autonomías provinciales y municipales, pero quizás a través de un marco regulatorio modelo que los distintos estamentos provinciales y/o municipales puedan adherir, con contratos de concesión modelos que contemplen las condiciones especiales de estas entidades y diseñando un poder de policía acorde también a sus características. Esta problemática que se advierte podría encontrar soluciones. Así, un espacio en donde se podrían empezar a delinear modelos de contratos de concesión o licencia tipos podría ser en el ámbito del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social, en coordinación con entes reguladores y organismos provinciales que desarrollen la misma actividad.

DÉCIMOTERCERA. El vínculo que liga a la cooperativa de servicios públicos con el Estado, mediante el cual se materializa la facultad para otorgar el servicio, puede presentarse como concesión, licencia, autorización y permiso. En la regulación de estos procedimientos hemos identificado algunas cuestiones conflictivas:

a) Respecto del procedimiento de selección del contratista estatal, entendemos que la imperatividad de contar con la licitación pública como mecanismo excluyente para seleccionar al contratista del Estado que deberá prestar el servicio público, resulta

ser innecesaria cuando estamos frente a una cooperativa compuesta por los propios vecinos y usuarios, máxime si se trata de una entidad que viene prestando el servicio de manera continuada durante mucho tiempo. De tal manera que si los usuarios o la gran cantidad de usuarios que son, a su vez, asociados a una empresa de la economía social, son titulares del interés público comprometido, no se advierte fundamento para recurrir a la exigencia de la licitación pública.

b) En cuanto a la segunda problemática abarcada, concluimos que si no existiera contrato de concesión o licencia alguno entre el Estado y quien presta el servicio, basándolo en la fusión de roles entre los usuarios y el concedente, la función última del Estado que es resguardar y ser el responsable último del servicio se vería afectada.

Consideramos que es una simplificación preguntarse de quién habría que proteger a los usuarios mediante un contrato de concesión si ellos mismos están organizados mediante una cooperativa, por las siguientes razones: a) no es fácil para un asociado encontrar los canales efectivos de reclamo internos procedentes para exigir un servicio adecuado dentro de las cooperativas; b) en la actualidad, las cooperativas han tomado una dimensión que los asociados no tienen una relación inmediata con sus directivos para canalizar los reclamos, y aunque sea así los asociados no acceden a influir en las características y especificaciones del servicio; c) existe un importante número de usuarios no asociados.

Por las razones apuntadas precedentemente es lógico sostener entonces que es el Estado el único que puede garantizar las condiciones en que ese servicio puede prestarse y ello lo logra mediante el contrato administrativo de concesión de servicio público.

c) En tercer lugar apelamos a la importancia de adecuar los contratos de concesión y licencia a la realidad de las cooperativas de servicios públicos.

El estricto control tarifario que subyace en las regulaciones nacionales —y que en gran medida se ve reproducido en las provincias argentinas— y que ha sido volcado en los contratos de concesión respectivos, donde la fijación y renegociación tarifaria requiere de una pluralidad de actos complejos y de la anuencia final de la autoridad competente, comporta una estructura anquilosada ajena a la dinámica económico-financiera de las empresas cooperativas que prestan servicios públicos en el interior del país.

Debería existir una normativa segmentada y contratos de concesión acordes a las distintas realidades en las que se presenta la concreción de un servicio público. Es decir, un procedimiento de ajuste tarifario ante la autoridad pública de control, con audiencias públicas y aprobación formal (sea administrativa, sea legislativa) para prestadores a gran escala; y un mecanismo de *pass-through*, es decir, de traslación de costos con control estatal posterior y periódico para pequeños prestadores, máxime si se trata de cooperativas de servicios públicos, cuando ellas se componen de los mismos usuarios.

Además, dicha normativa debería contemplar que las cooperativas prestadoras de servicios públicos puedan ingresar a la facturación un alícuota sobre el total de la recaudación destinada a gastos institucionales. También debería permitirseles ingresar el aporte de capitalización en la propia facturación.

d) Otro problema con la gestión del servicio público a tener en cuenta es el de la precariedad. Cualquier acto atributivo de la facultad para otorgar el servicio que sea esencialmente revocable –como lo son las figuras de autorización y habilitación–, ya sea que figure tal prerrogativa de la administración en el acto que otorga el derecho o sea que resulte de las previsiones normativas de la materia, lo identificamos como un problema para las cooperativas prestadoras de servicios públicos que se rigen bajo tales vínculos, por cuanto ello acarrea incertidumbre a la hora de prestar el servicio e inseguridad jurídica para emprender las inversiones que se exigen.

DÉCIMO CUARTA. En cuanto a la problemática que gira en torno a los mecanismos de control de la actividad que yacen sobre las entidades cooperativas advertimos que los marcos regulatorios, no tienen en cuenta la especial calidad de la cooperativa prestadora de servicios públicos, ni tampoco que el interés de los usuarios resulta mayormente coincidente con el interés de la empresa cooperativa que presta el servicio público. Se ignora la condición de la cooperativa, en consecuencia hace que pese sobre el vínculo asociado/usuario el rigor de las normas reglamentarias (sobre todo en lo relativo a las potestades sancionatorias) y el ejercicio del poder de control del servicio sin miramientos, ni distinciones.

Por ello proponemos, como forma de armonizar las normas regulatorias de control con la condición de las cooperativas, que se contemple un régimen sancionatorio acorde a la naturaleza cooperativa, donde se tenga en cuenta la posibilidad de morigerar las sanciones, hacer quitas o implementar esperas en base a

que es el mismo asociado, perjudicado por las condiciones del servicio, quien tiene que afrontar la condena.

En lo que respecta al control que ejercen los ciudadanos a través de las audiencias públicas, consideramos que por la semejanza que tiene este procedimiento con la asamblea de asociados, donde existan cooperativas conformadas por los usuarios que presten el servicio, correspondería implementar una regulación administrativa clara y concisa traducida en audiencias públicas prácticas, sencillas y simplificadas.

Por su parte, consideramos inapropiado el mantenimiento de fiscalizaciones internas, como por ejemplo las derivadas del art. 104 de la Ley de Cooperativas, que permite que la autoridad de contralor del servicio participe en las reuniones de los órganos sociales dejando constancia sobre el incumplimiento de las condiciones del servicio otorgado bajo concesión o permiso. Resulta incompatible con la condición de la organización cooperativa, compuesta por los mismos usuarios, que estas entidades sufran mayor control que otras donde no participan los usuarios en los propios destinos de la sociedad.

DECIMOQUINTA. El asociado/usuario tiene múltiples caminos a los efectos de que se tutelen y garanticen sus derechos. Se destacan las siguientes vías: reglamentaria, defensa del consumidor, defensoría del pueblo y, como canal interno, la sindicatura.

Creemos que se debe integrar y armonizar la normativa regulatoria del servicio público con la especial condición de la cooperativa prestataria y para ello proponemos la incorporación del agotamiento previo de la instancia societaria para que el asociado/usuario de la cooperativa recién pueda acceder a los canales reclamatorios previstos por las vías reglamentarias. Igual solución legal, entendemos que debe aplicarse para acceder a la vía del Defensor del Pueblo.

En lo que respecta a las vías instrumentales previstas por la Ley de Defensa del Consumidor, somos partidarios de que para armonizar la norma consumerista con la condición de la cooperativa, la Ley de Defensa del Consumidor debe contemplar la aplicación analógica de las normas que tutelan al usuario de servicios públicos, para el caso de que sea una cooperativa conformada por los mismos usuarios la prestadora. Si la Ley de Defensa del Consumidor se aplicara analógicamente a estas relaciones, también se aplicarían de igual modo las vías instrumentales, debiendo disponerse para

el caso, el agotamiento de la instancia societaria para acceder a tales canales instrumentales.

También consideramos que una correcta integración de las normas consumeristas con la condición de estas cooperativas exigiría un régimen más moderado de sanciones que pueda aplicarse en la instancia administrativa o judicial para el caso de que la prestataria fuera una cooperativa. Ello así teniendo en cuenta que quien debe hacer frente a la sanción es el propio asociado/usuario.

DECIMOSEXTA. Nos hemos preguntado si los derechos y garantías de los usuarios/consumidores son aplicables al asociado de una cooperativa de servicios público y si la relación cooperativizada sustituye a la relación de consumo.

Hemos concluido que el legislador argentino ha tomado una clara posición con respecto a la relación asociado-cooperativa en la exposición de motivos, al indicar que este vínculo “no implica operación de mercado” y, además, al incorporar la teoría del acto cooperativo. Ello nos conduce a sostener que la relación mutualista es de carácter único y asociativo y, que tal consideración implica que la misma está regida en primer lugar por el derecho cooperativo, ley, estatuto, reglamento y principios generales del derecho cooperativo, y que sólo en caso de insuficiencia legislativa se aplicará por analogía el derecho común aplicable o en su caso el derecho consumerista.

Sin embargo, a pesar de que los cooperativistas no encuadran en la relación de consumo a la luz de la normativa de Defensa del Consumidor, no dejan de ser consumidores organizados colectivamente y por tanto están en condiciones de invocar el derecho consumerista, respecto de los terceros con quienes no han contratado directamente pero sí lo ha hecho la cooperativa por cuenta de ellos. Distinta es la situación de los terceros que consumen contratando con la cooperativa, quienes pueden invocar el derecho del consumidor frente a esta.

DECIMOSÉPTIMA. En lo que respecta a la estructura orgánica del tipo de cooperativas que hacen al objeto de este trabajo hemos identificado algunos problemas y como consecuencia de ello hemos propuesto la incorporación de normas de buen gobierno corporativo vía legislativa o autorregulación, a saber:

a) En el caso de las asambleas de distrito, el estatuto debería establecer el número de delegados en función del número de asociados, y un mínimo y máximo por distrito. Asimismo, el estatuto debería prever una fórmula automática para que la

cantidad de asociados que deba representar un delegado sea materia de ajuste periódico en función de la variación de los asociados.

b) La Ley de Cooperativas argentina no contiene ninguna norma que disponga la obligatoriedad de la incorporación de las minorías en los órganos sociales de las entidades cooperativas.

Resulta imprescindible para una mejor calidad de la democracia que la Ley de Cooperativas recoja tal exigencia, como asimismo que el estatuto social prevea la necesaria incorporación de las minorías en los órganos sociales. También resulta imprescindible que el propio Órgano de contralor de estas entidades vele por tal resguardo, exigiendo su incorporación en los estatutos.

c) Otro flagelo a la democracia cooperativa lo comporta la deslealtad a la voluntad del electorado, es decir, cuando un delegado electo cambia su voto de manera contrapuesta a su plataforma política y a su programa de acción expuestos al momento del sufragio.

La más sana de las soluciones para evitar estos excesos es que el voto en las asambleas de delegados, cualquiera sea el punto del orden del día que se trate, sea ejercido a mano alzada, con ello los delegados estarían más atentos a la hora de cambiar el sentido de su voto. Además, deberían contemplarse sanciones para quienes, frente a un claro mandato de los asociados, cambian su voto.

d) La estructura del órgano de administración de las cooperativas bajo estudio y su composición se caracteriza, en términos generales, por su numerosa cantidad de miembros del Consejo de Administración.

Así las cosas, la mayoría de los consejeros son administradores de “asiento”, no están involucrados con los destinos de la entidad y mucho menos con la actividad diaria de la misma.

Es necesario motivar a los administradores a involucrarse cabalmente con la gestión que llevan a cabo. Para lograr tales fines, amén del papel que juega la educación y capacitación cooperativa, se requiere que la retribución de los administradores este de acuerdo al riesgo que asumen, y también en relación con los sueldos de los propios dependientes y con la facturación global de la sociedad.

f) Otra problemática que advertimos en las cooperativas prestadoras de servicios públicos reside en que las asambleas carecen de una pauta clara y limitativa para la determinación de los honorarios. Consideramos que la norma regulatoria debe contener pautas claras, como lo hace la Ley de Sociedades Comerciales argentina.

Una retribución en función de la facturación global o de las operaciones sociales es, a nuestro juicio, el parámetro más adecuado, toda vez que no subordina los honorarios a los resultados positivos o excedentes, ni tampoco pone exclusivamente en valor la función y la dedicación del consejero.

g) Resulta perjudicial para un normal desarrollo de la cooperativa prestadora de servicios públicos, la injerencia directa en sus órganos representativos de personas que al momento en que se postulen como candidatos, detentan cargos en estamentos estatales que resultan concedentes o reguladores del servicio que presta la cooperativa. Por ello, consideramos que los estatutos sociales de estas entidades deberían disponer que, los socios que pretendan postularse como candidatos a cubrir cargos en los órganos sociales de una cooperativa prestadora de servicios públicos, no deberían formar parte de organismos estatales que tuvieran a su cargo la regulación y/o el poder de policía sobre la propia entidad.

h) Cuando hablamos de cooperativas de servicios públicos —donde está en juego la gestión de un servicio básico y sensible para la comunidad y donde los asociados son la gran mayoría de los ciudadanos de una comunidad— creemos que sería conveniente apartarse del principio de igualdad entre los asociados y exigir que la sindicatura esté a cargo de una persona con título habilitante apropiado para el ejercicio de las funciones, llamase abogado o contador público nacional. En su defecto, consideramos que el Estatuto debería contemplar una asignación presupuestaria para que la sindicatura contrate profesionales idóneos para el ejercicio del control.

i) Por disposición de la Ley de Cooperativas, la renovación del cuerpo de delegados que integra al órgano de gobierno cooperativo se debe hacer todos los años. Ello no solo genera un alto costo para este tipo de cooperativas sino que además acarrea inestabilidad en las gestiones, es por ello que consideramos que sería conveniente una reforma legislativa que permita que los mandatos de los delegados puedan extenderse por más de un ejercicio y con un máximo de tres ejercicios.

j) Como forma de promover los procesos de control y garantizar la democracia cooperativa se podrían implementar auditorías sociales y foros (aunque sea virtuales) que unan a los gerentes con los propios miembros de la entidad.

k) Tanto la normativa cooperativa como los estatutos sociales de estas entidades deberían tender a la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en la composición de los órganos sociales. Entendemos que estas entidades deberían ser

precursoras de dicha integración, teniendo en cuenta la particular naturaleza de las cooperativas que se destaca por la mayor integración y participación de todos sus componentes.

1) La nulidad de las asambleas y/o decisiones del órgano de gobierno que encuadraran en la nulidad absoluta, ya sea porque violaran el orden público o afectaran derechos inalienables de los socios o normas imperativas que regulan el funcionamiento de la entidad, no puede quedar sujetas al plazo de 90 días previsto para la impugnación de las decisiones que involucren nulidades relativas. Una eventual reforma legislativa tiene que clarificar el artículo 62 de la Ley de Cooperativas, no dejando dudas de que debe aplicarse la misma solución que brinda el Código Civil en la materia o, en su defecto, sería conveniente que la ley fuera autosuficiente disponiendo como lo hace la normativa española Ley N° 27/1999 que distingue entre los actos nulos (los que violan la ley) y anulables (los que violan el estatuto o lesionen en beneficio de uno o más socios o terceros los intereses de la cooperativa) de aquellos que violan el orden público, estableciendo para los primeros un plazo de 1 año para su impugnación y para los segundos un plazo de 40 días, con excepción de los acuerdos que por su causa o contenido resultaran violatorios al orden público que deben poder impugnarse en cualquier momento.

DECIMOCTAVA. En cuanto a la estructura económica y financiera hemos concluido que la realidad imperante en lo que respecta a las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina demuestra la necesidad constante de capital y financiamiento para dar respuesta a una demanda creciente de los servicios públicos urbanos, suburbanos y rurales.

Para hacer frente a esta problemática estas cooperativas deben encontrarse en condiciones legales de recurrir al uso de nuevos instrumentos. Para ello, el Legislador argentino deberá dar un paso adelante en la incorporación de nuevas herramientas que permitan favorecer la solidez y viabilidad económica de estas entidades. Motivo por el cual consideramos necesario que la legislación introduzca cambios que se traducen en las siguientes propuestas:

a) Incorporar el aporte voluntario independiente del uso de los servicios.

b) Incorporar la categoría de socios que no participen de la actividad cooperativizada pero que colaboren con la consecución del objeto, a través del aporte de capital. El legislador debería incorporar en esta categoría a toda persona física o

jurídica que tenga interés en participar y recibir a cambio una remuneración por el aporte voluntario al capital.

c) También consideramos apropiado que el interés que se le reconozca tanto a socios plenos, como a aquellos no reúnen tal condición (llámese socios de apoyo o socios colaboradores), como contraprestación por el capital voluntario aportado, sea acorde con el interés que pagan los bancos en el mercado. A nuestro modo de ver, el interés que se tiene que pagar a los aportes voluntarios (ya sea que provengan de socios plenos o de socios de apoyo) no debería ser inferior al que se pagan los bancos por depósitos a plazo. Además, se debería reconocer al aportante una remuneración variable, teniendo en cuenta los resultados económicos de la actividad. Así, se obtendría una retribución por interés fijo y otra sujeta al desarrollo de la actividad, debiéndose imponer como límite una retribución del doble de la tasa de interés indicado como mínimo. Creemos que ello respeta el principio cooperativo del interés limitado y convierte a estas aportaciones en instrumentos atractivos para los socios plenos, como para los socios que no reúnen tal calidad pero que colaboran con el aporte de capital.

d) Incorporar como otro mecanismo de financiamiento lo que la Ley General de Cooperativas de España llama cuotas periódicas, que no son capital y que no son reintegrables. Éstas tienen en miras atender los gastos sociales o soportar inversiones que exige la entidad, que pueden ser de lo más variados.

e) Incorporar los títulos participativos como otro mecanismo hábil, a través del cual las cooperativas en estudio podrían financiarse. Estos títulos se destacan porque la remuneración que recibe el inversor debe consistir en una participación en los resultados o en la evolución de la actividad económica cooperativa. Además, se recomienda que el elemento participativo no deba consistir necesariamente en una participación en los excedentes de la cooperativa, sino que podrá utilizarse otro criterio como por ejemplo que el interés variable se determine en función del volumen del negocio; el nivel de endeudamiento, volumen de recursos propios, patrimonio total, resultado de actividades ordinarias, número de trabajadores o cualquier otro que acuerden las partes.

f) Que se contemple para el supuesto de reembolso del capital voluntario o complementario, el reintegro del mismo a valor actualizado, para que la cifra no sufra un deterioro tal que implique para el socio la pérdida total de su derecho. Ello ayudaría a evitar la poca aceptación que las aportaciones voluntarias tienen en nuestro derecho.

g) Abonamos la idea de que se debe adoptar la posibilidad de deducir de ambos resultados (cooperativos y extracooperativos) en concepto de gastos o minoración de ingresos, los siguientes rubros: a) Los gastos específicos necesarios para la obtención de cada tipo de ingreso; b) Los gastos generales necesarios para el funcionamiento de la cooperativa; c) Los intereses devengados en favor de sus socios y asociados; d) Las cantidades destinadas a amortizaciones; e) Los gastos que genere la financiación externa de la cooperativa; f) Las otras deducciones que permita hacer la legislación aplicable. Los gastos o deducciones señalados en los apartados b), c), d), e) y f) se imputarán proporcionalmente a las cifras de ingresos ordinarios cooperativos y extracooperativos.

Tal remedio legal no es una cuestión menor y representa un gran avance sobre la normativa argentina actual al permitirse deducir gastos, como así también pagar intereses sobre el capital aportado y financiación externa, deduciéndolos de los resultados cooperativos y extracooperativos.

DECIMONOVENA. El desarrollo de la presente tesis ha intentado contribuir a la noble causa del cooperativismo de servicio público. Como hemos visto, gran parte de los problemas que aquejan a las cooperativas bajo estudio se focalizan en la enrucijada de regímenes que yacen sobre estas entidades y sus relaciones; para dar respuesta a ello hemos procurado alcanzar un “diálogo de fuentes” que respete la complejidad de cada microsistema, tratando de hacer factible su armonización con los principios rectores del sistema normativo que expresan el ideal de justicia de una sociedad, siempre teniendo en cuenta la importante labor y función social que representan estas entidades para gran parte de las ciudades del interior del país. Esperamos que con la contribución de todos podamos expandir este modelo económico social que tanto ha aportado al desarrollo de Argentina.

LISTADO DE ABREVIATURAS

- AA.VV: Autores Varios.
- ACI: Alianza Cooperativa Internacional.
- ACUDEN: Asociación de Consumidores y Usuarios de Neuquén.
- AMBA: Área Metropolitana de Buenos Aires.
- ANSEC: Andes Norte Sur Este y Centro.
- Art.: Artículo.
- Ap.: Apartado.
- AySA: Agua y Saneamiento Argentino.
- BCRA: Banco Central de la República Argentina.
- CADE: Compañía Argentina de Electricidad.
- CALF: Cooperativa de Agua, Luz y Fuerza.
- CAP: Capítulo.
- CAS: Cargo de Acceso al Servicio.
- CAT: Compañía Argentina de Teléfonos.
- C.C: Código Civil.
- C.Co: Código de Comercio.
- Ccs.: Consecutivos
- CESCyM: Censo de Información Económica Sectorial de Cooperativas y Mutuales.
- CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
- C.N: Constitución Nacional.
- COPREC: Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo.
- CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- DESC: Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- Dto.: Departamento.
- Ed.: Editorial.
- EdeLAP: Empresa Distribuidora de Energía La Plata.
- EDENOR: Empresa Distribuidora Norte.
- EDESUR: Empresa Distribuidora Sur.
- E.N: Ente Nacional.
- ENARGAS: Ente Nacional Regulador del Gas.

- ENRE: Ente Nacional Regulador de la Electricidad.
- ENTEL: Empresa Nacional de Telecomunicaciones.
- EPAS: Ente Provincial de Agua y Saneamiento.
- EPE: Empresa Provincial de la Energía.
- EPESF: Empresa Provincial de la Energía de Santa Fe.
- ERAS: Ente Regulador de Agua y Saneamiento.
- ERSeP: Ente Regulador de Servicios Públicos de Córdoba.
- Etc.: Etcétera.
- ETOSS: Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios.
- Expte.: Expediente.
- FACE: Federación Argentina de Cooperativas de Electricidad.
- FDA: Fundación de Derecho Administrativo.
- FF.CC: Ferrocarriles.
- FECONEU: Federación de Consumidores de Neuquén.
- FONINVEMEM: Fondo para Inversiones Necesarias que permitan Incrementar la Oferta de Energía Eléctrica en el Mercado Eléctrico Mayorista.
- GNC: Gas Natural Comprimido.
- GBA: Gran Buenos Aires.
- IEAL: Instituto de Estudios de Administración Local.
- INAES: Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social.
- INAC: Instituto Nacional de Acción Cooperativa.
- Inc.: Inciso.
- L.Coop: Ley General de Cooperativas.
- LSA: Ley de Sociedades Anónimas.
- LSC: Ley de Sociedades Comerciales.
- LSRL: Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
- Ltda.: Limitada.
- MEM: Mercado Eléctrico Mayorista.
- mWh: Megavatio-Hora.
- NEA: Noreste Argentino.
- NOA: Noroeste Argentino.
- Ob. Cit.: Obra Citada.
- OCEBA: Organismo de Control de Energía Eléctrica de Buenos Aires.

- OIT: Organización Internacional del Trabajo.
- ONG: Organización No Gubernamental.
- Pág.: Página.
- Pcial: Provincial.
- PEN: Poder Ejecutivo Nacional.
- Pymes: Pequeñas y Medianas Empresas.
- RAP: Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública.
- R.Ar: Resolución Arbitral.
- RDCO: Revista de Derecho Comercial.
- Res. : Resolución.
- S.A: Sociedad Anónima.
- SCBA: Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.
- SE: Secretaría de Energía.
- Secc.: Sección.
- SEGBA: Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires.
- Sigs.: Siguietes.
- Ss.: Subsiguietes.
- SSTs: Sentencias del Tribunal Supremo.
- SUDAM: Compañía Sudamericana de Servicios Eléctricos.
- TEA: Tipográfica Editora Argentina.
- TIC: Tecnologías de la Información y de la Comunicación.
- TI.CO.CA: Títulos Cooperativos de Capitalización.
- Trad: Traducción.
- UCOFIN: Unidad de Coordinación de Fideicomisos de Infraestructura.
- UNCITRAL: United Nations Commission for International Trade Law.
- V.gr.: Verbigracia.
- 1mW: Un Megavatio.

BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY, Pedro, "La decisión de controversias del derecho común por parte de tribunales administrativos", *Jurisprudencia Argentina* 2005-III-1069.
- ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012.
- ALTHAUS, Alfredo A., *Tratado de Derecho Cooperativo*, Ed. Zeus, Rosario, 1977.
- AMAR, Jacobo, *Política y cooperativas*, Ed. Instituto, Rosario, 1965.
- APARÍCIO MEIRA, Deolinda, "as operações com terceiros no direito cooperativo português", en AA.VV, *Jurisprudencia Cooperativa Comentada*, Ed. Imprensa Nacional- Casa da Moeda SA, Lisboa, 2012.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- La regulación económica*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.
- ASCARELLI, Tullio, *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*, Trad. de E. Verdera y Tuells, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Ed. Bosch, Barcelona, 1964.
- BALBÍN, Sebastián, *Curso de derecho de las sociedades comerciales*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.
- BARRA, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1992.

- “La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización”, en *Revista del Derecho Administrativo*, N° 6, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991.
- “Entes Reguladores en camino de su delimitación institucional”, *Jurisprudencia Argentina* 2005-III-1079.
- BARREIRO, Rubén A., *Derecho de la Energía Eléctrica*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.
- BARRERA BUTELER, Guillermo, en AA.VV, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- BELLORIO CLABOT, Dino L., CAVALLI, Luis A., PIGRETTI, Eduardo A., *Ambiente, Petróleo y Gas*, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2011.
- BELLUSCIO, Augusto C., AA.VV., *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*, Dirigido por Belluscio, Augusto C. y coordinado por Zannoni, Eduardo, Ed. Astrea, Buenos Aires, Ediciones 1978 y 2005.
- BENJAMÍN, Antonio H., “El derecho del consumidor”, *Jurisprudencia Argentina*, 1993-II-913.
- BERTOSI, Roberto F., *Servicios Públicos Cooperativos*, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2008.
- BIAGOSCH, Facundo A., *Asociaciones Civiles*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.
- El objeto del bien común de las asociaciones civiles*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

- BIANCHI, Alberto B., “La potestad reglamentaria de los entes reguladores”, *Jurisprudencia Argentina* 2006-III-1080, del 30 de agosto de 2006.
- “La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control”, *La Ley*, 2000-D.

- BIDART CAMPOS, Germán J., *Curso de derecho constitucional*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1972.
- Manual de derecho constitucional argentino*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1972.

- BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.

- BIELSA, Rafael, “Las cooperativas y los servicios públicos. Aspectos de una cuestión jurídica”, en *Estudios de Derecho Público I, Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.
- Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1955.
- Compendio de Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Rosario, 1960.
- Tratado de derecho administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1963.

- BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

- BOULLAUDE, Gustavo, “La competencia de los entes reguladores de los servicios públicos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sus límites”, *Jurisprudencia Argentina* 2005-III, Fascículo 9º, Buenos Aires, 2005.

- BOQUERA MATARREDONA, Josefina, “Denominación, domicilio, impugnación de acuerdos y derecho de suscripción preferente en las sociedades laborales”, CIRIEC-España, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, N° 15.

- BUDASSI, Iván F., “Responsabilidad de los concesionarios: ¿derecho común?”, *Jurisprudencia Argentina* 2005-III-1094.

- BUERES, ALBERTO J., en AA.VV, *Código Civil y Normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Dirección Bueres, Alberto; Coordinación Highton, Elena I., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

- BULGARELLI, Waldirio, *Elaboração do Direito Cooperativo*, Ed. Atlas S.A., San Pablo, 1967.

- BUSSO, Eduardo B., *Código Civil Comentado*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1955.

- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario parte general*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1993.

- CABRA DE LUNA, Miguel A., ZVOLSKÁ, Marie, “Distintos tipos de empresa”, Dictamen del Comité Económico Social Europeo, de fecha 1/10/2009.

- CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

- CALLEJO, Alfredo V., *Los principios cooperativos y las cooperativas de servicios públicos*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1998.

- CANO, Guillermo J., *Recursos Hídricos*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1964.

- CANOSA, Armando N., “El caso 'Ángel Estrada' y las deficiencias en el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos”, *Jurisprudencia Argentina* 2005-III-1101.

- CARELLO, Luis A., “Cooperativas de servicios públicos. Su problemática jurídica”, en AA.VV, *Régimen jurídico de las cooperativas*, Ed. Colegio de abogados del departamento judicial de La Plata, Buenos Aires, 1990.

- CASSAGNE, Juan C., “La condición jurídica de las cooperativas prestatarias de servicios públicos”, en AA.VV, *Cooperativa de servicios públicos*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1987.
- Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- El contrato administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- Curso de derecho administrativo*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.
- “La permanencia y utilidad del servicio público como institución jurídica”, *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, IJ-LXX, 2013.

- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Comentarios al Código Civil de Mucius Scaebola*, T. XXV, Ed. Reus, Madrid, 1933.

- CICERO, Nidia K., *Servicios Públicos: Control y Protección*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

- CITARA, Rubén M., *El Servicio Público*, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1995.

- CLIFTON, Judith, DÍAZ FUENTES, Daniel, FERNÁNDEZ GUTIERREZ, Marcos, REVUELTA, Julio, “Los ciudadanos ante la regulación europea de servicios públicos: una evaluación del caso español”, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* N° 70, 2011.

- CLIMENT BARBERÁ, Juan, “La selección de contratistas en los contratos de las administraciones públicas en el derecho comunitario y en el derecho español”, *Revista Noticias de la Unión Europea*, ISSN 1133-8660, N° 21, 1986.

- COLOMBRES, Gervasio, *Curso de Derecho Societario*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.

- COMADIRA, Julio R., “El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, en AA.VV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, Ed. Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003.

- CORBELLA, Carlos J., “El Acto Cooperativo”, en AA.VV, *Régimen Jurídico de las cooperativas*, Ed. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, Buenos Aires, 1990.

- CORDEIRO PINTO, Luis, “El Estado provincial”, en AA.VV, *Derecho Público Provincial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

- CORVALAN, Alfredo R., *Derecho Cooperativo Argentino*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.

- CRACOGNA, Dante, “Acto cooperativo y defensa del consumidor”, Ponencia presentada en la *Jornada de Derecho Cooperativo*, 18 de septiembre de 2013 [en línea] Disponible en <http://cooperar.coop/web/derechocooperativo>.

- “Naturaleza y régimen jurídico en las cooperativas de servicios públicos”, en AA.VV, *Cooperativas de servicios públicos*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1987.

- “La cooperativa en el derecho argentino”, en AA.VV, *Régimen Jurídico de las cooperativas*, Ed. Colegio de abogados del Departamento Judicial de La Plata, Buenos Aires, 1990.

- Problemas Actuales del Derecho Cooperativo*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1992.

- “Las empresas de la economía social”, en AA.VV, *Tratado de la Empresa*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

- CRETELLA JUNIOR, José, “Concepto Moderno de servicio público”, en AA.VV, *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del Siglo XX. Homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969.

- CROVI, Luis D., en AA.VV, *Código Civil Comentado*, Dirigido por Julio César Rivera, Tomo I-Parte General, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.
- CUESTA, Elsa, *Tratado de derecho cooperativo*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1987.
- Manual de derecho cooperativo*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000.
- DALLA VÍA, Alberto, *Derecho Constitucional Económico*, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006.
- DEL RIO, María M., “Recursos directos contra las resoluciones del ENRE y ENARGAS”, *El Derecho*, 182-1437.
- DRIMER, Bernardo y KAPLAN DE DRIMER, Alicia, “Clasificación de las cooperativas”, en *Revista del Instituto de Estudios Cooperativos*, N° 26 y 27, Ed. Instituto de Estudios Cooperativos, La Plata, 1968/1969.
- DROMI, José R., *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987.
- “Cooperativas públicas”, en AA.VV, *Cooperativa de servicios públicos*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1987.
- Derecho Administrativo*, recurso electrónico, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- DURAND, Julio C., “La especialidad de las normas del procedimiento jurisdiccional ante los entes reguladores”, *Jurisprudencia Argentina* 2006-III-1.108.
- ECHEVERRY, Raúl A., “Creación de un nuevo tipo societario de gran beneficio social”, *La Ley*, ejemplar de fecha 02 de octubre de 2013.
- EMBED IRUJO, José M., “La promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en la composición del Consejo de administración de las

sociedades mercantiles”, en *IV Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil*; en AA.VV, *Situaciones de crisis en las sociedades comerciales*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

-ENJOLRAS, Bernard, “Organizaciones voluntarias y democracia. Bases teóricas”, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 37, 2001.

-ESCOLA, Héctor J., *Compendio de Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.

-ESCUTI (h.), Ignacio A., “La nueva ley de cooperativas. Breves notas”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 37, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974.

-FAJARDO GARCÍA, Isabel G., *La gestión económica de la cooperativa: Responsabilidad de los socios*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

- “La prescripción de las obligaciones entre la cooperativa y sus socios y la naturaleza no mercantil de su relación”, CIRIEC-España, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* N° 12.

-“Las empresas de la economía social en la Ley N° 5/2011, de 29 de marzo”, *Revista Derecho de Sociedades*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, año 2012-1, N° 38.

-“Las aportaciones voluntarias a capital social ante la reforma de la legislación cooperativa”, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* N° 13, 1993.

-“Legitimación de la cooperativa para reclamar en interés de sus socios (sentencia de 27 de junio de 2007 (civil) RA. 3551/2007)”, *Revista de Derecho Comercial*, N° 269, julio-septiembre 2008 pag. 1194/1205.

- FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario, Comentario exegético de la Ley 24.240 con las Reformas de la Ley 26.361*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009.

- FARRANDO, Ismael, “La relación jurídica del usuario con el concesionario del servicio público”, en AA.VV, *Los Servicios Públicos. Régimen Jurídico Actual*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.
- FARRÉS, Pablo, *Cooperativas de vivienda*, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007.
- “La impugnación asamblearia en las cooperativas”, *La Ley*, 2001-D, Secc. Doctrina, pág. 1075.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo (h), “La derogación del Derecho Comercial por el nuevo Código Civil: Apariencia y realidad”, *La Ley*, ejemplar publicado en fecha 23 de diciembre de 2014.
- “Régimen de las cooperativas”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, T. V, N° 61, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1992.
- FERNÁNDEZ FEIJÓ SOUTO, Belén, CABALEIRO CASAL, María J., “Clasificación del capital social de la sociedad cooperativa: una visión crítica”, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* N° 58, 2007.
- FIGUEROA, Federico, “Naturaleza jurídica de la cooperativa”, *La Ley*, Buenos Aires, 1939, T. XV, pág. 33.
- FONROUGE, Máximo J., “La renegociación de los contratos de concesión en el Sector Eléctrico Argentino”, *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento: “Los servicios públicos en la encrucijada”, 2007-II.
- “Las audiencias públicas” [en línea] Disponible en www.cassagne.com.ar/publicaciones/Fonrounge/AUDPUB.pdf
- FREDIANI, Ramón, BRANDA, Luis, SESIN, Domingo, INGARAMO, Eduardo, *Transferencia de Servicios Públicos a Empresas Cooperativas*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1986.

- FRÍAS, Pedro, “La recepción en el derecho provincial”, *Seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional (1989-1991)*, Ed. Academia Nacional de Ciencias Económicas, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994.
- GADEA, Enrique, SACRISTÁN, Fernando, VARGAS VASSEROT, Carlos, *Régimen Jurídico de la Sociedad Cooperativa del Siglo XXI, Realidad Actual y Propuestas de reforma*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.
- GAGLIARDO, Mariano, en AA.VV, *Código Civil y Normas complementarias. Análisis diccionario y jurisprudencial*, Dirigido por Bueres, Alberto J. y Coordinado por Highton, Elena I., T.4 C, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995.
- GALGANO, Francesco, *Le Societa per Azioni. Le Altre Societa di Capitali. Le Cooperative*, Ed. Zanichelli, Bologna, 1970.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, RAMÓN FERNANDEZ, Tomás, *Curso de Derecho administrativo*, Ed. Thomson-Civitas y La Ley, Buenos Aires, 2006.
- GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, *Pequeño Larousse Ilustrado*, París, Francia, 1978.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.
- GORDILLO, Agustín, “Licitación pública, audiencia pública, referendo, participación popular y prestación de servicios públicos”, *La Ley* 2002-A.

- Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. I, Buenos Aires, 2013, T. II Buenos Aires, 2014 y T. III, Buenos Aires, 2011, Ed. Fundación de Derecho Administrativo.
- GRECCO, Carlos M., MUÑOZ, Guillermo A., *La precariedad en los Permisos, Autorizaciones, Licencias y Concesiones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.
- GROSSO, Claudio P., “Aproximación a un análisis crítico de la Ley 26.993 para resolución de conflictos en materia de relaciones de consumo”, *El Derecho*, de fecha 24 de septiembre de 2014.
- GUARCO, Ariel, *El cooperativismo argentino*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 2014.
- HALPERÍN, David Andrés, AA.VV, *Cooperativas de Servicios Públicos*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1987.
- HALPERIN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Co-autor Otaegui, Julio C., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.
- Curso de derecho comercial*, Autor secundario Butty, Enrique M., Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.
- “El concepto de sociedad en el proyecto de Ley de Sociedades Comerciales”, *Revista de Derecho Comercial (RDCO)*, Año 2, Buenos Aires, 1969.
- HAURIOU, Maurice, *Derecho Administrativo*, Ed. Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenos Aires.
- HUICI, Héctor, “El caso 'Estrada'. Diversas proyecciones en materia de servicios públicos”, *Jurisprudencia Argentina*, 2005-III-1118.

- HUTCHINSON, Tomás, “Las cooperativas prestatarias de servicios públicos. Algunos aspectos de su régimen jurídico”, en AA.VV, *Cooperativa de servicios públicos*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1987.

- ITURREZ, Arturo H., en AA.VV, *Derecho Público Provincial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

- JAPAZE, Belén, “El deber de información”, en AA.VV, *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- “El derecho a la salud y a la seguridad del consumidor”, en AA.VV, *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

- JUNYENT BAS, Francisco, “La incorporación de la materia comercial en el proyecto de Código único. A propósito de la ausencia de una caracterización mercantil”, *El Derecho*, 24 de agosto de 2012.

- JUNYENT VÉLEZ, Francisco; BERTOSI, Roberto F., *La cooperativa*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987.

- KAPLAN DE DRIMER, Alicia y DRIMER, Bernardo, *Las cooperativas*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1981.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Publicidad y consumidores”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 5*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994.

- KRAUSE, Luis E., KONZEN, Otto G., “Autonomía financiera, liquidez y capitalización interna como factores de desarrollo global en cooperativas agropecuarias de Rio Grande del Sur-Brasil”, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa N° 43*, 2002.

- KENNY, Mario O., *Obligaciones Negociables*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

- LE PERA, Sergio, *La naturaleza jurídica*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971.

- LLAMBIÁS, Jorge J., *Código Civil Comentado y Anotado*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.
- Efectos de la Nulidad y de la Anulación de los Actos Jurídicos*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

- LIMA MARQUES, Claudia en AA.VV, *Manual de Direito do Consumidor*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 2008.

- LOPES MEIRELLES, Hely, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Revista Dos Tribunais, San Pablo, 1989.

- LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

- LOSA, Néstor O., en AA.VV, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

- MAIORANO, Jorge L., "El Ombudsman: una historia de 200 años y más", publicado en *Revista de Derecho Administrativo en homenaje al Dr. Miguel Santiago Marienhoff*, N° 66, año 2009, y [en línea] Disponible en http://www.jorgeluismaiorano.com/~jorgelui/index.php?option=com_content&view=article&id=776:366-&catid=53:articulos-de-doctrina&Itemid=65.

- MAIRAL, Héctor, "La ideología del servicio público", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 14, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.

- MALAGARRIGA, Carlos C., en prólogo correspondiente al libro perteneciente a COLOMBRES, Gervasio, *Curso de Derecho Societario*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.

- MANOVIL, Rafael M. “Las sociedades de la sección IV del Proyecto de Código”, *La Ley*, publicada en fecha 24 de octubre de 2012.
- “El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art. 251 de la LSC en un fallo que marca un hito”, nota al fallo de la C. N. Com., Sala D, 01/03/96, *El Derecho*, 168/544.

- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Ediciones 1993, 1998 y 2003.

- MARTÍNEZ, Patricia R., “Consortios y Cooperativas públicas locales”, *Jurisprudencia Argentina*, del 5 de diciembre de 1986, pág. 757 y siguientes.
- “Sistemas de control de los servicios públicos privatizados en la Argentina”, en AA.VV, *Los Servicios Públicos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

- MARTÍNEZ DE VEDIA, Rodolfo, “La necesaria reforma en la regulación de los servicios públicos”, *Revista RAP-Digital*, del 28 de marzo de 2005.
- Los servicios públicos nacionales (situación actual)*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2010.

- MATA, Ismael, “Lineamientos del régimen jurídico del agua potable y saneamiento”, en AA.VV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2005.

- MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, traducción de Horacio H. Heredia y Hernesto Krotoschin del original francés *Le Droit administratif allemand*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.
- MAYOR, Armando, “Órganos de control y auxiliares”, en AA.VV, *Derecho Público Provincial*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.
- MEILÁN, José L., “El Servicio Público en el Derecho Actual”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 17, Buenos Aires, 1994.
- MERTEHIKIAN, Eduardo, *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992.
- MIZRAHI, Mauricio L., *Cooperativas de crédito. Naturaleza. Desarrollo. Régimen legal. Propuesta de cambio*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 2004.
- MONTAMAT, Daniel G., “Privatización, regulación y control”, ponencia expuesta en el *I Congreso sobre Regulación de los Servicios Públicos Privatizados*, organizado por el Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1995.
- MORILLAS JARILLO, María J. y FELIÚ REY, Manuel I, *Curso de cooperativas*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Defensa del consumidor, Ley 24.240*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998.
- NALLAR, Daniel M., *El Estado Regulador y el nuevo mercado del Servicio Público*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999.

- NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1996/1998.
- Curso de Derecho Societario*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

- OLAVARRÍA IGLESIAS, Jesús, en AA.VV, *Cooperativas: Régimen jurídico y Fiscal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

- OTAEGUI, Julio C., *Invalidez de actos societarios*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1978.
- Administración societaria*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1979.

- OVIEDO, Guillermo, VILLAFañE, María P., “Las cooperativas de servicios públicos y su relación con el Estado”, presentación al premio anual FACE 2005, mayo de 2006, [en línea] Disponible en <http://ccc.opac.com.ar/pergamo/cgi-bin/pgopac.cgi?VDOC=1.42651&n=El-cooperativismo-de-servicios-p%FAblicos-y-su-relaci%F3n-con-el-Estado-perspectivas>

- PANIAGUA ZURERA, Manuel, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, Ed. Mac-Graw-Hill, 1997.
- “Las sociedades cooperativas. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social”, en *Tratado de Derecho Mercantil*, T. XII, V 1º, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

- PASTORINO, Roberto J., *Impuesto a las transacciones cooperativas*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1981.
- Teoría general del Acto Cooperativo*, Ed. Intercoop, Buenos Aires, 1993.

- PAZ-ARES, Cándido, “La cláusula no lucrativa en la Agrupación de interés económico”, en AA.VV, *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo*, T. II, Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

- PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Servicios Públicos, Régimen, Regulación y Organismos de Control”, en AA.VV, *Servicios Públicos y Organismos de Control*, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005.
- “Breve reflexión sobre la credibilidad de los marcos regulatorios y entes reguladores”, *La Ley*, suplemento “Jurisprudencia de Derecho Administrativo”, 5 de noviembre de 1998.
- PIERINI, Alicia, “La Defensoría del Pueblo, órgano constitucional de garantías”, *Revista Buenos Aires-crónicas de la ciudad abierta*, 2003/2004, Vol. 3, N° 14.
- POSTMA, Hernán F., *El Proceso, Construcción dogmática del proceso, problemática jurídica de la interpretación e integración de la ley en el proceso*, Ed. Nova Tesis, Buenos Aires, 2010.
- ROCAFORT NICOLAU, A., “La financiación cooperativa mediante la emisión de títulos participativos”, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 68, 2010.
- ROCHA PEREYRA, Gerónimo, “La legitimación del defensor del pueblo de la Nación”, en AA.VV, *Procedimiento y proceso administrativo*, Lexis-Nexis-UCA, Buenos Aires, 2005.
- ROITMAN, Horacio y AGUIRRE, Hugo, “Empresa y sociedad”, en AA.VV, *Tratado de la Empresa*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- ROSATTI, Horacio D., *Derecho ambiental constitucional*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.
- ROSSI, Alejandro, “El Defensor del Pueblo y el Control de los servicios públicos privatizados”, *Revista de la Administración Pública (RAP)* N° 228, Buenos Aires, 1997.

- ROUILLÓN, Adolfo A., *Código de Comercio comentado y anotado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.
- RUSCONI, Dante D., “Esencia del derecho del consumidor”, en AA.VV, *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- “Los derechos de consumidores y usuarios”, en AA.VV, *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- “Nociones Fundamentales”, en AA.VV, *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- SACRISTÁN, Estela B., “Naturaleza jurídica de las tarifas. Sistemas tarifarios”, en AA.VV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, Ed. RAP, 2004.
- “Los cargos específicos de la Ley 26.095 -un costo, desagregado, muy especial, y las enseñanzas de Marienhoff-”, en *Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- “Un costoso régimen para garantizar el suministro de energía –en torno a la Res. SE 1.281/2006”, en *Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.
- SALOMONI, Jorge L., *Teoría General de los Servicios Públicos*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
- SAMPAY, Arturo E., *La reforma constitucional*, Ed. Laboremus, La Plata, 1949.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “Noción y elementos del servicio público”, en AA.VV, *Los Servicios Públicos. Régimen jurídico actual*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

- Concesión de servicio público*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.
- Derecho Público*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- SARRÍA, Félix, *Derecho Administrativo*, Ed. Assandri, Córdoba, 1946.
- SAYAGÜES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1974.
- SENENT VIDAL, María J., “El sistema de precio fijo de los libros y las cooperativas de consumo”, CIRIEC-España, *Revista Jurídica*, N° 24, 2013.
- SIBURU, Juan B., *Comentarios del Código Comercial Argentino*, Ed. J. Lajouane y Cía., Buenos Aires, 1912.
- SOZZO, Gonzalo, en AA.VV, *Código Civil Comentado y Anotado*, dirigido por Ricardo Lorenzetti, Tomo III “Contratos”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.
- SPEAR, Roger, “El gobierno democrático en las organizaciones cooperativas”, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* N° 48, 2004.
- SPOTA, Alberto G., LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. (actualizador), *Instituciones de derecho civil*, Contratos, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.
- TAU ANZOÁTEGUI, Carlos A., *Régimen jurídico de las telecomunicaciones y la radiodifusión*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.
- UCHA, Adelmo J., “Naturaleza jurídica de las cooperativas”, en *Revista de Derecho Comercial*, Instituto Argentino de Derecho Comercial, Ed. Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenos Aires, 1947.

- UEZ, Román A., “Entes reguladores de los servicios públicos domiciliarios. Responsabilidad del Estado por la omisión de la actividad de control”, *La Ley*, 1999-C.

- VARGAS VASSEROT, Carlos, “La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y terceros”, *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, N° 27, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006.

- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La reforma a la Ley de Defensa del Consumidor. Autoridad de aplicación y sumario administrativo” en *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.

- VÁZQUEZ FRANCO, Gladys, *La concesión administrativa de servicio público en el derecho español y colombiano*, Ed. Temis, Bogotá, 1992.

- VERÓN, Alberto V., *Tratado de las cooperativas*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.

- VILLEGAS, Carlos G., *Títulos valores y valores negociables*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

- VICENT CHULIÁ, Francisco, “La reforma a la legislación cooperativa”, *Revista jurídica de Cataluña*, 1984.
- Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1986.
- “En torno a la Ley General de Cooperativas de 1987”, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* N° 1, 1987.
- Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial*, dirigidos por Sánchez Calero, Fernando y Albaladejo, Manuel, T. CC, Vol. 3º., Ed. EDERSA, Madrid, 1994.

- “Mercado, principios cooperativos y reforma de la legislación cooperativa (estudio introductorio y de síntesis)”, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, Nº 29, 1998.
- *Introducción al derecho mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, Vol. I, Valencia, 2010.
- VIGO, Rodolfo L., *Integración de la ley, Art. 16 del Código Civil*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978.
- VITALE, Mario J., “Las cooperativas de servicios públicos frente a la antinomia jurídica”, ponencia presentada en la *Jornada de Derecho Cooperativo*, realizada en fecha 18/09/13, [en línea] Disponible en <http://cooperar.coop/web/derechocooperativo>.
- “Las Cooperativas de Servicios Públicos en la encrucijada”, en *Encuentro pre Congreso Argentino de las Cooperativas 2012: “Derecho Cooperativo: debate en el Año Internacional de las Cooperativas”*, 2012.
- VÍTOLO, Daniel R., *Sociedades Comerciales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.
- “Ley de Sociedades Comerciales reformada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, correspondiente a la publicación del 27 de octubre de 2014.
- VUOTTO, Marcelo, “Derecho de usuarios y consumidores. Comentario sobre la Ley 26.993. Aspectos centrales en la creación de un sistema de resolución de conflictos”, *El Derecho*, 23 de octubre de 2014.
- VIVANTE, César, *Tratado de Derecho Comercial*, Ed. Castellana, Madrid, 1932.
- ZALDÍVAR, Enrique, *Cuadernos de derecho societario*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980/1983.

LISTADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADA

1) NORMAS DE JERARQUÍA SUPERIOR:

- Constitución Nacional Argentina.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

2) ACUERDOS INTERNACIONALES:

- Principio Tercero de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo suscripto por la Nación Argentina.
- Convención de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

3) LEYES NACIONALES

- Ley N° 2.873 – Prescripción para la construcción y explotación de Ferrocarriles Argentinos.
- Ley N° 11.388 – Ley de Sociedades Cooperativas.
- Ley N° 13.719 – Generación, uso y producción de Biocombustibles.
- Ley N° 14.467 – Ley de Contabilidad.
- Ley N° 17.319 – Ley de hidrocarburos.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – Ley N° 17.454.
- Ley N° 19.030 –Ley de Transporte Aerocomercial.
- Ley N° 19.798 – Ley Nacional de Telecomunicaciones.
- Ley N° 19.950 – Ley de Sociedades Comerciales.
- Ley N° 20.216 –Ley Nacional de Correos.
- Ley N° 20.321 – Ley para las Asociaciones Mutuales.
- Ley N° 20.337 –Ley de Cooperativas.
- Ley N° 21.499 – Ley de expropiaciones.
- Ley N° 22.802 – Ley de lealtad comercial.
- Ley N° 23.576 con sus modificatorias Ley N° 23.962 y 24.435- Obligaciones Negociables-.

- Ley N° 23.696 – Ley de declaración de Estado de Emergencia.
- Ley N° 24.065 – Régimen de la Energía Eléctrica.
- Ley N° 24.076 – Ley de Privatización del Gas del Estado.
- Ley N° 24.156 – Ley de administración Financiera.
- Ley N° 24.240 con reforma de la Ley N° 26.361 y N° 26.993 – Ley de Defensa del Consumidor.
- Ley N° 24.284 y su ley modificatoria N° 24.379 – Defensoría del pueblo.
- Ley N° 24.522 – Ley de Concursos y Quiebras.
- Ley N° 25.561 – Devaluación.
- Ley N° 25.561 con agregado de la Ley N° 25.790 - Ley de Prohibición de Indexación Tarifaria.
- Ley N° 25.688 – Gestión Ambiental de Aguas.
- Ley N° 25.790 – Obras y servicios públicos.
- Ley N° 26.095 – Obras de infraestructura energética.
- Ley N° 26.197 – Modificación de la Ley de Hidrocarburos N° 17.319.
- Ley N° 26.221 – Agua potable y desagües cloacales, convenio tripartito.
- Ley N° 26.896 – Prórroga de la Ley de Emergencia.
- Ley N° 26.994 – Sanción del nuevo Código Civil y Comercial.
- Ley N° 27.007 – Nueva Ley de Hidrocarburos modificatoria de la Ley N° 17.319.
- Ley N° 27.078 – Ley de Tecnologías de la Comunicación.
- Código Civil Argentino vigente hasta el 1 de agosto de 2.015.
- Código de Comercio Argentino vigente hasta el 1 de agosto de 2.015.

4) DECRETOS

- Decreto N°1141/91 (Disposiciones legales aplicables en los contratos de concesión del servicio público actualmente prestado por Ferrocarriles Argentinos).
- Decreto N° 180/2004 (Régimen de Inversiones de Infraestructura Básica de Gas durante el Proceso de Normalización del Servicio Público).
- Decreto N° 906/2004 (Creación de fondos fiduciarios).
- Decreto N° 1069/2005 (Creación Unidad de Coordinación de Fideicomisos).

- Decreto N° 1187/93 (Régimen postal y Registro Nacional de Prestadores de Servicios Postales).
- Decreto N° 265/97 (Privatización por licitación de los Servicios Postales).
- Decreto N° 721/04 (Constitución del Correo Oficial argentino, bajo la órbita de la Secretaría de Comunicación dependiente del Ministerio de Planificación Federal).
- Decreto N° 958/92 (Transporte Automotor de Pasajeros).
- Decreto N° 656/94 (Autotransporte Público de Pasajeros).
- Decreto N° 1023/01 (Régimen de contrataciones de la Administración Nacional).
- Decreto N° 436/00 (Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado Nacional).
- Decreto N° 1398/92 (Reglamentaria de la Ley 24.065).
- Decreto N° 1738/92 (Reglamentación de la Ley 24.076).
- Decreto N° 1798/94 (Reglamentación de la Ley 24.240).
- Decreto N° 2255/92 (Modificación de la reglamentación de la Ley 24.076).
- Decreto N° 731/89 (Privatización de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones).
- Decreto N° 764/00 (Reglamento para licencias de servicios de telecomunicaciones).
- Decreto N° 304/06 (Constitución de la sociedad Agua y Saneamientos Argentinos S.A).
- Decreto N° 1.172/03 (Acceso a la información pública – Reglamentos Generales de Audiencias Públicas).
- Decreto N° 276/98 (Sistema Nacional de Arbitraje).

5) CONSTITUCIONES PROVINCIALES:

- Constitución Provincial del Neuquén.
- Constitución de la Provincia de Córdoba.

6) LEYES PROVINCIALES:

- Ley provincial N° 607 de la Provincia de La Pampa – Código de Aguas de La Pampa.
- Ley provincial N° 773 de la Provincia de La Pampa – Administración Provincial de Aguas.
- Ley Provincial N° 1027 de la Provincia de La Pampa – Régimen de conservación y uso del agua potable.
- Ley provincial N° 1476 de la Provincia de La Pampa - Régimen de servidumbre administrativa de ductos.
- Ley provincial N° 1101 de la Provincia de La Pampa – Administración Provincial de Energía y Servicios de Energía Eléctrica.
- Ley N° 1451 de la Provincia de La Pampa – Régimen tarifario de la energía eléctrica.
- Ley provincial N° 11.769 de la Provincia de Buenos Aires – Regulación eléctrica de la Provincia de Buenos Aires.
- Ley provincial N° 11.220 de la Provincia de Santa Fe – Ente regulador de los servicios sanitarios.
- Ley N° 12.700 de la provincia de Santa Fe – Derogación de la Ley 11.727.
- Ley N° 11.727 de la provincia de Santa Fe – Marco regulatorio del servicio eléctrico y transformación de la empresa.
- Ley provincial N° 10.014 de la Provincia de Santa Fe – Creación de la Empresa provincial de Energía.
- Ley provincial N° 8.837 de la Provincial de Córdoba.
- Ley provincial N° 8.835 de la Provincia de Córdoba – Ente Regulador de los Servicios Públicos.
- Ley provincial N° 7.741 de la Provincia de Córdoba – Defensor del Pueblo.
- Ley provincial N° 899 de la Provincia de Neuquén – Código de aguas.
- Ley provincial N° 1303 de la Provincia de Neuquén – Creación Ente Provincial de Energía del Neuquén.
- Ley provincial 2386 de la Provincia de Neuquén – Reformulación del EPEN
- Ley provincial N° 6497 de la Provincia de Mendoza – Ente Provincial Regulador Eléctrico.
- Ley provincial N° 6835 de la Provincia de Salta que refrenda el Decreto Pvcial. N° 55/95 – Ente Regulador de Servicios Públicos.

- Ley provincial N° 2986 de la Provincia de Río Negro – Ente Provincial Regulador de la Electricidad.
- Ley provincial N° 4836 de la Provincia de Catamarca – Ente Regulador de los Servicios Públicos y otras concesiones.
- Ley provincial N° 6225 de la Provincia de Santiago del Estero – Ente Regulador de los Servicios de Agua y Cloacas.
- Ley N° 210 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Ente Único Regulador de los Servicios Públicos.
- Ley N° 992 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Registro de Recuperadores y de Cooperativas y pequeñas y medianas empresas.
- Ley N° 4120 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Servicio público de higiene urbana.

7) DECRETOS PROVINCIALES:

- Decreto Provincial N° 193/81 reglamentario de la Ley N° 1027 de la Provincia de La Pampa.
- Decreto Provincial N° 529/9.
- Decreto Provincial N°4 de la Provincia de Córdoba – Regulación de agua potable.
- Decreto Provincial N° 55/95 de la Provincia de Salta – Ente Regulador de Servicios Públicos.
- Decreto Provincial N° 2479/04 de la Provincia de Buenos Aires – Marco regulatorio eléctrico establecido por Ley N° 11.769.

8) JURISPRUDENCIA:

- CSJN, “Farmacia Roca SCS c/ Instituto Nacional de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados s/ Contencioso administrativo”, Fallos: 312:234, de fecha 28/02/1989.
- CSJN, “Don Domingo Mendoza y Hno. c/ Provincia de San Luis s/ Derechos de exportación”, Fallos: 3:131, de fecha 5/12/1865.
- CSJN, “Harengus S.A c/ Santa Cruz Provincia de s/ Inconstitucionalidad (Ley provincial 2.144)”, Fallos: 317: 397, de fecha 19/04/1994.

- CSJN, “Boto, Armando c/ Obra Social de Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros s/ Diferencias salariales”, Fallos: 320:782, de fecha 06/05/1997.
- CSJN, “Astorga Bratch Sergio y Otro c/ Comité Federal de Radiodifusión – Dec. 310/98 s/ Amparo Ley 16.986 ”, Fallos: 327:4185, de fecha 14/10/2004.
- CSJN, “Losicier, Jorge A. y Otros c/ BCRA-Resol 169/05”, Fallos: 335:1126, de fecha 26/06/2012.
- CSJN, “García Ramón R. c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 182:88.
- CSJN, “Roca Hermanos y Cía c/ Provincia de Santa Fe”, Fallos: 188:247.
- CSJN, “Telefónica de Argentina S.A c/ Municipalidad de General Pico s/ acción meramente declarativa”, Fallos: 320:162, de fecha 27/02/1997.
- CSJN, “Fernández Arias c/ Elena y otros c/ Poggio José sus”, Fallos: 247:646, de fecha 19/09/1960.
- CSJN, “Ganadera Los Lagos SA c/ Nación Argentina”, Fallos: 190:142, de fecha 30/06/1941.
- CSJN, “Ángel Estrada y Cía. S.A c/ Resolución 71/96 Sec. Ener. y Puertos s/ Recurso Extraordinario ”, Fallos: 328:651, de fecha 5/4/2005.
- CSJN, “Ledesma María L. c/ Metrovías SA s/ Daños y perjuicios”, Fallos: 331:819, de fecha 22/04/2008.
- CSJN, “Petruccelli F. y otro c/ Municipalidad de Capital”, Fallos: 312:956, de fecha 13/06/1989.
- CSJN, “Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A s/ Sumario”, Fallos: 179:249, de fecha 07/12/2001.
- CSJN, “Provincia de Mendoza c/ Empresa Constructora F.H.Schmidt S.A”, Fallos: 179:249.
- CSJN, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti y Transexual c/ Inspección General de Justicia”, Fallos: 329:5266, de fecha 21/11/2006.
- Cámara Nacional de apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV “Youssefian Martin c/ Secretaría de Comunicaciones”, de fecha 23/06/1998.
- Cámara Nacional de apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II “Transportes Rio de la Plata S.A c/ Secretaría de hacienda y otro”, de fecha 01/06/2000.

- Cámara Nacional de apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Comisión Nacional de Comunicaciones”, de fecha 22/12/2003.
- Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, “Fronth S.A. C/ Secretaría de Comercio e Inversiones”, de fecha 13/07/1999.
- Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, “Ciancio, José M. c/ Ente Nacional Regulador del Gas”, de fecha 5/11/1998.
- Cámara Nacional Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, “Asociación Sureña de Empresas de Pompas Funebres de la Provincia de Buenos Aires S/ Apelación Resolución de la Secretaría de Comercio”, de fecha 08/03/1985.
- Cámara Nacional de apelaciones en lo Comercial, Sala A, “Cristiani Norma c/ Cristiani S.A y Otros s/ Nulidad de asamblea, restitución de acciones, cancelación de suscripciones y remoción del directorio”, de fecha 28/12/1990.
- Cámara Nacional de apelaciones en lo Comercial, Sala C, “Sala Guillermo M. y Otros c/ SandRec S.A y Otros s/ Sumario”, de fecha 21/09/2001.
- Cámara Nacional de apelaciones en lo Comercial, Sala D, “Abretch Pablo A. y Otra c/ Cacique Camping S.A s/ Sumario”, de fecha 01/03/1996.
- Cámara Nacional de apelaciones en lo Comercial, Fallo Plenario, “Fischer Mauricio c/ Institución Cooperativa del Personal de Ferrocarriles”, de fecha 31/07/1947.
- Cámara Nacional de apelaciones en lo Comercial, Sala C, “Tisinovich, Antonio c/ Cooperativa de Trabajo Transportadora Ganadera Ltda. y otro”, de fecha 19/12/1990.
- Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil, Sala A, “Menutti Armando c/ Cooperativa de Vivienda La Naval Ltda.”, de fecha 24/03/1987.
- Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil, Sala C, “Stolarz, Mario c/ Cooperativa de Vivienda Floresta”, de fecha 14/05/1985.
- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, “La Defensa Coop. Agrícola Ganadera c/ Pcia. de Buenos Aires”, de fecha 09/09/1980.
- Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, “Puertas López, Alfredo C/ Coop. de Viv. Mariano Moreno Ltda. P/ Cobro de pesos S/ Inc. Casatorio”, Causa N° 89.691, de fecha 15/08/2007.
- Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, “Othaz Miguel c/ Municipalidad de Neuquén s/ Inconstitucionalidad”, Expte N° 446/97.

- Cámara en lo Criminal de la Provincia de Neuquén, “Bonvín Osvaldo R. y Otros s/ Administración Fraudulenta reiterada”, Expte. N° 7/04.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, “Almar de Martínez Mónica Esther y Otro c/ Cooperativa de Luz y Fuerza Elec. de Rojas Ltda. s/ Materia a Categorizar”, Expte. N° 42.771, de fecha 09/09/2008.
- Cámara Civil y Comercial de San Nicolás “Gómez G. c/ A.G McKee Arg. Co.”, de fecha 22/12/1981.
- Cámara en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala II, “ACUDEN C/ CALF Ltda. s/ Daños y perjuicios, responsabilidad contractual particulares”, Expte. N° 473.646, de fecha 21/07/2015.
- Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 5, “Avalos, Mario c/ Cooperativa de Servicios Públicos y Comunitarios CALF Ltda. s/ Ejecución de Sentencia”, Expte. N° 51.536, de fecha 17/08/2010.
- Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 4, “Navarrete, Marcos Damián C/ Mardones Juan y otros S/ Daños y perjuicios”, Expte. N° 309.417/04, de fecha 14/04/2008.
- Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 1 de Neuquén Tribunales Civiles, “Bonvín Osvaldo R. c/ CALF s/ Acción de nulidad” Expte. N° 271.137/2001.
- Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 3 de Neuquén, “CALF c/ FECONEU s/ Acción de Nulidad”, Expte. N° 347.937/2007, de fecha 09/08/2010.
- Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 4 de Neuquén, “ACUDEN C/ CALF Ltda. s/ Daños y perjuicios, responsabilidad contractual particulares”, Expte. N° 473.646, de fecha 15/09/2014.
- Juzgado Civil, Comercial y de Minería N°5 de Neuquén, “La Rosa Jorge Fabián c/ C.A.L.F s/ Acción de Nulidad”, Expte. N° 503.257/14, de fecha 06/03/2015.

9) LEGISLACION COMPARADA

- Código Civil español – Art. 4.
- Ley Orgánica N° 1 – Regulación de las asociaciones.
- Ley N° 27/1999, de 16 de julio – Ley de Cooperativas española.
- Ley Orgánica española N°3/2007 – Igualdad efectiva de hombres y mujeres.

- Ley 31/2014, de 3 de diciembre – Modifica la Ley de Sociedades de Capital española para la mejora del gobierno corporativo.
- Ley N° 4/1999, del 30 de marzo de la Comunidad Madrileña – Cooperativas de la comunidad de Madrid.
- Decreto Legislativo N° 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que se apueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana.
- Ley N° 4/2002, del 11 de abril de la Comunidad de Castilla y León– Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León.
- Ley 18.407 de la República Oriental del Uruguay – Ley de Regulación General del Sistema Cooperativo.
- Ley N° 79/88 de la República de Colombia – Ley de Actualización de la Legislación Cooperativa.
- Ley N° 4.179, ref. por Ley N° 6.756 de la República de Costa Rica – Ley de Asociaciones Cooperativas.
- Ley N° 5.764 de la República Federativa de Brasil – Ley de Cooperativas.
- Ley N° 9.307 de la República Federativa de Brasil – Ley de Arbitraje.